

Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Economics
Bachelorscriptie Fiscale Economie

Afschaffen Bedrijfsopvolgingsregeling

Een onnodig genereuze maatregel?

Naam student: Sefa Vural
Studentnummer: 466961
Begeleider: T.C. Hoogwout
Eerste beoordelaar: M.P.L. Adriaansen
Datum definitieve versie: 15-07-2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	3
Hoofdstuk 1 Inleiding	4
1.1 <i>Introductie</i>	4
1.2 <i>Probleemstelling</i>	6
1.3 <i>Afbakening</i>	6
1.4 <i>Doelstelling en verantwoording opzet van het onderzoek</i>	7
Hoofdstuk 2 De bedrijfsopvolgingsregeling	8
2.1 <i>Inleiding</i>	8
2.2 <i>De bedrijfsopvolgingsregeling tot en met 2010</i>	8
2.3 <i>De bedrijfsopvolgingsregeling per 2010</i>	9
2.3.1 <i>Kern van de regeling</i>	10
2.3.2 <i>Kwalificerend ondernemingsvermogen</i>	11
2.3.3 <i>Bezitseis</i>	13
2.3.4 <i>Voortzettingseis</i>	14
2.3.5 <i>Wijziging in gerechtigdheid</i>	14
2.4 <i>Deelconclusie</i>	15
Hoofdstuk 3 Toetsing van de bedrijfsopvolgingsregeling.....	17
3.1 <i>Inleiding</i>	17
3.2 <i>Rechtsgronden</i>	17
3.3 <i>Draagkracht</i>	18
3.3.1 <i>Algemeen</i>	18
3.3.2 <i>Toetsing</i>	19
3.4 <i>Doeltreffendheid en doelmatigheid</i>	20
3.4.1 <i>Algemeen</i>	20
3.4.2 <i>Toetsing</i>	21
3.5 <i>Deelconclusie</i>	23
Hoofdstuk 4 Alternatieven voor de bedrijfsopvolgingsregeling	25
4.1 <i>Inleiding</i>	25
4.2 <i>Reële bedrijfsoverdrachten</i>	25

4.3	<i>Alternatieven/aanbeveling</i>	27
4.3.1	Betalingsregeling en niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit	27
4.3.2	Voorwaardelijke vrijstelling.....	28
4.3.3	Aanmerkelijk belang.....	30
4.3.4	Bezits- en voorzettingseis.....	31
4.4	<i>Deelconclusie</i>	32
	Hoofdstuk 5 Conclusie	33
	Literatuurlijst	36

Afkortingenlijst

art.	Artikel
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
FED	FED Fiscaal Weekblad
FIN	Ministerie van Financiën
HR	Hoge Raad
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
SW 1956	Successiewet 1956
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Introductie

Nederland kent steeds meer ondernemers. Volgens de Kamer van Koophandel zijn hierbij begin 2021 in Nederland 2.078.716 bedrijven geregistreerd. Dit is een groei van 4% ten opzichte van vorig jaar.¹ Daarnaast blijkt uit de oudste cijfers van de leeftijdsverdeling van de ondernemers dat er 411.166 ondernemers in 2016 waren die ouder zijn dan 55 jaar. Dit was een stijging van 6% ten opzichte van 2015. De Kamer van Koophandel noemde als reden voor de stijging van het aantal oudere ondernemers dat steeds meer ondernemers langer actief blijven, de pensioengerechtigde leeftijd toeneemt en het steeds lastiger is een opvolger te vinden voor het bedrijf.²

In Nederland wordt normaliter belasting geheven wanneer ondernemingen worden overgedragen, maar om de belastingheffing niet te laten plaatsvinden, kennen we in Nederland verschillende faciliteiten in de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956), zodat bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd kunnen plaatsvinden. In de SW 1956 bevindt zich in hoofdstuk IIIA de ruimhartige bedrijfsopvolgingsregeling³ (hierna: BOR). Deze regeling is er al sinds 1 januari 2002 en voorziet in een voorwaardelijke vrijstelling⁴ voor de schenk- en erfbelasting. Naast de voorwaardelijke vrijstelling kan ook rentedragend uitstel van betaling verkregen worden voor het gedeelte van de schenk- en erfbelastingen die niet worden vrijgesteld op basis van de BOR.⁵ Daarbij moet om aanspraak te kunnen maken op de BOR voldaan worden aan een aantal eisen, zoals de bezitseis, die is opgenomen in artikel 35d SW 1956 en de voorzettingsvereiste, die is opgenomen in artikel 35e SW 1956. Dit om misbruik van de BOR tegen te gaan.

De kern van de BOR is namelijk om te voorkomen dat ondernemingen in gevaar komen, doordat de schenk- en erfbelasting moet worden betaald en hiervoor liquide middelen uit de onderneming moeten worden onttrokken.⁶ Daarbij was tevens het beoogde doel van de wetgever dat de BOR enkel en alleen reële bedrijfsoverdrachten faciliteert.⁷ Om dit te bewerkstelligen is de BOR met ingang van 1 januari 2010 gewijzigd, omdat de wetgever het onwenselijk achtte dat de oude regeling aan de ene kant te beperkt en aan de andere kant te ruim was.⁸

¹ Kamer van Koophandel, *Data over de bedrijvendynamiek: jaaroverzicht 2020*, p. 5.

² Kamer van Koophandel, *Jaaroverzicht ondernemend Nederland*, p. 17.

³ In de praktijk wordt het ook wel aangeduid als de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, oftewel BOF.

⁴ Artikel 35b Successiewet 1956.

⁵ Artikel 25 lid 12 Invorderingswet 1990.

⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 4-5.

⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 4-5 en *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 9, p. 17.

⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 4-5.

Toch blijkt dat de BOR een bijzonder lastige regeling is om toe te passen. Recent zijn bijvoorbeeld een tweetal arresten⁹ geweest inzake de invulling van de bezitseis, terwijl de Staatssecretaris¹⁰ een hele andere mening toebedeeld was. Al met al zorgen de voorwaarden van de regeling dan ook voor interpretatieverschillen tussen de belastingplichtige en de belastingdienst, doordat de voorwaarden niet volledig uitgekristalliseerd zijn. De regeling is dan ook lastig te begrijpen. Daarnaast zijn bezwaren te horen over dat de BOR een te ruimhartige faciliteit is voor het doel dat het dient.¹¹ Het zal dan ook geen verbazing wekken dat de BOR in 2021 zal worden geëvalueerd.¹² Het is uitermate belangrijk om dit dan ook te doen, omdat de BOR een groot budgettair beslag heeft.¹³

De BOR wordt op dit moment geëvalueerd en naar verwachting komt in het derde kwartaal van 2021 een evaluatie beschikbaar.¹⁴ Het merkwaardige, maar niet zo verrassende feit is echter wel dat nog voor de evaluatie van de BOR in 2021 het Ministerie van Financiën (hierna: FIN) een aantal verschillende mogelijke aanpassingen heeft geformuleerd¹⁵ om de BOR aanzienlijk aan te passen dan wel gedeeltelijk af te schaffen. In de gepubliceerde notitie van het FIN gaat het voornamelijk over het belasten van aanmerkelijkbelanghouders en meer specifiek de directeur-grootaandeelhouders. Hierbij opperen ambtenaren van het FIN voor een versobering dan wel afschaffing van de waarde going concern in de BOR, gaat het in op de discussie wat betreft vastgoed en/of dit als ondernemingsvermogen dan wel beleggingsvermogen moet worden aangemerkt en tenslotte de vraag of per definitie de BOR voor alle soorten aanmerkelijkbelanghouders moet gelden.¹⁶ Al met al houdt de BOR de gemoederen bezig.

⁹ De hier bedoelde arresten zijn: arresten zijn: HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990, HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:993.

¹⁰ De arresten, die eindigen op 867 en 993, gaan over een broer en zus en of bij de aankoop van zelfstandige ondernemingen een nieuwe bezitstermijn ingaat. De Staatssecretaris was van mening dat dit per definitie geldt blijkt uit Kamerstukken I, 2016/17, 34552, E, p. 61. Daarentegen ging het arrest, dat eindigt op 990, over de bezitseis en of deze geldt per objectieve onderneming, wat bevestigend beantwoord werd. De belanghebbende kon dus geen aanspraak maken op de BOR.

¹¹ P.G.H. Albert, 'BOR: voor iedere toegerekende onderneming een afzonderlijke bezitstermijn?', *NTFR-B* 2020/25, onderdeel 9.

¹² *Kamerstukken II* 2020/21, 32637, nr. 434, p. 5.

¹³ Het betreft in 2017 namelijk een gemiddeld vrijgesteld bedrag van €1.081.744,-. Het aantal verkrijgers daarentegen is 1835. Daar komt ook nog eens bij dat de BOR een belastingderving veroorzaakt van €400 miljoen per jaar in de periode 2010-2016, terwijl de Successiewet €1,6 miljard oplevert.

¹⁴ Kamerbrief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 18 maart 2021, DGBI-O/21040464.

¹⁵ De voorstellen staan in de bouwstenennotitie, die gepubliceerd is door het Ministerie van Financiën. Het is een ambtelijk rapport, waarin voorstellen voor verbetering en vereenvoudiging van het belastingstelsel staan, dat zonder politieke sturing is opgesteld en dat gebruikt kan worden bij de volgende kabinetformatie. Hierbij worden de knelpunten in het huidige stelsel aangeduid en worden tevens oplossingen geboden.

¹⁶ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang - Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, par 7.6.

1.2 Probleemstelling

Met deze scriptie wordt onderzocht of de BOR, uit de SW 1956, in stand te houden is en welke alternatieven voor de BOR beter passen in de huidige tijd. Hiervoor zal eerst worden onderzocht welke redenen ten grondslag liggen aan de huidige regeling, waarna gekeken zal worden of de huidige regeling voldoet aan het draagkrachtbeginsel en hoe doeltreffend en doelmatig de huidige regeling is. Vervolgens wordt onderzocht welke alternatieven beter passen in de huidige tijd en zal er een aanbeveling gedaan worden.

De hoofdvraag van dit onderzoek luidt dan ook als volgt:

“Is de bedrijfsopvolgingsregeling in de huidige samenleving in stand te houden en - zo niet - welke alternatieven zijn er om het doel van de wetgever, namelijk het niet in gevaar brengen van de continuïteit van een onderneming als gevolg van belastingheffing, te realiseren?”

Ter beantwoording van de hoofdvraag zullen de volgende deelvragen behandeld worden:

1. Wat is het doel en de strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling?
2. Hoe verhoudt de bedrijfsopvolgingsregeling zich tot het draagkrachtbeginsel en hoe zit het met de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling?
3. Welke alternatieven worden aangedragen om het doel van de bedrijfsopvolgingsregeling te realiseren?

1.3 Afbakening

Er is aangegeven dat in Nederland verschillende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn om bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd te kunnen laten plaatsvinden en dat deze zich bevinden in de Wet IB 2001 alsmede in de SW 1956. Door de technische samenhang tussen de faciliteiten in de Wet IB 2001 en de BOR is het logisch om de regelingen samen te bezien.¹⁷ In het kader van dit onderzoek zal enkel naar de BOR in de SW 1956 gekeken worden en dus geen aandacht worden geschonken aan de faciliteiten die zich in de Wet IB 2001 bevinden, doordat het onderzoek anders te breed wordt. Het kan wel voorkomen dat de faciliteiten in de Wet IB 2001 genoemd worden.

¹⁷ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – belastingen inkomen uit aanmerkelijk belang*, hoofdstuk 6.

1.4 Doelstelling en verantwoording opzet van het onderzoek

Om een antwoord te kunnen formuleren voor de probleemstelling is deze scriptie onderverdeeld in vijf hoofdstukken. Na de inleiding wordt allereerst gekeken in hoofdstuk 2 wat het doel en de strekking is van de huidige BOR. Hierbij zal eerst een overzicht worden gegeven van hoe de BOR zich in de tijd heeft ontwikkeld in Nederland. Vervolgens zal de regeling neergelegd in hoofdstuk IIIA van de SW 1956 stapsgewijs (per artikel) worden uitgelegd, waarna een antwoord op de eerste deelvraag wordt geformuleerd.

Aansluitend wordt in hoofdstuk 3 gekeken of de BOR voldoet aan het draagkrachtbeginsel en of de regeling doeltreffend en doelmatig is. Allereerst zal gekeken worden wat de voornaamste bezwaren zijn tegen de BOR. Er zijn daarnaast verschillende onderzoeken gedaan naar de werking van de BOR. Deze onderzoeken zullen voornamelijk in dit hoofdstuk aan bod komen, waarna weer een antwoord zal worden geformuleerd op de deelvraag.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 allereerst gekeken welke bezwaren tegen de BOR zijn als het gaat om of de BOR enkel en alleen reële bedrijfsoverdrachten faciliteert. Hierna worden alternatieven voor de BOR besproken en wordt een aanbeveling gedaan betreffende welk alternatief de voorkeur zou moeten genieten ten opzichte van de andere en/of de BOR een betere regeling is ten opzichte van de alternatieven die worden aangedragen.¹⁸

Tenslotte wordt in hoofdstuk 5 een samenvatting gegeven van de bevinden van de eerdere hoofdstukken. Dit hoofdstuk zal naast een samenvatting ook een antwoord bevatten op de probleemstelling, waarbij aan de hand van de deelconclusies getracht wordt om de probleemstelling te beantwoorden.

¹⁸ Deze alternatieven worden aangedragen in het syntheserapport 'bouwstenen voor een beter belastingstelsel'.

Hoofdstuk 2 De bedrijfsopvolgingsregeling

2.1 Inleiding

Alvorens wordt gekeken hoe de BOR zich verhoudt tot het draagkrachtbeginsel en hoe het zit met de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling moet duidelijk zijn wat de regeling inhoudt. Er zal in dit hoofdstuk allereerst worden gekeken naar de totstandkoming van de BOR en hoe deze zich in de tijd ontwikkeld heeft, immers is de huidige BOR in 2010 aangepast. Vervolgens wordt gekeken voor welke gevallen de BOR geldt en aan welke eisen voldaan moet worden om in aanmerking te kunnen komen voor de BOR. Tenslotte zal een antwoord op de eerste deelvraag worden geformuleerd.

2.2 De bedrijfsopvolgingsregeling tot en met 2010

De BOR kent al lange tijd een voorwaardelijke vrijstelling, echter was dit niet altijd het geval. Er werd in 1984 en in 1993 al geprobeerd een gedeeltelijke vrijstelling van erf- en schenkbelasting in te voeren. Hier werd destijds echter afwijzend op gereageerd¹⁹, desondanks is in 1998 met terugwerkende kracht tot 1 januari 1997²⁰ alsnog een vrijstelling van 25% van het verkregen ondernemingsvermogen ingevoerd in de Invorderingswet 1990.²¹ De wetgever heeft hierbij overigens niet uitgelegd welke overwegingen in 1997 anders waren dan in 1984 en 1993 om een vrijstelling in te voeren. Om gebruik te maken van de vrijstelling golden nog wel een aantal voorwaarden, namelijk bij vererving moest de verkrijger de onderneming vijf jaar voortzetten en bij schenking tien jaar. Dit om misbruik van de regeling te voorkomen.²² Vanaf 1 januari 2002 is vervolgens de vrijstelling verplaatst van de Invorderingswet 1990 naar de SW 1956 op voorspraak van de werkgroep Moltmaker, dat onderzoek deed naar de modernisering van de successiewetgeving.²³ Tevens werd de vrijstelling verhoogd van 25% naar 30%.²⁴ De vrijstelling is vervolgens in fases verhoogd tot en met 75% in 2007 met telkens het argument dat er nog knelpunten waren bij de bedrijfsopvolging. Uiteindelijk is de BOR in 2010 herzien, waarna de huidige regeling in werking is getreden.

¹⁹ *Kamerstukken II 1983/84*, 18226, nr. 5, p. 5.

²⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 25688, nr. 3, p. 9.

²¹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25688, nr. 3, p. 8.

²² *Kamerstukken II 1997/98*, 25688, nr. 3, p. 8.

²³ *Kamerstukken II 2000/01*, 27789, nr. 1, p. 16 en *Kamerstukken II 2001/02*, 28015, nr. 3, p. 3.

²⁴ *Kamerstukken II 2001/02*, 28015, nr. 3, p. 4.

Alhoewel de vrijstelling pas in 1998 werd ingevoerd, kende Nederland daarvoor al faciliteiten voor bedrijfsopvolgingen. De eerste faciliteit ontstond al bij de totstandkoming van de SW 1956.²⁵ Hierbij kon de ontvanger in bijzondere gevallen uitstel van betaling krijgen voor de te betalen belasting.²⁶

In 1979 is vervolgens art. 65 (oud) SW 1956 uitgebreid. Dit kwam doordat er grote zorgen ontstonden of de faciliteit wel voldoende bescherming bood bij de vererving van kleine en middelgrote ondernemingen. Er bleek namelijk (onder andere uit een rapport van de Raad voor Midden- en Kleinbedrijf) dat ernstige moeilijkheden bij de heffing van successierechten kon voorkomen, die de continuïteit van ondernemingen konden bedreigen.²⁷ Om deze zorgen weg te nemen, werd dan ook art. 65 (oud) SW 1956 uitgebreid, ondanks dat de wetgever vond dat de zorgen ongegrond waren.²⁸ De uitbreiding betrof een rentedragend uitstel van vijf jaar van de verschuldigde belasting als zonder het uitstel de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen.²⁹

Per 1 januari 1984 is vervolgens de betalingsregeling in art. 65 (oud) SW 1956 verplaatst³⁰ naar art. 59a (oud) SW 1956 j.o. art. 10a (oud) Uitvoeringsbesluit SW 1956, waarin werd geregeld dat in het geval er onvoldoende middelen zijn om de te betalen schenk- en erfbelasting te voldoen een renteloos uitstel van betaling van vijf jaar verleend kan worden.³¹ Dit om te voorkomen dat de voortzetting van de onderneming in gevaar zou komen door eventuele liquiditeitsproblemen. Daarnaast werd wel als voorwaarde gesteld dat het uitstel alleen verleend wordt indien de onderneming werd voortgezet.³² Per 1 januari 1996 is vervolgens de uitstelregeling van vijf jaar naar tien jaar gegaan op verzoek van het bedrijfsleven, omdat vijf jaar volgens hen niet bijdroeg aan het wegnemen van liquiditeitsproblemen.³³

2.3 De bedrijfsopvolgingsregeling per 2010

In 2010 is vervolgens de BOR herzien. Ten grondslag aan deze herziening lag de aanhoudende kritiek op de SW 1956.³⁴ De kritiek ging met name om de tarieven en de ingewikkeldheid van de SW 1956.³⁵

²⁵ Art. 65 (oud) SW 1956 j.o. art. 19 (oud) Uitvoeringsbeschikking SW 1956.

²⁶ Er werd toen ook geen onderscheid gemaakt tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen.

²⁷ *Kamerstukken II 1979/80*, 16016, nr. 9, p. 12.

²⁸ *Kamerstukken II 1979/80*, 16016, nr. 20, p. 22.

²⁹ *Kamerstukken II 1979/80*, 16016, nr. 24.

³⁰ Dit werd gedaan als reactie op het voorstel om een betalingsregeling in te voeren voor de erf- en schenkbelasting bij het verkrijgen van ondernemingsvermogen in het rapport *Fiscale maatregelen ten bate van het midden- en kleinbedrijf*.

³¹ *Kamerstukken II 1983/84*, 18226, nr. 3, p. 3.

³² *Kamerstukken II 1983/84*, 18226, nr. 3, p. 4.

³³ *Kamerstukken II 1995/96*, 24428, nr. 3, p. 14-15 en *Kamerstukken II 1995/96*, 24428, nr. 5, p. 17.

³⁴ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 2.

³⁵ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 2.

Dit was reden genoeg voor de wetgever om de SW 1956 en daarmee ook de BOR te herzien. Het doel van de regeling is net zoals bij de oude regeling het wegnemen van fiscale belemmeringen bij de bedrijfsopvolging.³⁶ Daarbij was het tevens belangrijk voor de wetgever om alleen nog reële bedrijfsoverdrachten gefaciliteerd te laten plaatsvinden.³⁷ De herziende regeling heeft ook als doel gehad de oude BOR eenvoudiger, toegankelijker en overzichtelijker te maken.³⁸

Om de BOR eenvoudiger te maken heeft de wetgever het systeem van conserverende aanslagen vervangen door een voorwaardelijke vrijstelling. Bij het uitstel van betalingsregeling daarentegen wordt nog steeds gebruik gemaakt van een conserverende aanslag.³⁹ De regeling is ook evenwichtiger geworden. Dit is bereikt door de wettelijke bepalingen meer af te stemmen op reële bedrijfsopvolgingen. Het uitgangspunt hierbij was dat er zo min mogelijk onderscheid moet zijn tussen IB-ondernemers en aanmerkelijkbelanghouders.⁴⁰ Tot slot is de toegankelijkheid van de BOR verbeterd door meer structuur aan te brengen in de regeling. Tot 1 januari 2010 was het (namelijk) zo dat de bepalingen die betrekking hadden op de BOR verspreid waren in de SW 1956.⁴¹ Heden ten dage (vanaf 2010) is de BOR opgenomen in hoofdstuk IIIA van de SW 1956.^{42, 43}

2.3.1 Kern van de regeling

Ondanks de herziening van de BOR is de BOR in hoofdlijnen niet aanzienlijk veranderd ten opzichte van de vrijstelling van 2002. De regeling bestaat namelijk nog steeds uit een vrijstelling en betalingsregeling. De vrijstelling is echter wel aanzienlijk veranderd in de zin van dat voor de herziening sprake was van één tarief, terwijl na de herziening een tariefdifferentiatie in de BOR is opgenomen van 100% en 83% van het ondernemingsvermogen. Er zijn eigenlijk twee vrijstellingen gekomen in de BOR. De verkrijger van ondernemingsvermogen kan met de BOR op verzoek een voorwaardelijke vrijstelling krijgen.⁴⁴ De eerste vrijstelling voorziet in een voorwaardelijke vrijstelling van 100% indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen van een objectieve onderneming niet meer bedraagt dan €1.119.845 (2021).⁴⁵ Daarentegen voorziet de tweede vrijstelling in een voorwaardelijke vrijstelling van 100% van de belasting die toe te rekenen is aan het verschil tussen de

³⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 4-5.

³⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 4-5 en *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 9, p. 17.

³⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 4.

³⁹ Vakstudie Successiewet 1956, art. 35b SW 1956, aantekening 2.1.

⁴⁰ Vakstudie Successiewet 1956, art. 35b SW 1956, aantekening 2.1.

⁴¹ Art. 31a, 35b, 35c, 37, tweede lid, art. 53a, 53b en 53c en art. 7a t/m 7d Uitv.reg. SW 1956.

⁴² Oftewel in art. 35b t/m 35f SW 1956 en art. 7 t/m 10 Uitv.reg. S&E.

⁴³ Vakstudie Successiewet 1956, art. 35b SW 1956, aantekening 2.1.

⁴⁴ Art. 35b lid 1 Successiewet 1956 en *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 41. Daarnaast wordt het verzoek op grond van art. 35b lid 7 SW gelijktijdig gedaan met de aangifte.

⁴⁵ Art. 35b lid 1 sub a Successiewet 1956.

liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern.⁴⁶ De belasting, die na toepassing van het hiervoor genoemde, wordt vervolgens voor 100% vrijgesteld indien het ondernemingsvermogen niet meer bedraagt dan €1.119.845.⁴⁷ Als het ondernemingsvermogen wel meer bedraagt dan €1.119.845, wordt de belasting die toe te rekenen is aan het gedeelte dat €1.119.845 te boven gaat voor 83% vrijgesteld.⁴⁸ Op verzoek⁴⁹ van de verkrijger kan in dat geval de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen, na aftrek van de voorwaardelijke vrijstelling, worden aangemerkt als geconserveerde waarde. Hiervoor kan de verkrijger voor de duur van tien jaar rentedragend uitstel van betaling krijgen.⁵⁰ De voorwaardelijke vrijstelling geldt per objectieve onderneming en dus niet per verkrijger. Indien de verkrijger maar een gedeelte van de onderneming verkrijgt, moet de vrijstelling evenredig worden toegepast.⁵¹

Om gebruik te kunnen maken van de BOR moet echter wel aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Deze voorwaarden kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën te weten: (1) voorwaarden ten aanzien van het object van de verkrijging (kwalificerend ondernemingsvermogen), (2) voorwaarden waar de schenker/erflater aan moet voldoen (bezitseis) en (3) voorwaarden aangaande de verkrijger (voortzettingseis). Zoals aangegeven, wilde de wetgever namelijk met de herziening voorzien dat enkel en alleen nog reële bedrijfsopvolgingen werden gefaciliteerd. Dit heeft de wetgever geprobeerd te bereiken met de bezitseis⁵² (art. 35d SW 1956) en de voortzettingseis⁵³ (art. 35e SW 1956). De bezitseis gold daarentegen al wel sinds 2002 voor schenkingen.⁵⁴

2.3.2 Kwalificerend ondernemingsvermogen

Wat als kwalificerend ondernemingsvermogen voor de BOR moet worden gezien, staat beschreven in art. 35c SW 1956. De verkrijging van het ondernemingsvermogen moet worden bezien naar de waarde in het economisch verkeer.⁵⁵ Dit staat gelijk aan de waarde going concern tenzij de liquidatiewaarde hoger is.⁵⁶ Op grond van art. 35c lid 1 SW 1956 komen voor de faciliteiten in aanmerking de verkrijgers van vermogensbestanddelen die behoren tot een onderneming in de zin

⁴⁶ Art. 35b lid 1 sub b onder 1^o Successiewet 1956.

⁴⁷ Art. 35b lid 1 sub b onder 2^o Successiewet 1956.

⁴⁸ Art. 35b lid 1 sub b onder 3^o Successiewet 1956.

⁴⁹ Art. 35b lid 2 Successiewet 1956.

⁵⁰ Art. 25 lid 12 Invorderingswet 1990.

⁵¹ Vakstudie Successiewet 1956, art. 35b SW 1956, aantekening 3.2.

⁵² *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, 3, p. 5 en *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, 9, p. 18, 102-103.

⁵³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25688, 3, p. 23 en *Kamerstukken II 2009/10*, 31930, 13, p. 3-4.

⁵⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25688, nr. 3, p. 8.

⁵⁵ Art. 21 lid 1 Successiewet 1956.

⁵⁶ F. Sonneveldt, *Wegwijsserie - Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2020, par. 7.8.4.

van art. 3.2 Wet IB 2001. Hier worden ook gedeelten van ondernemingen onder begrepen.⁵⁷ Daarnaast geldt de faciliteit ook voor verkrijgers van bestandsdelen van het vermogen van een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan.⁵⁸ Hiervoor moet wel gelden dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de erflater of schenker gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 en de medegerechtigdheid wordt verkregen door iemand die beherend vennoot is in de onderneming of enig aandeelhouder is van het lichaam dat een beherend vennoot is in de onderneming.⁵⁹ Ook kan bij de verkrijging van aandelen gebruik worden gemaakt van de BOR. Het gaat hier om aandelen die kwalificeren als een aanmerkelijk belang.⁶⁰ Voor het begrip aanmerkelijk belang wordt in de BOR aangesloten zoals deze staat weergegeven in afdeling 4.3 Wet IB 2001. Hiervoor dient de onderneming waar de aandelen betrekking op hebben wel een onderneming te drijven zoals aangegeven is in art. 35c lid 1 sub a SW 1956 of een medegerechtigdheid te houden als weergegeven in art. 35c lid 1 sub b SW 1956.⁶¹ Voor preferente aandelen geldt tevens dat deze kwalificeren als deze zijn ontstaan met als doel een gefaseerde bedrijfsopvolging. Om de BOR toe te kunnen passen moeten de preferente aandelen allereerst door de erflater of schenker worden omgezet in gewone aandelen, waarbij bij de omzetting gewone aandelen toegekend moeten worden aan de verkrijger. Tevens moet ten tijde van de omzetting een onderneming worden gedreven zoals staat aangegeven in art. 35b lid 1 sub a SW 1956 of een medegerechtigdheid worden gehouden als bedoeld in art. 35b lid 1 sub b SW 1956 en moet degene, die de preferente aandelen krijgt, reeds 5% van het geplaatst kapitaal in het lichaam bezitten.⁶² Bij de verkrijgers van een aanmerkelijk belang geldt dat slechts als ondernemingsvermogen worden aangemerkt de vermogensbestandsdelen die toerekenbaar zijn aan de onderneming of medegerechtigdheid. Het beleggingsvermogen van het lichaam waar de aandelen betrekking op hebben mag ook tot maximaal 5% van de waarde die toerekenbaar is aan de onderneming of medegerechtigdheid meegerekend worden tot het ondernemingsvermogen.⁶³ Tot slot kwalificeren ook onroerende zaken die de erflater of schenker ter beschikking heeft gesteld aan

⁵⁷ Art. 35c lid 1 sub a Successiewet 1956.

⁵⁸ Art. 35c lid 1 sub b Successiewet 1956.

⁵⁹ Art. 35c lid 2 Successiewet 1956.

⁶⁰ Het meetrek aanmerkelijk belang kwalificeert dus niet. De Staatssecretaris is namelijk van mening dat dit geen ondernemers zijn (*Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 20-21*). Fictief aanmerkelijkbelanghouders kunnen daarentegen wel gebruik maken van de regeling, omdat zij alleen een fictief aanmerkelijk belang kunnen krijgen indien zij eerst een 'echt' aanmerkelijk belang hebben (*Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 21*).

⁶¹ Art. 35c lid 1 sub c Successiewet 1956.

⁶² Art. 35c lid 4 Successiewet 1956 j.o. art. 8 uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁶³ Art. 35c lid 1 sub c onder 1^o en 2^o Successiewet 1956.

de onderneming van een lichaam, waarvan de verkrijger tegelijkertijd aandelen van verkrijgt zoals staat aangegeven in art. 35c lid 1 sub c SW 1956.⁶⁴

2.3.3 Bezitseis

Voordat de verkrijger van ondernemingsvermogen gebruik kan maken van de BOR moet de erflater of schenker voldoen aan de bezitseis van art. 35d SW 1956.⁶⁵ De BOR is alleen van toepassing indien de erflater tenminste één jaar tot het overlijden en de schenker gedurende vijf jaar tot de schenking in het geval van de verkrijging van een onderneming kwalificeert als een ondernemer in de zin van art. 3.4 of art. 3.5 Wet IB 2001⁶⁶, in het geval van de verkrijging van een medegerechtigdheid kwalificeert als een medegerechtigde in de zin van art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001⁶⁷, in het geval van de verkrijging van aandelen kwalificeert als een aanmerkelijkbelanghouder⁶⁸ en in het geval van ter beschikking gestelde onroerende zaken een resultaat uit een werkzaamheid genoot uit de onroerende zaken en dat deze onroerende zaken voor een periode van één jaar voor verervingen respectievelijk vijf jaar voor schenkingen dienstbaar waren aan de onderneming.⁶⁹ De bezitseis geldt per objectieve onderneming, dus als de erflater en/of schenker meerdere ondernemingen heeft, moet per onderneming de bezitseis worden toegepast.⁷⁰ Tevens geldt dat de BOR toegepast kan worden als een gedeelte van een onderneming is verkregen in de vijf jaar voorafgaande de verkrijging en dat gedeelte aangemerkt wordt als zelfstandige onderneming.⁷¹ Daarnaast staan in art. 9 uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting nog situaties waarbij eigenlijk niet wordt voldaan aan de bezitseis, maar toch gebruik kan worden gemaakt van de BOR, te denken valt aan de geruisloze terugkeer uit de bv⁷², de geruisloze omzetting in een bv⁷³, de omzetting van een deelname in een vof in een deelname in een cv⁷⁴ en de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen.⁷⁵

⁶⁴ Art. 35c lid 1 sub d Successiewet 1956.

⁶⁵ Art. 35b lid 5 Successiewet 1956.

⁶⁶ Art. 35d lid 1 sub a Successiewet 1956.

⁶⁷ Art. 35d lid 1 sub b Successiewet 1956.

⁶⁸ Art. 35d lid 1 sub c Successiewet 1956.

⁶⁹ Art. 35d lid 1 sub d Successiewet 1956.

⁷⁰ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990.

⁷¹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867.

⁷² Art. 9 lid 1 onderdeel a uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁷³ Art. 9 lid 1 onderdeel b uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁷⁴ Art. 9 lid 1 onderdeel c uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁷⁵ Art. 9 lid 1 onderdeel d uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

2.3.4 Voortzettingseis

Tevens moet de verkrijger aan de voortzettingseis van art. 35e SW 1956 voldoen om geen belasting te hoeven betalen bij bedrijfsopvolgingen. Indien niet aan de voortzettingseis gedurende vijf jaar na de verkrijging voldaan wordt, moet de verschuldigde belasting alsnog worden voldaan⁷⁶ en daarbij wordt een eventuele verleende uitstel van betaling voor de geconserveerde waarde beëindigd.⁷⁷ Er wordt niet meer voldaan aan de voortzettingseis als de verkrijger ophoudt winst te genieten in het geval een onderneming of medegerechtigdheid is verkregen.⁷⁸ Indien aandelen zijn verkregen wordt niet meer aan de voortzettingseis voldaan als de verkrijger de aandelen geheel of gedeeltelijk vervreemdt.⁷⁹ Ook als de aandelen worden omgezet in preferente aandelen of op een andere manier de winstgerechtigdheid wordt beperkt wordt niet meer voldaan aan de voortzettingseis.⁸⁰ Tevens wordt ook niet voldaan aan de voortzettingseis als het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben, ophoudt winst te genieten.⁸¹ In het geval van ter beschikking gestelde onroerende zaken moet ook gelden dat deze dienstbaar of ter beschikking gesteld moeten blijven aan de onderneming.⁸² In art. 10 uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting staan vervolgens weer situaties waarbij in beginsel de voortzettingseis wordt geschonden, maar de voorwaardelijke vrijstelling toch niet teruggenomen wordt. Het betreft de situaties: inbreng in een bv⁸³, de geruisloze terugkeer uit de bv⁸⁴, het ophouden winst te genieten door overheidsingrijpen⁸⁵, de juridische splitsing⁸⁶, de bedrijfsfusie⁸⁷ en de vervreemding van onroerende zaken.⁸⁸

2.3.5 Wijziging in gerechtigdheid

Van de BOR kan ook gebruik worden gemaakt indien het ondernemingsvermogen is verkregen door middel van de verdeling van een nalatenschap⁸⁹ of door de verdeling van een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap.⁹⁰ Dit wordt geregeld in art. 35f SW 1956. Voorwaarde is wel dat de verdeling van de nalatenschap onderscheidenlijk de huwelijksgoederengemeenschap plaatsvindt

⁷⁶ Art. 35b lid 6 Successiewet 1956.

⁷⁷ Art. 25 lid 12 sub c Invorderingswet 1990.

⁷⁸ Art. 35e lid 1 sub a en b Successiewet 1956.

⁷⁹ Art. 35e lid 1 sub c onder 1° Successiewet 1956.

⁸⁰ Art. 35e lid 1 sub c onder 2° Successiewet 1956.

⁸¹ Art. 35e lid 1 sub c onder 3° Successiewet 1956.

⁸² Art. 35e lid 1 sub d Successiewet 1956.

⁸³ Art. 10 lid 1 onderdeel a uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁸⁴ Art. 10 lid 1 onderdeel b uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁸⁵ Art. 10 lid 1 onderdeel c uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁸⁶ Art. 10 lid 1 onderdeel d uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁸⁷ Art. 10 lid 1 onderdeel e uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁸⁸ Art. 10 lid 1 onderdeel f uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁸⁹ Art. 35f lid 1 Successiewet 1956.

⁹⁰ Art. 35f lid 2 Successiewet 1956.

binnen twee jaar na het overlijden van de erflater.⁹¹ Daarnaast moet naast de verdeling de verkrijger van wie de gerechtigheid toeneemt een verzoek indienen binnen acht maanden nadat de verdeling heeft plaatsgevonden.⁹²

2.4 Deelconclusie

Uit de geschiedenis van de BOR blijkt dat het voornaamste doel van de BOR is de voortzetting van ondernemingen in het kader van bedrijfsopvolgingen onbelemmerd te laten plaatsvinden. De heffing van schenk- en erfbelasting mag er niet toe leiden dat de onderneming in gevaar komt. Om dit te bewerkstelligen was allereerst een uitstel van betalingsregeling in de wet opgenomen, waarna na meerdere wetwijzigingen uiteindelijk een vrijstelling is opgenomen in de wet. In eerste instantie was deze vrijstelling gelijk aan 25% van het verkregen ondernemingsvermogen, maar uiteindelijk is deze verhoogt tot 75% met het argument dat er nog steeds knelpunten waren in de bedrijfsopvolging en dus de heffing van schenk- en erfbelasting niet mag leiden tot het in gevaar komen van ondernemingen. Bij de herziening van de BOR in 2010 is de vrijstelling vervolgens nogmaals uitgebreid met als doel om ervoor te zorgen dat de heffing van schenk- en erfbelasting het voortbestaan van een onderneming niet in gevaar zou brengen. Hierbij wilde de wetgever tevens ervoor zorgen dat enkel nog reële bedrijfsoverdrachten gefaciliteerd werden.

De huidige BOR kent een vrijstelling van 100% tot een bedrag van €1.119.845,-, echter indien de liquidatiewaarde van een onderneming hoger is dan de waarde going concern dan geldt voor het verschil hiertussen ook een vrijstelling van 100%. Voor het resterende ondernemingsvermogen wordt vervolgens een vrijstelling van 83% verleend. In beginsel is 17% van het ondernemingsvermogen belast, maar kan hier nog wel rentedragend uitstel van betaling voor tien jaar voor worden verkregen. De vrijstelling als de regeling voor uitstel van betaling zijn daarnaast beide voorwaardelijk. Deze faciliteiten worden teruggenomen als de verkrijger niet voldoet aan de voortzettingsvereiste, wat neerkomt op het voorzetten van de onderneming gedurende vijf jaar, van art. 35e SW 1956. Daarnaast moet de erflater of schenker voldoen aan de bezitseis, één jaar tot overlijden respectievelijk vijf jaar tot schenken, van art. 35d SW 1956. Indien er niet voldaan wordt aan de bezitseis wordt de toegang tot de BOR ontzegd. Voor zowel de voortzettingseis als de bezitseis staan daarnaast in art. 9 en 10 uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting verruiming, waarbij de BOR toch nog toegepast kan worden. De BOR kan alleen worden toegepast voor kwalificerend ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW 1956. Er zijn eigenlijk vier soorten

⁹¹ Art. 35f lid 3 Successiewet 1956.

⁹² Art. 35f lid 4 Successiewet 1956.

ondernemingsvermogen, te weten de verkrijging van een onderneming, de verkrijging van een medegerechtigdheid, de verkrijging van een aanmerkelijk belang en de verkrijging van ter beschikking gestelde onroerende zaken. Tenslotte kan de BOR in bijzondere gevallen alsnog worden toegepast. Het betreft hier de wijzigingen in de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen, wat neergelegd is in art. 35f SW 1956.

Hoofdstuk 3 Toetsing van de bedrijfsopvolgingsregeling

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is het doel en de strekking van de BOR behandeld. Het is duidelijk geworden dat het voornaamste doel van de BOR is om de voortzetting van ondernemingen onbelemmerd te laten plaatsvinden. Daarbij bleek tevens dat de BOR een groot toepassingsbereik heeft om dit doel te bewerkstelligen. In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de kritiekpunten op de BOR. De voornaamste kritiekpunten op de BOR zit in het feit dat niet of nauwelijks rechtsgronden aan de faciliteit kleven. Vervolgens wordt gekeken hoe de BOR zich verhoudt tot het draagkrachtbeginsel. Tevens wordt gekeken naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling. Allereerst wordt per kritiekpunt in het algemeen het toetsingskader uitgelegd. Vervolgens wordt de BOR getoetst. Tenslotte wordt een antwoord op de tweede deelvraag geformuleerd.

3.2 Rechtsgronden

Bij de herziening van de BOR in 2009 had de Raad van State een rapport uitgebracht met adviezen over de herziening van de successiewetgeving, dus alsmede de BOR.⁹³ Hierbij uitte de Raad forse kritiek op de wetgever en vond dat de motivering voor de verhoging van de faciliteit niet toereikend was. Het doel van de BOR is het voorkomen van continuïteitsproblemen van een onderneming, doordat bij de betaling van erfbelasting liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. De Raad stelt hierbij dat dit liquiditeitsargument niet toereikend is.⁹⁴ Dit zit voornamelijk in het feit dat door de thans bestaande regeling, namelijk een uitstel van betaling van tien jaar, geen of nagenoeg geen ervaring is over in hoeverre de betaling van successierechten zorgt voor liquiditeits- en continuïteitsproblemen. Het zal dan ook niet verbazen dat in de literatuur de vraag rees of het de BOR wel noodzakelijk is, aangezien nog geen onderzoek is gedaan of daadwerkelijk sprake is van liquiditeits- en continuïteitsproblemen.⁹⁵ De rechtvaardigingsgrond wordt daarnaast wel als legitiem gezien, echter blijft de vraag of het voldoende is om de BOR te rechtvaardigen.⁹⁶ Daarbij stellen van Vijfeijken, Stevens en de Haan dat een betalingsregeling voldoende moet zijn om de liquiditeits- en continuïteitsproblemen te voorkomen.⁹⁷ Hoogeveen stelt zelfs dat 65% van de fiscalisten het hiermee eens is.⁹⁸ Naar mijn inzien is het dan ook terecht dat de vraag rijst of de BOR

⁹³ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 4, p. 2.

⁹⁴ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 4, p. 3.

⁹⁵ I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', *WFR 2009/1231*, onderdeel 3.2.

⁹⁶ S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO 2010/25*, onderdeel 2.2.

⁹⁷ S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO 2010/25*, onderdeel 2.2. I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', *WFR 2009/1231*, onderdeel 3.2. A. de Haan, 'De bedrijfsopvolgingsregeling: stimulering of grondslagversmalling?', *FED 2009/81*, onderdeel 4.

⁹⁸ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: Sdu 2011, par 14.3.4.

wel noodzakelijk is. Het enkele argument⁹⁹ dat er signalen zijn dat de oude faciliteit belemmerd werkt, is niet bevredigend, echter betekent dit niet dat de genoemde problemen niet daadwerkelijk optreden.

Naast het argument betreffende de liquiditeits- en continuïteitsproblemen noemt de Raad van State dat het vrijstellingspercentage in rap tempo achterelkaar is verhoogd, waarbij niet steeds advies van de Raad is gevraagd. Hierdoor had de Raad geen kans om aanbevelingen en/of alternatieve rechtsgronden voor de BOR aan te dragen.¹⁰⁰ Zij noemt hierbij tevens dat belastingen een willekeurig karakter krijgen indien geen rechtvaardigingsgrond als dragende grondslag kan worden aangeduid. De Raad stelt wel dat het onwenselijk kan zijn dat vermogensbestandsdelen verkocht moeten worden om de erfbelasting te voldoen. Zij stelt hierbij dat het om andere belangen kan gaan dan het sociaaleconomisch belang wat de wetgever steeds aandraagt, te denken valt aan voorwerpen die niet verkocht horen te worden op grond van te rechtvaardigen individuele belangen.¹⁰¹

3.3 Draagkracht

3.3.1 Algemeen

Alhoewel voor de BOR niet of nauwelijks toereikende rechtsgronden zijn aangedragen, is het draagkrachtbeginsel sinds jaar en dag een leidend beginsel in de successiewetgeving, desondanks de minister dit beginsel eerst onbevredigend vond, doordat het geen verklaring geeft voor de wisselende tarieven al naar gelang de graad van bloedverwantschap. De minister stelde ook dat belastingen naar draagvermogen een voor de hand liggende gedachte steunt, maar dit niet gezegd kan worden over belastingen die enkel en alleen haar gronden vinden in een vermeerdering van draagvermogen.¹⁰² Desondanks is het draagkrachtbeginsel ook bij de totstandkoming van de SW 1956 een leidend beginsel geweest hetgeen het volgens de Staatssecretaris van Financiën nog steeds is.¹⁰³

Het draagkrachtbeginsel wordt sinds eind 19^e eeuw beschouwd als leidend beginsel ten aanzien van de verdeling van de belastingdruk over de belastingplichtigen. Het is een voortvloeiende van het gelijkheidsbeginsel en leidt ertoe dat de belastingdruk niet hoofdelijk moet worden verdeeld over de belastingplichtigen, maar dat het dient plaats te vinden in verhouding tot ieders draagkracht, oftewel

⁹⁹ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 18.*

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 4, p. 2.*

¹⁰¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 4, p. 4.*

¹⁰² *Kamerstukken II 1948/49, 915, nr. 3, p. 14.*

¹⁰³ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, p. 3.*

de sterkste schouders dienen de zwaarste lasten te dragen.¹⁰⁴ Het belastingstelsel moet dus een maatstaf hanteren waarbij de belastindruk gelijkmatig en evenredig wordt verdeeld.¹⁰⁵

3.3.2 Toetsing

Allereerst moet gezegd worden dat de BOR en nog specifiekere erfenissen en schenkingen niet ervoor zorgen dat de vermogensongelijkheid toeneemt. Dit blijkt uit de notitie van het Centraal Planbureau.¹⁰⁶ Hierin werd de rol van schenkingen en erfenissen, die gedaan zijn tussen 2007 en 2015, onderzocht. Het Centraal Planbureau noemt als reden voor de gelijkblijvende vermogensongelijkheid dat huishoudens die een grote schenking geven gemiddeld ouder en meer vermogend zijn dan de ontvanger, oftewel het vermogen verschuift naar een minder vermogende generatie.¹⁰⁷ Uit het onderzoek bleek onder andere dat de gemiddelde belastingdruk voor erfenissen 12% is en voor schenkingen 6%.¹⁰⁸ De gemiddelde belastingdruk bij de BOR daarentegen is gelijk aan 1,1% in 2015.¹⁰⁹ Dit is beduidend lager dan bij normale erfenissen en schenkingen. Als dieper op het gebruik van de BOR ingedoken wordt dan valt meteen uit de meest recente cijfers¹¹⁰ over hoe de BOR verdeeld is over de belastingplichtigen op dat 40% van de belastingderving van de BOR, namelijk 400 miljoen per jaar, terecht komt bij de 2% grootste overdrachten. Dit zijn ongeveer 300 verkrijgers. De meerderheid van het aantal gebruikers van de BOR verkrijgt ongeveer vermogen tot €500.000,-, echter zijn het deze gebruikers die het kleinste budgettaire beslag (10%) plegen op de BOR, terwijl de gebruikers die meer dan €5.000.000,- verkrijgen de grootste budgettaire beslag (40%) op de BOR plegen.¹¹¹ De vraag is echter of dit inhoudt dat de BOR dan niet in lijn is met het draagkrachtbeginsel. In mijn optiek is dit deels wel het geval, echter kon de wetgever dit bij de invoering en latere wijzigingen van de BOR al weten, immers uit data van het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS) blijkt dat we in Nederland een zeer scheve verdeling van het vermogen kennen.¹¹² Het overgrote gedeelte (ongeveer 93% in 2006 en 91% in 2017) van de inwoners in Nederland heeft

¹⁰⁴ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting (Fed Fiscale Studieserie)*, Deventer: Wolter Kluwer 2019, p. 1.

¹⁰⁵ I.J.F.A van Vijfeijken & A.C. Rijkers, *Fiscaliteit en vermogensvorming in de inkomstenbelasting*, p. 2.

¹⁰⁶ S. Groot, M. Lever en J. Möhlman, *Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen*, CPB-notitie december 2019, p. 2.

¹⁰⁷ S. Groot, M. Lever en J. Möhlman, *Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen*, CPB-notitie december 2019, p. 2.

¹⁰⁸ S. Groot, M. Lever en J. Möhlman, *Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen*, CPB-notitie december 2019, p. 2.

¹⁰⁹ S. Groot, M. Lever en J. Möhlman, *Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen*, CPB-notitie december 2019, p. 2.

¹¹⁰ Dit zijn de jaren 2010 tot en met 2016.

¹¹¹ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – belasten inkomen uit aanmerkelijk belang*, par. 7.3.

¹¹² Rapport van het CBS, *Welvaart in 2019*, par 6.3.

namelijk een vermogen tussen €0,- en €500.000,-. Het is dan ook logisch dat meer verkrijgers (7300) met een verkrijging van minder dan €500.000,- gebruik maken van de BOR en zij een kleiner gedeelte van de belastingderving claimen. De vraag blijft echter of dit terecht is. Naar mijn inzien is het de wetgevers goed recht om dit te doen, maar blijkt wel dat het de perken te buiten gaat en acht ik de BOR dan ook in strijd met het draagkrachtbeginsel.

Aan de andere kant is het een apart dat de BOR wordt getoetst aan het draagkrachtbeginsel. De BOR verleent namelijk volgens Kuivenhoven & Nieuwenhuizen een vrijstelling op het niveau van de onderneming en is daarmee ook een objectieve vrijstelling, terwijl de heffing van schenk- en erfbelasting subjectieve heffingen zijn.¹¹³ Dit terwijl het draagkrachtbeginsel subjectief van aard is. Er wordt immers gekeken naar de draagkracht van de verkrijger.¹¹⁴ In die zin is het dan niet logisch om de BOR te toetsen aan het draagkrachtbeginsel. Daarentegen zou betoogd kunnen worden dat een regeling als de BOR niet in de SW 1956 thuishoort, immers speelt het draagkrachtbeginsel in de SW 1956 een leidende rol. De BOR is dan ook een inbreuk op dit principe.¹¹⁵ Dit is volgens Rijkers geen probleem indien voor het instrumenteel gebruik van de BOR een afdoende rechtvaardigingsgrond aan ten grondslag ligt.¹¹⁶ De rechtvaardigingsgrondslag van de BOR is zoals aangegeven niet bevredigend. Stevens vindt daarentegen dat het op zich een legitieme rechtvaardigingsgrondslag is.¹¹⁷ Ik sluit mij hierbij aan, echter het probleem zit in het feit dat niet onderzocht is of daadwerkelijk sprake is van liquiditeitsproblemen bij bedrijfsoverdrachten door de heffing van schenk- en erfbelasting. In die zin is het dan ook niet gerechtvaardigd om te zeggen dat het een legitieme rechtvaardigingsgrondslag is.

3.4 Doeltreffendheid en doelmatigheid

3.4.1 Algemeen

Als gekeken wordt naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van de BOR, geldt voor de doeltreffendheid (effectiviteit) dat de regeling het gestelde doel van de wetgever (in belangrijke mate) doet halen.¹¹⁸ Van het behalen van de doelstelling van de wetgever kan gesproken worden indien de BOR voorkomt dat bij bedrijfsopvolgingen door schenken en/of vererven liquiditeits- en continuïteitsproblemen optreden door de heffing van schenk- en erfbelasting. Daarentegen ziet de

¹¹³ L.C.H.N. Kuivenhoven & J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief en gerechtvaardigd', *WFR* 2020/140, onderdeel 5.2.

¹¹⁴ A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse belastingwetgeving', *NTFR* 2009/1231.

¹¹⁵ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.3.3.5.

¹¹⁶ A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse belastingwetgeving', *NTFR* 2009/1231.

¹¹⁷ S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25, onderdeel 2.2.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 1-2, p. 25.

doelmatigheid (efficiëntie) van de regeling erop dat de regeling niet meer mag kosten dan het opbrengt, oftewel de baten en lasten van de regeling mogen niet in een te ongunstige verhouding tot elkaar staan.¹¹⁹

3.4.2 Toetsing

Wat betreft de doeltreffendheid van de BOR kan geen kwantitatieve conclusie getrokken worden. Dit komt doordat simpelweg niet voldoende cijfermatig data beschikbaar zijn om de doeltreffendheid van de BOR te toetsen.¹²⁰ Als reden geeft Hoogeveen hiervoor dat de wetgever geen meetbare en concrete doelstellingen heeft gegeven.¹²¹ Daarentegen kan wel een kwalitatieve conclusie worden getrokken. De BOR is namelijk een vrijstellingsfaciliteit en in die zin lost het de liquiditeitsproblemen als gevolg van de heffing van schenk- en erfbelasting op.¹²² Dit blijkt ook uit het feit dat de belastingdienst geen gevallen heeft geconstateerd waaruit blijkt dat er liquiditeitsproblemen door belastingheffing bij de bedrijfsoverdracht optreedt.¹²³ Dit is enigszins merkwaardig, omdat uit de gegevens van de belastingdienst zou blijken dat in 30% van de gevallen onvoldoende liquide middelen zijn om de erfbelasting te betalen.¹²⁴ Uit het rapport van SEO economisch onderzoek blijkt daarnaast dat de BOR de financieringsproblemen verlaagt voor een deel van de nalatenschappen. In die zin is de BOR effectief.¹²⁵ Hieruit kan geconcludeerd worden dat de BOR doeltreffend is, echter is het nog maar de vraag of het daadwerkelijk zo is of geen financieringsproblemen zal optreden. Het enkele feit dat de belastingdienst geen gevallen constateert waarin dat het geval is, is naar mijn inzien niet genoeg. Het kan namelijk nog steeds het geval zijn, echter zal dit niet achterhaald kunnen worden. Ik ben het dan ook eens met de zienswijze van Hoogeveen dat het niet duidelijk is of de BOR doeltreffend is of niet.¹²⁶

Enkele kanttekeningen bij de doeltreffendheid van de BOR zijn wel dat tevens uit het rapport van SEO economisch onderzoek blijkt dat in 70% van de gevallen de belastingheffing van successierechten kon worden betaald uit de overige middelen uit de erfenis. Hetzelfde stelde de Staatssecretaris van Financiën. Uit de gegevens van de belastingdienst zou zoals reeds aangegeven

¹¹⁹ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 1-2, p. 25.*

¹²⁰ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – belasten inkomen uit aanmerkelijk belang*, par. 7.2.

¹²¹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: Sdu 2011, par. 13.4.1.

¹²² Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.3.5.1.

¹²³ *Kamerstukken I 2016/17, 34552, nr. E, p. 61*

¹²⁴ *Kamerstukken I 2013/14, 33752, nr. N, p. 5.*

¹²⁵ Rapport van SEO economisch onderzoek, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, par. 4.4.1.

¹²⁶ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: Sdu 2011, par. 13.4.7.

blijken dat in 70% van de gevallen de erfbelasting betaald kon worden uit de nalatenschap.¹²⁷ Wat al eerder bleek uit het onderzoek van SEO economisch onderzoek bevestigde de Staatssecretaris van Financiën op 24 augustus 2020 nog eens. Uit een intern onderzoek van de belastingdienst bleek namelijk dat in 75% van de gevallen voldoende vrije middelen zijn om de erfbelasting te kunnen betalen.¹²⁸ De vrijstelling wordt in de praktijk vaak verleend. De faciliteit is echter in de meeste gevallen niet noodzakelijk.¹²⁹ Dit komt voornamelijk, doordat niet hoeft worden aangetoond dat daadwerkelijk liquiditeitsproblemen optreden.¹³⁰ Al uit een eerder onderzoek van Hoogeveen bleek al dat in 69% van de gevallen genoeg vrije middelen bestonden om de heffing van erfbelasting te voldoen.¹³¹ In 31% van de gevallen waren dus onvoldoende vrije middelen om de erfbelasting te voldoen. Er is echter ook kritiek op het onderzoek van Hoogeveen. Kuivenhoven en Nieuwenhuizen vragen zich namelijk af of het scenario in het onderzoek van Hoogeveen wel reëel is. Zij gaat namelijk ervan uit dat het volledige ondernemingsvermogen als bedrijfsgebonden vermogen moet worden aangemerkt en dat de te betalen erfbelasting moet worden voldaan uit andere middelen, terwijl het in de praktijk voornamelijk zo is dat de erfbelasting moet worden voldaan met middelen uit de onderneming, omdat dit het grootste gedeelte van de erfenis is.¹³² Daarnaast is ook geen onderzoek gedaan naar schenkingen, terwijl het liquiditeitsprobleem daar veel vaker voor zal komen, omdat niet of nauwelijks andere vermogensbestanddelen worden verkregen, doordat degene die schenkt nog in leven is.¹³³ Dit ligt ook in lijn met de conclusie uit het rapport van SEO economisch onderzoek. In gevallen van schenkingen voorkomt de BOR vaker financieringsproblemen.¹³⁴ Een andere beperking van het onderzoek van Hoogeveen is volgens Kuivenhoven en Nieuwenhuizen dat alleen wordt gekeken naar of voldoende vrije middelen zijn om de belasting te kunnen betalen, maar niet of vervolgens nog sprake is van een gezonde onderneming. Ik deel dit kritiekpunt ten zeerste. Als na de betaling van de belasting geen sprake meer is van een gezonde onderneming dan kan eigenlijk wel geconcludeerd worden dat de BOR doet waarvoor het bedoeld is, namelijk continuïteitsproblemen wegnemen door de heffing van successierechten. Deze continuïteitsproblemen werden in tegenstelling tot het onderzoek van Hoogeveen wel onderzocht door het advieskantoor PwC. Daaruit bleek dat indien de huidige bedrijfsopvolgingsregeling wordt afgeschaft de financiële positie van 46%

¹²⁷ *Kamerstukken I 2013/14, 33752, nr. N, p. 5.*

¹²⁸ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenennotitie BOR - Onderzoek uitwerking vrije middelen BOR*, 24 augustus 2020, p. 3.

¹²⁹ Rapport van SEO economisch onderzoek, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsverdracht*, par. 4.4.1.

¹³⁰ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.3.6.

¹³¹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: Sdu 2011, par. 14.3.2.2.

¹³² L.C.H.N. Kuivenhoven & J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief en gerechtvaardigd', *WFR 2020/140*, onderdeel 4.2.

¹³³ L.C.H.N. Kuivenhoven & J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief en gerechtvaardigd', *WFR 2020/140*, onderdeel 4.2.

¹³⁴ Rapport van SEO economisch onderzoek, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsverdracht*, par. 4.4.1.

tot 68% van de familiebedrijven op de lange termijn wordt bedreigt.¹³⁵ Met de afschaffing van alleen de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 neemt het aantal familiebedrijven met een slechte solvabiliteitspositie toe van 24% tot 46% en als daar de faciliteiten in de Wet IB 2001 bijkomen, stijgt dit zelfs tot 68%, oftewel de continuïteit van 46% van de familiebedrijven wordt op de lange termijn bedreigd met de afschaffing van de BOR.¹³⁶ In die zin ben ik dan ook van mening dat de BOR doelmatig is. Het enkele feit dat voldoende vrije middelen zijn om de erfbelasting te kunnen voldoen, betekent niet dat de conclusie getrokken kan worden dat de BOR niet doelmatig is. Uit de wetsgeschiedenis van de BOR blijkt namelijk dat de wetgever de continuïteitsproblemen wilde voorkomen, wat, zo blijkt uit het onderzoek van PwC niet het geval is, indien de BOR wordt afgeschaft. Dit probleem kan echter wel, zo blijkt uit de literatuur, voorkomen worden met een betalingsregeling.

3.5 Deelconclusie

Het voornaamste probleem bij de BOR is alsdan dat geen afdoende rechtvaardigingsgrond is gegeven voor de regeling. Alhoewel het voorkomen van liquiditeits- en continuïteitsproblemen bij de bedrijfsoverdracht wel een legitieme rechtvaardigingsgrond is, is nooit onderzocht of daadwerkelijk sprake is van deze problemen door het heffen van successierechten. Dit betekent echter niet dat de genoemde problemen zich niet daadwerkelijk voordoen. Daarnaast krijgen belastingen volgens de Raad van State een willekeurig karakter indien ze geen legitieme rechtvaardigingsgrondslag hebben. Inmiddels zijn verschillende onderzoeken beschikbaar om de BOR te toetsen, zo blijkt de BOR in strijd te zijn met het draagkrachtbeginsel. Het gebruik van de BOR blijkt zeer scheef verdeeld te zijn. Dit bleek echter wel logisch te zijn, doordat het vermogen in Nederland als sinds jaar en dag erg scheef verdeeld is. Het is het goed recht van de wetgever om een regeling op deze manier in te richten, echter blijkt wel uit het feit, dat 40% van de belastingderving komt door de 2% grootste overdrachten, dat het de perken te buiten gaat. Alsdan is de BOR ook in strijd geacht met het draagkrachtbeginsel. Wat betreft de doeltreffendheid (effectiviteit) van de BOR bleek dat de belastingdienst geen signalen heeft gehad van liquiditeitsproblemen voor de heffing van successierechten. Dit wil echter niet zeggen dat deze problemen zich ook niet daadwerkelijk voordoen. In die zin is de BOR dan ook effectief, echter is geen data beschikbaar om het ook op een kwantitatieve manier te toetsen. Het is dan ook niet duidelijk of de BOR doeltreffend is. Tot slot is de behandeling geweest van de doelmatigheid (efficiëntie) van de BOR. Uit verschillende onderzoeken

¹³⁵ Rapport van PwC, *Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk*, december 2014, p. 7.

¹³⁶ Rapport van PwC, *Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk*, december 2014, p. 7 en 9.

blijkt dat de BOR beperkt doelmatig is. In ongeveer 70% van de gevallen bleek namelijk dat genoeg vrije middelen bestonden om de heffing van erfbelasting te voldoen. Zowat elk onderzoek ging echter alleen over de erfbelasting, terwijl de liquiditeitsproblemen zich waarschijnlijk vaker voordoen bij de betaling van schenkbelasting, omdat bij schenken vaak niets naast de onderneming wordt verkregen. In de onderzoeken werd geen rekening gehouden met of na de betaling van de erfbelasting het bedrijf financieel gezond bleef. Uit een later onderzoek van PwC blijkt daarentegen dat indien de BOR wordt afgeschaft op de lange termijn 46% van de bedrijven liquiditeitsproblemen zullen ondervinden. Alsdan blijkt dan ook dat de BOR doelmatig is, want zonder de regeling zal de helft van de bedrijven problemen ondervinden op de lange termijn doordat de verkrijger liquide middelen uit het bedrijf onttrekt om de erfbelasting te betalen.

Hoofdstuk 4 Alternatieven voor de bedrijfsopvolgingsregeling

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is gekeken naar hoe het zit met de draagkracht, doeltreffendheid en de doelmatigheid van de BOR. Het is daarnaast duidelijk geworden dat het voornaamste bezwaar tegen de BOR is dat het niet duidelijk is of de BOR daadwerkelijk nodig is om liquiditeits- en continuïteitsproblemen door de heffing van schenk- en erfbelasting te voorkomen bij bedrijfsopvolgingen. Bij de herziening van de BOR kwam daar ook nog bij dat de wetgever wilde dat de BOR enkel en alleen gebruikt kon worden bij reële bedrijfsopvolgingen. In dit hoofdstuk zal allereerst gekeken worden wat de wetgever onder reële bedrijfsopvolgingen verstaat, wat de knelpunten van de huidige BOR ten aanzien hiervan zijn en hoe deze op te lossen zijn. Vervolgens zullen alternatieven van de BOR besproken worden, alsmede een aanbeveling gegeven worden. Tenslotte wordt een antwoord op de derde deelvraag geformuleerd.

4.2 Reële bedrijfsoverdrachten

Zoals aangegeven in hoofdstuk twee wilde de wetgever met de herziening van de BOR in 2010 enkel en alleen nog maar reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd laten plaatsvinden. De definitie van een reële bedrijfsopvolging is volgens de wetgever dan ook het volgende:

“Een overdracht van een «onderneming» door een «ondernemer», die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming «als ondernemer voortzet».”¹³⁷

De vraag blijft echter in de praktijk wat als onderneming en wat als ondernemer kwalificeert.¹³⁸ Volgens de Beer en Hoogeveen volgt uit de wetsgeschiedenis dat bij een reële bedrijfsoverdrachten moet voldaan zijn aan drie voorwaarden, te weten het betrokkenheids criterium¹³⁹, het winstgerechtigdheidscriterium¹⁴⁰ en het voorzettingscriterium, waarbij het voorzettingscriterium eigenlijk al in de BOR zit, namelijk met de voorzettingseis.¹⁴¹ Volgens de Beer en Hoogeveen sluiten met name de IB-ondernemer en de medegerechtigdheid in de BOR goed aan bij het begrip reële bedrijfsopvolging.¹⁴² Daarentegen heeft het begrip aanmerkelijkbelanghouder niets te maken met reële bedrijfsopvolgingen. Zij benoemen hierbij specifiek dat met name het betrokkenheids criterium

¹³⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 17.

¹³⁸ KWEP rondetekentafeldiscussie - maandag 15 september 2014, KWEP 2014/28, p. 11-12.

¹³⁹ Volgens de Beer en Hoogeveen valt hieronder dat de overdrager leidinggeeft aan de onderneming en invloed heeft op de resultaten.

¹⁴⁰ Volgens de Beer en Hoogeveen moet de overdrager ‘ondernemer’ zijn en onbeperkt recht hebben op de winsten en verliezen van de onderneming.

¹⁴¹ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, TFO 2019/160.5, par. 2 en A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, WFR 2010/1242, par. 4.2.2.

¹⁴² A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, TFO 2019/160.5, par. 3.5.

niet duidelijk naar voren komt.¹⁴³ Dit blijkt ook wel uit het feit dat de BOR aansluit bij het aanmerkelijk belang regime zoals deze is weergegeven in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001, terwijl het hebben van een aanmerkelijk belang niks van doen heeft met het ondernemersbegrip en enkel een economisch belang volstaat om in aanmerking te komen tot de faciliteiten.¹⁴⁴ Het al dan niet hebben van zeggenschap doet niet ter zake. Zodoende vallen aanmerkelijkbelanghouders onder de BOR die enkel een winstafhankelijke vergoeding krijgen zonder dat zij de winstgevendheid van de onderneming beïnvloeden, terwijl dit beleggers zijn. Dit terwijl volgens de Beer en Hoogeveen aan zowel het winstgevendheids criterium als het betrokkenheids criterium moet worden voldaan. Een belang van 5% is volgens de Beer dan ook te laag om van echt ondernemerschap te kunnen spreken.¹⁴⁵ Het winstgerechtigheids criterium komt volgens de Beer en Hoogeveen wel voor in de wet, namelijk met de regeling dat preferente aandeelhouders alsmede meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders in beginsel geen aanspraak maken op de faciliteiten.¹⁴⁶ Voor preferente aandeelhouders kan dit echter wel zoals aangegeven in hoofdstuk twee, namelijk wanneer het gaat om een gefaseerde bedrijfsopvolging, wat enigszins merkwaardig is, omdat preferente aandelen worden gezien als verstrekking van vreemd kapitaal en dus een belegging zijn.¹⁴⁷ Daar komt ook nog eens bij dat geen eisen worden gesteld aan hoe groot het belang moet zijn wat verkregen wordt van de erflater of schenker.¹⁴⁸ Hierdoor kunnen hele kleine belangen worden verkregen, terwijl juist deze kleine belangen niets van doen hebben met reële bedrijfsopvolgingen.¹⁴⁹ Zonder te noemen met hoeveel procent, omdat dit niet mogelijk is, kan al met al met name als het gaat om aanmerkelijkbelanghouders in de BOR enig terrein gewonnen worden door dit meer te laten aansluiten bij reële bedrijfsopvolgingen.

De Beer en Hoogeveen geven daarnaast ook aan dat de bezits- en voorzittingsvereiste niet behoren tot de definitie van een reële bedrijfsopvolging.¹⁵⁰ Zij geven hierbij het welbekende voorbeeld dat indien een vader een onderneming koopt om die voor zijn rekening en risico te drijven en hij een dag na de aankoop verongelukt sprake is van een reële bedrijfsopvolging, echter kan de verkrijger in dat geval geen aanspraak maken op de BOR.¹⁵¹ De bezits- en voorzittingsvereisten zorgen dan ook voor dat reële bedrijfsopvolgingen niet onder de BOR vallen, wat inderdaad duidt op dat het geen onderdeel

¹⁴³ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, par. 3.5.

¹⁴⁴ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242, par. 5.1.b.

¹⁴⁵ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242, par. 5.1.b.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 43-44.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 43 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31930, nr. 13, p. 26.

¹⁴⁸ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242, par. 5.1.b.

¹⁴⁹ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242, par. 5.1.b.

¹⁵⁰ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, par. 4.1.

¹⁵¹ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, par. 4.1.

is van de definitie van een reële bedrijfsopvolging. Zij pleiten dan ook voor een motieftoets¹⁵², waarbij wordt gekeken of het geheel van rechtshandelingen gericht zijn op het gefaciliteerd overdragen van aandelen of een onderneming. Dit is echter naar mijn optiek heel lastig te toetsen en maakt de BOR ook ingewikkelder dan het hoeft te zijn.

4.3 Alternatieven/aanbeveling

4.3.1 Betalingsregeling en niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit

De BOR moet dan ook aanzienlijk worden aangepast of worden afgeschaft voor een andere regeling om liquiditeits- en continuïteitsproblemen voor ondernemingen door de onttrekking van liquide middelen om successierechten te betalen op te lossen. Reeds is een alternatief al naar voren gekomen in de voorgaande hoofdstukken, namelijk het afschaffen van de BOR en het vervangen door een betalingsregeling. In de literatuur komt sterk naar voren dat veel adviseurs hier een voorstander van zijn en dat het ook genoeg is om de voornoemde problemen op te lossen. De Staatssecretaris van Financiën vindt dat ook.¹⁵³ Ik ben zelf echter geen fan van een betalingsregeling. Het is geen realistisch alternatief voor de BOR mede doordat het huidig kabinet, wat ook weer een meerderheid heeft behaald in de Tweede Kamerverkiezingen, de BOR wil behouden en/of aanpassen, maar zeker niet afschaffen. De VVD gaat daarbij het verst en wil knelpunten die de toepassing ervan beperken zelfs opheffen.¹⁵⁴ Het lijkt er dus op dat ze het zelfs willen uitbreiden in plaats van beperken, terwijl het CDA pleit voor een vereenvoudiging van de BOR.¹⁵⁵ De ChristenUnie daarentegen stelt dat een uitgebreide fiscale vrijstelling noodzakelijk is voor het ondernemingsvermogen om bedrijfsoverdrachten van familiebedrijven naar de kinderen te vergemakkelijken.¹⁵⁶ D66 is eigenlijk de enige partij van de huidige drie regeringspartijen die de BOR willen inperken, met name de voorwaardelijke vrijstelling.¹⁵⁷ Zoals het nu uitziet, zijn voornamelijk GroenLinks, PVDA, SP en 50PLUS voor de afschaffing van de BOR, wat bij lange na dus geen meerderheid zal bereiken.¹⁵⁸ Daarnaast volg ik de mening van Henk Hoeve, namelijk dat de MKB-ondernemingen best mogen worden ontzien, omdat deze ondernemingen de ondernemingen zijn waar de economie op drijft.¹⁵⁹ Dit blijkt ook wel aangezien circa 60% van de bedrijven in Nederland familiebedrijven zijn en zij in 2018 zorgde voor 403 miljard euro aan omzet, een toegevoegde waarde van 103 miljard euro en 2,5 miljoen

¹⁵² A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, par. 5.

¹⁵³ *Kamerstukken I* 2013/14, 33752, nr. N, p. 3.

¹⁵⁴ Rapport van Loyens & Loeff, *Fiscaal beleid voor het familiebedrijf in de verkiezingsprogramma's 2021*, p. 6.

¹⁵⁵ Rapport van Loyens & Loeff, *Fiscaal beleid voor het familiebedrijf in de verkiezingsprogramma's 2021*, p. 8.

¹⁵⁶ Rapport van Loyens & Loeff, *Fiscaal beleid voor het familiebedrijf in de verkiezingsprogramma's 2021*, p. 9.

¹⁵⁷ Rapport van Loyens & Loeff, *Fiscaal beleid voor het familiebedrijf in de verkiezingsprogramma's 2021*, p. 14.

¹⁵⁸ Rapport van Loyens & Loeff, *Fiscaal beleid voor het familiebedrijf in de verkiezingsprogramma's 2021*.

¹⁵⁹ KWEP rondetentafeldiscussie - maandag 15 september 2014, *KWEP* 2014/28, p. 6.

werknemersbanen, wat allemaal ongeveer 25% representeert van het totaal in Nederland.¹⁶⁰ Indien in de toekomst wel een meerderheid is voor enkel en alleen een betalingsregeling dan volg ik de redenering van Tigelaar-Klootwijk en behoort deze betalingsregeling rentedragend te zijn, want als het renteloos is, zal veel vaker gebruik worden gemaakt van de regeling dan nodig is.¹⁶¹

Een tweede alternatief voor de BOR is een niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit, waarbij de verkrijger van ondernemingsvermogen de schenk- en erfbelasting extern financiert. Hoogeveen wil eenzelfde soort regeling als het borgstellingkrediet MKB¹⁶², waarbij de overheid voor een deel garant staat voor bedrijven die een lening willen afsluiten, maar deze niet of moeilijk krijgen.¹⁶³ In dat opzicht is het een prima regeling, echter vraag ik me af of het wel gerechtvaardigd is als de overheid in de kapitaalmarkt ingrijpt, terwijl geen sprake is van marktfalen. Volgens het CBS is de financieringsaanvraag van bedrijven namelijk in 79% van de gevallen succesvol.¹⁶⁴ Daarbij komt ook nog bij dat indien belastingplichtigen de financiering regelen op de kapitaalmarkt nog steeds sprake kan zijn van liquiditeitsproblemen.¹⁶⁵ Alsdan ben ik geen voorstander van dit alternatief, mede doordat in het geval daadwerkelijk sprake is van marktfalen dit ook opgelost wordt door de BOR.

Een derde optie is natuurlijk om de BOR dusdanig te wijzigen om de knelpunten met betrekking tot de draagkracht ervan en de knelpunten met betrekking tot reële bedrijfsopvolgingen aan te pakken. Ik denk dat dit voor nu de beste mogelijkheid is om daadwerkelijk wat aan de bezwaren tegen de BOR te doen, mede doordat dit het meest realistische alternatief is om het eventueel te halen in de Tweede Kamer nu het duidelijk is dat de meerderheid van de partijen de BOR wil behouden.

4.3.2 Voorwaardelijke vrijstelling

Zoals aangegeven in hoofdstuk drie is de BOR in strijd met het draagkrachtbeginsel. Om dit bezwaar tegen de BOR op te lossen stellen ambtenaren van het FIN in de bouwstenennotitie voor de BOR te beperken. Zij stellen hierbij voor om de vrijstelling over de waarde going concern te verlagen naar 25% en de omvang van de vrijstelling af te toppen op €5 miljoen ondernemingsvermogen.¹⁶⁶ Ik volg deze lijn van de ambtenaren, mede doordat als gekeken wordt naar de vrijstelling die onze

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2020/21, 32637, nr. 434, p. 1 en rapport van het CBS, *Familiebedrijven in Nederland 2015-2018*, par. 4.3.

¹⁶¹ KWEP rondetekentafeldiscussie - maandag 15 september 2014, KWEP 2014/28, p. 4.

¹⁶² M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: Sdu 2011, par. 13.7.

¹⁶³ Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, 'Borgstelling MKB-kredieten (BMKB)'.

¹⁶⁴ Rapport van het CBS, *Financieringsmonitor 2020*, par. 5.2.

¹⁶⁵ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.4.

¹⁶⁶ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – belasten inkomen uit aanmerkelijk belang*, par. 7.6.

oosterbuur, Duitsland, hanteert het blijkt dat zij één vrijstellingspercentage hebben.¹⁶⁷ Naar mijn inzien is het goed om één vast percentage als vrijstelling te geven dan de nu geldende gedifferentieerde percentages van 100 en 83 procent. Het versimpelt de BOR namelijk. Ik voel mij hierin gesteund door de rondetafelgesprekken over de BOR, waar dit unaniem werd genoemd.¹⁶⁸ Er moeten echter wel enkele kanttekeningen worden geplaatst bij wat in de Bouwstenennotie is voorgesteld, namelijk een vrijstellingspercentage van 25% en een aftopping tot €5 miljoen. In mijn ogen hoeft dit niet per se dit percentage of dat bedrag te zijn. Het is niet gezegd dat hiermee het scheve gebruik van de BOR wordt opgelost. Het vaststellen van het vrijstellingspercentage alsmede de aftopping is in die zin arbitrair en hoort te worden bepaald door de politiek. Ik wil er wel bij gezegd hebben dat de aftopping op vijf miljoen naar mijn inzien te laag is. Bij de 2% overdrachten die 40% van de BOR behelzen, waarbij meer dan vijf miljoen wordt verkregen, is namelijk de gemiddelde verkrijging van ondernemingsvermogen gelijk aan €19 miljoen.¹⁶⁹ Alsdan kan met een aftopping van vijf miljoen en de daarmee ontstane belastingclaim alsnog liquiditeitsproblemen ontstaan.

Ambtenaren van het FIN stellen daarnaast in de bouwstenennotitie ook voor om verhuurd vastgoed standaard aan te merken als beleggingsvermogen om zo duidelijkheid te verschaffen en mede het aantal juridische procedures bij de BOR te verminderen, doordat blijkt dat een derde van de tijd dat gemoeid is met de schenk- en erfbelasting opgaat aan de BOR, terwijl de belastingdienst al handen te kort komt.^{170, 171} Allereerst moet gezegd worden dat het onzinnig is om een regeling dusdanig te wijzigen met als reden dat het veel tijd in beslag neemt, zodat het de handhaafbaarheid ten goede komt. Naar mijn inzien is het een probleem van de belastingdienst om te zorgen dat de BOR gehandhaafd kan worden. Het blijkt dat dit ook kan, maar dat het veel tijd in beslag neemt, is dan ook geen goede reden om dan maar voortaan verhuurd vastgoed aan te merken als beleggingsvermogen. Als duidelijk gecreëerd wilt worden, moet naar mijn inzien verhuurd vastgoed voortaan juist als ondernemingsvermogen worden aangemerkt. Zonder al te veel in de discussie te gaan, die zich voornamelijk afspeelt in de Wet IB 2001, moet aangegeven worden dat ik niet het verschil zie tussen iemand die een onderneming koopt en vervolgens fietsen gaat verhuren en iemand die met een onderneming vastgoed wil verhuren. Enkel en alleen de aard van het object verschilt, namelijk roerend versus onroerend, maar dit hoort niet de doorslaggevende factor te zijn

¹⁶⁷ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2, par. 2.3.2.

¹⁶⁸ KWEP rondeteketendiscussie - maandag 15 september 2014, *KWEP* 2014/28, p. 14.

¹⁶⁹ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – syntheserapport*, par. 5.6.

¹⁷⁰ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – belastingen inkomen uit aanmerkelijk belang*, par. 7.6.

¹⁷¹ P.G.H. Albert, 'BOR: voor iedere toegerekende onderneming een afzonderlijke bezitstermijn?', *NtFR-B* 2020/25, onderdeel 9.

voor wat gezien wordt als ondernemingsvermogen. Daarentegen moet wel een bepaald criterium gehanteerd worden wanneer verhuurd vastgoed hoort tot het ondernemingsvermogen om misbruik te voorkomen, want het enkel en alleen verhuren van bijvoorbeeld één pand hoort naar mijn inzien niet te kwalificeren als ondernemingsvermogen. In Vlaanderen geldt bijvoorbeeld dat voor het toepassing zijn van de daar geldende faciliteit voor exploitatie van onroerende zaken voldaan moet worden aan een activiteitentoets, wat inhoudt dat sprake moet zijn van een reële economische activiteit, waar sprake van is indien de loonkosten in verhouding tot de waarde van de onroerende zaken moet voldoen aan de wettelijke norm.¹⁷² Wellicht dat in Nederland een soortgelijke norm gehanteerd kan worden om zeker te zijn dat de onroerende zaken gebruikt worden in de materiële onderneming. Er kan daarnaast ook gedacht worden aan een voorwaarde ten aanzien van het aantal onroerende zaken, zoals we die ook kennen in de verhuurderheffing¹⁷³. Hierdoor wordt de regeling duidelijker, zorgt het voor meer rechtszekerheid en minder procedures. Ik geloof ook dat het voordelig kan zijn voor de werkgelegenheid indien eisen worden gesteld zoals in de Vlaamse Gunstregeling aan de loonkosten, immers meer onroerende goederen betekent een hogere totale waarde van het vastgoed in de onderneming en zodoende ook een hogere loonsom waaraan voldaan moet worden. Dit kan op zijn beurt weer leiden tot meer personeel wat nodig is om aan de loonsom te voldoen.

4.3.3 Aanmerkelijk belang

De bezwaren ten aanzien van de aanmerkelijkbelanghouder in de BOR is besproken en komt neer op dat het begrip te ver af staat van reële bedrijfsopvolgingen. Ambtenaren van het FIN stellen in het bouwstenennotitie voor om kleine aanmerkelijk belangpakketten uit te zonderen van de BOR¹⁷⁴, waar ik het volledig mee eens ben. Nu is het zo dat hele kleine aanmerkelijk belangpakketten ook onder de BOR vallen doordat ook soort aandelen vallen onder het aanmerkelijk belang regime, terwijl deze kleine pakketten niets van doen hebben met reële bedrijfsopvolgingen, doordat de erflaten/schenker geen invloed op de koers en de resultaten van de onderneming kan uitoefenen. Alsdan moeten deze kleine aanmerkelijk belangpakketten dan ook niet meer vallen onder de BOR. De vraag is echter waar de grens gesteld moet worden. Indien aan het aanmerkelijk belang begrip van box twee gehouden wilt worden, zal dit 5% zijn, maar misschien is het wel beter om hiervan af te stappen en een eigen

¹⁷² T.C. Hoogwout, 'Een overzicht van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', *TFO* 2020/169.1, par. 3.1.

¹⁷³ De kwalificatie als belastingplichtige voor de verhuurderheffing is op grond van art. 1.4 Wet maatregelen woningmarkt 2014 II namelijk pas bij het genot krachtens eigendom, bezit of beperkt recht indien dit het geval is bij meer dan vijftig huurwoningen.

¹⁷⁴ Rapport van het Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – belastingen inkomen uit aanmerkelijk belang*, par. 7.6.

aanmerkelijk belang begrip voor de BOR te vormen, zoals we die ook kennen in de Overdrachtsbelasting. Dit komt voornamelijk uit het feit dat het aanmerkelijk belang begrip uit de Wet IB 2001 te ruim is, zo vallen enkel economische belangen ook onder de BOR zonder dat er sprake is van zeggenschap. Alsdan vallen beleggers onder de BOR, terwijl volgens de Beer en Hoogeveen zowel aan het winstgevendheids criterium als het betrokkenheids criterium moet worden voldaan. Ik verwacht echter dat een eigen begrip niet mogelijk zal zijn doordat er geen draagvlak voor is en de wetgever juist de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en de BOR bij elkaar wil laten aansluiten. Tevens moet de regeling voor indirecte belangen uit de BOR gehaald worden, immers een direct belang van minder dan 5% kwalificeert niet voor de BOR, dus zou ook een indirect belang van minder dan 5% niet voor de BOR moeten kwalificeren. Ik ben het dan ook eens met Hoogeveen en de uitkomst van de rondetekentafel discussie dat de regeling voor indirecte belangen tussen 0,5% en 5% moet worden geschrapt.¹⁷⁵

4.3.4 Bezits- en voorzettingseis

Daarbij is ook naar voren gekomen dat de Beer en Hoogeveen vinden dat de bezits- en voorzettingseis niets te maken hebben met reële bedrijfsoverdrachten. Dit komt in de huidige tijd duidelijk naar voren en is naar mijn inzien juist. Nu geldt namelijk dat indien iemand voor de coronacrisis een onderneming geërfd heeft en faillissement wil voorkomen en dus de onderneming staakt dat dan de voorwaardelijke vrijstelling verloren gaat en alsnog erfbelasting moet worden betaald¹⁷⁶, terwijl wel sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Het is volgens Tigelaar-Klootwijk echter noodzakelijk om eisen te stellen om misbruik van de regeling te voorkomen¹⁷⁷, wat ik juist acht. Daarbij lijken die tevens doeltreffend te zijn in het voorkomen van misbruik.¹⁷⁸ Ik denk daarnaast dat het voorstel van Sonneveldt, namelijk de verschillende termijnen vervangen door één termijn van bijvoorbeeld tien jaar en dat indien de erflater of schenker de onderneming niet lang genoeg in bezit had voor de overdracht dat dan de eis voor het continueren van de onderneming toeneemt, veel situaties kan voorkomen waarin de BOR niet van toepassing is, terwijl wel sprake is van reële bedrijfsopvolgingen. Het zal niet alle situaties kunnen voorkomen waarin de BOR niet van toepassing is in het geval van een reële bedrijfsopvolging en voorkomen misbruik, echter dit kan wellicht geen enkele regeling die wordt bedacht.

¹⁷⁵ KWEP rondetekentafel discussie - maandag 15 september 2014, KWEP 2014/28, p. 15.

¹⁷⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'Het niet voortzetten van een geërfde onderneming in crisistijd', *ytfiscaal* 2021.

¹⁷⁷ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.3.5.7.

¹⁷⁸ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.3.5.7.

4.4 Deelconclusie

Alsdan zijn problemen te zien bij de BOR als het gaat om het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Deze problemen worden vooral gezien bij het aanmerkelijk belang begrip in de BOR, omdat hier niet duidelijk terug te zien is of sprake is van reële bedrijfsopvolgingen. De erflater of schenker heeft vaak geen invloed van betekenis in de resultaten van de onderneming die gedreven wordt in de BV. Daarnaast bleek dat de bezits- en voorzettingseis niets te maken hebben met reële bedrijfsopvolgingen. Vervolgens is gekeken welke alternatieven er voor de BOR zijn. Allereerst is er de betalingsregeling waar tot de conclusie is gekomen dat deze niet reëel is, omdat geen meerderheid te behalen is voor de afschaffing van de BOR en enkel het gebruik van de betalingsregeling, terwijl in de literatuur dit alternatief sterk naar voren komt. Daarbij is tevens betoogt dat de familiebedrijven best ontzien mogen worden, omdat deze de drijvende kracht zijn achter de Nederlandse economie. Het tweede alternatief wat naar voren kwam in de literatuur is de niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit. Een faciliteit waarbij de overheid als het ware garant staat voor het verkrijgen van externe financiering voor de betaling van de successierechten. Het is echter nog maar de vraag of het rechtvaardig is dat de overheid ingrijpt in de kapitaalmarkt, terwijl geen seinen te zien zijn dat sprake zou zijn van marktfalen. Zelfs als dit marktfalen wel aanwezig zou zijn dan nog lost de BOR dit probleem ook op. Als derde alternatief is besproken om de knelpunten in de BOR aan te pakken door de BOR aanzienlijk te wijzigen. Hierbij is geopperd om de huidige vrijstellingspercentages van 100% en 83% af te schaffen en hier één vrijstellingspercentage van te maken en het ondernemingsvermogen af te toppen. Hoe groot dit vrijstellingspercentage en de aftopping van het ondernemingsvermogen moet zijn, zijn echter politieke kwesties. Er is namelijk niet één goed percentage. Het kiezen van het percentage is namelijk vrij arbitrair, omdat het niet duidelijk is bij welk percentage en welke aftopping de problemen ten aanzien van de draagkracht worden opgelost. Daarnaast is betoogd om verhuurd onroerend goed voortaan aan te merken als ondernemingsvermogen. Tevens is aangeraden om de kleine aanmerkelijk belangpakketten, die nu onder de BOR vallen, geen toegang meer te geven tot de BOR. Het soort aanmerkelijk belang alsmede de indirecte aanmerkelijk belangen tussen 0,5% en 5% moeten uit de BOR gehaald worden. Voor de bezits- en voortzettingseis daarentegen zou het handig kunnen zijn om één termijn in te voeren in plaats van de verschillende termijnen die nu gelden. Hierdoor zouden veel reële bedrijfsopvolgingen alsnog onder de BOR kunnen vallen.

Hoofdstuk 5 Conclusie

In deze scriptie is de volgende onderzoeksvraag onderzocht: *“Is de bedrijfsopvolgingsregeling in de huidige samenleving in stand te houden en - zo niet - welke alternatieven zijn er om het doel van de wetgever, namelijk het niet in gevaar brengen van de continuïteit van een onderneming als gevolg van belastingheffing, te realiseren?”*. Om tot een antwoord te komen op deze vraag is tevens gekeken wat het doel en de strekking is van de bedrijfsopvolgingsregeling, alsmede hoe deze zich verhoudt tot het draagkrachtbeginsel en hoe het zit met de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling. Tenslotte is gekeken naar welke alternatieven voor de bedrijfsopvolgingsregeling het doel van de regeling ook realiseren en welke hiervan de voorkeur behoort te genieten.

Aangaande het doel en de strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling is gebleken dat al vanaf de totstandkoming van de SW 1956 het doel heeft om de continuïteit van een onderneming niet in gevaar te brengen als gevolg van de heffing van successierechten. Om dit te bewerkstelligen is allereerst een uitstel van betalingsregeling in de wet opgenomen. Toen bleek dat dit niet genoeg was om de belemmeringen weg te nemen, is uiteindelijk na meerdere wetswijzigingen een voorwaardelijke vrijstelling opgenomen. De voorwaardelijke vrijstelling begon als een vrijstelling gelijk aan 25% van het ondernemingsvermogen, waarna deze tot uiteindelijk een vrijstelling van 100% van het verschil tussen de liquidatiewaarde en waarde going concern van een onderneming, 100% tot een bedrag van €1.119.845,- en 83% voor het resterende ondernemingsvermogen is verhoogd met telkens hetzelfde argument, namelijk de continuïteitsproblemen door de onttrekking van liquide middelen van de onderneming als gevolg van de heffing van successierechten wegnemen. Tevens is hierbij in 2010 het doel bijgekomen dat de BOR enkel en alleen reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd laat plaatsvinden. Om de bedrijfsopvolgingsregeling te kunnen toepassen moet dan ook voldaan worden aan de bezits- en voorzettingseis. Het is een voorwaardelijke vrijstelling, wat inhoudt dat indien niet aan de voorzettingseis van art. 35e SW 1956 wordt voldaan, namelijk het voorzetten van de onderneming gedurende vijf jaar, de faciliteit wordt teruggenomen. Daarnaast moet de erflater of schenker tevens voldoen aan de bezitseis van art. 35d SW 1956, namelijk één jaar tot overlijden respectievelijk vijf jaar tot schenken kwalificeren als ondernemer, kwalificeren als medegerechtigde, kwalificeren als aanmerkelijkbelanghouder of een resultaat uit werkzaamheid genieten uit onroerende zaken. Daarbij geldt de vrijstelling alleen voor ondernemingsvermogen, te weten de verkrijging van een onderneming, de verkrijging van een medegerechtigdheid, de verkrijging van een aanmerkelijk belang en de verkrijging van ter beschikking gestelde onroerende zaken. Tenslotte kan de BOR in bijzondere gevallen alsnog worden toegepast. Het betreft hier de wijzigingen in de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen, wat neergelegd is in art. 35f SW 1956. De BOR heeft dan ook een groot toepassingsbereik.

Wat betreft de verhouding van de BOR tot het draagkrachtbeginsel is gebleken dat het gebruik van de BOR zeer scheef is verdeeld, namelijk de grootste 2% van de overdrachten behelzen 40% van de belastingderving. Hoewel dit wel te begrijpen is, doordat het vermogen in Nederland zeer scheef verdeeld is, is desondanks geconcludeerd dat de BOR in strijd is met het draagkrachtbeginsel. Wat betreft de doeltreffendheid en doelmatigheid van de BOR is geconcludeerd dat het niet duidelijk is of de BOR doeltreffend is, omdat niet duidelijk is of continuïteits- alsmede liquiditeitsproblemen optreden als de BOR niet bestond. Daarentegen is de BOR wel doelmatig bevonden. Uit verschillende onderzoeken is gebleken dat in 70 – 75% van de gevallen genoeg liquide middelen aanwezig zijn om de erfbelasting te betalen, echter is bij deze onderzoeken niet gekeken of de verkregen onderneming in liquiditeitsproblemen komt door de onttrekking van deze liquide middelen om de erfbelasting te voldoen. Dit is weldegelijk het geval. Uit onderzoek blijkt namelijk dat met de afschaffing van de BOR de solvabiliteitspositie van 46% van de familiebedrijven achteruitgaat, oftewel de continuïteit van 46% van de familiebedrijven wordt op de lange termijn bedreigd.¹⁷⁹ Alsdan is de BOR doelmatig bevonden.

Ten aanzien van de alternatieven van de BOR is gekeken naar twee alternatieven, namelijk een betalingsregeling en de niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit, wat inhoudt dat de overheid als het ware garant staat om extern financiering te krijgen voor de betaling van successierechten. Beide alternatieven zijn niet bevredigend gevonden. De betalingsregeling is een goed alternatief, echter is het geen realistisch alternatief, omdat geen meerderheid voor te krijgen is in de Tweede Kamer. De meerderheid in de Tweede Kamer wil immers de BOR juist behouden. Daarnaast is betoogd om familiebedrijven juist te ontzien, omdat de economie drijft op dit soort bedrijven. De niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit is daarentegen niet bevredigend gevonden, omdat geen aanwijzingen zijn dat er sprake is van marktfalen in de kapitaalmarkt en twijfels bestaan over de rechtvaardiging om dan in te grijpen. Zelfs als sprake is van marktfalen, dan lost de BOR dit probleem ook op. Alsdan is voorgesteld om de BOR aanzienlijk te herzien. Allereerst is voorgesteld om de huidige twee vrijstellingspercentages te vervangen door één percentage met een aftopping van het ondernemingsvermogen. Daarnaast is voorgesteld om kleine aanmerkelijk belangpakketten uit de BOR te halen, omdat twijfels bestaan of deze aanmerkelijk belangpakketten wel iets van doen hebben met reële bedrijfsopvolgingen. Het soort aanmerkelijk belang en het indirecte aanmerkelijk belangen tussen de 0,5% en 5% moeten dan ook uitgezonderd worden van de BOR. Tenslotte is voorgesteld om de huidige termijnen ten aanzien van het bezits- en voorzettingsvereiste te vervangen door één termijn, doordat gebleken is dat het bezits- en voorzettingsvereiste niks van

¹⁷⁹ Rapport van PwC, *Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk*, december 2014, p. 7 en 9.

doen hebben met reële bedrijfsopvolgingen. Deze zijn echter wel nodig om misbruik van de BOR tegen te gaan.

Dit brengt mij tot de conclusie dat de huidige bedrijfsopvolgingsregeling niet in stand kan worden gehouden. Het is in strijd met het draagkrachtbeginsel. Tevens stroken bepaalde verkrijgingen niet met het doel wat de wetgever in 2010 heeft gezet, namelijk enkel en alleen reële bedrijfsopvolgingen faciliteren. Er zijn daarbij drie alternatieven naar voren gekomen die eventueel het doel van de bedrijfsopvolgingsregeling kunnen realiseren, namelijk een betalingsregeling, een niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit en het aanzienlijk herzien van de BOR, waarbij het aanzienlijk herzien van de bedrijfsopvolgingsregeling als beste uit de bus is gekomen en ook als meest realistisch wordt gezien. Hierbij moet de voorwaardelijke vrijstelling voortaan bestaan uit één percentage met een aftopping, moet verhuurd vastgoed voortaan worden aangemerkt als ondernemingsvermogen, mits aan bepaalde eisen wordt voldaan, moeten kleine aanmerkelijk belangpakketten worden uitgezonderd uit de bedrijfsopvolgingsregeling en moeten de bezits- en voorzettingseis in de toekomst bestaan uit één termijn om zo meer aansluiting te vinden bij reële bedrijfsopvolgingen.

Literatuurlijst

Boeken

Heithuis, Kavelaars & Schuver 2019

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting (Fed Fiscale Studieserie)*, Deventer: Wolter Kluwer 2019.

Hoogeveen 2011

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

Sonneveldt 2020

F. Sonneveldt, *Wegwijsserie - Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2020.

Tigelaar-Klootwijk 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013.

Artikelen

Albert 2020

P.G.H. Albert, 'BOR: voor iedere toegerekende onderneming een afzonderlijke bezitstermijn?', *NFR-B* 2020/25.

de Beer 2010

A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

de Beer & Hoogeveen 2019

A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.

de Haan 2009

A. de Haan, 'De bedrijfsopvolgingsregeling: stimulering of grondslagversmalling?', *FED* 2009/81.

Hoogwout 2020

T.C. Hoogwout, 'Een overzicht van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', *TFO* 2020/169.1.

Kuivenhoven & Nieuwenhuizen 2020

L.C.H.N. Kuivenhoven & J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief en gerechtvaardigd', *WFR* 2020/140.

Redactie KWEP

KWEP rondetekentafeldiscussie - maandag 15 september 2014, *KWEP* 2014/28.

Rijkers 2009

A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse belastingwetgeving', *NTFR* 2009/1231.

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland 2021

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, 'Borgstelling MKB-kredieten (BMKB)', <https://www.rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/borgstelling-mkb-kredieten-bmkb>.

Stevens 2010

S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

Tigelaar-Klootwijk 2020

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

Tigelaar-Klootwijk 2021

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'Het niet voortzetten van een geërfde onderneming in crisistijd', *ytfiscaal* 2021, <https://www.ytfiscaal.nl/2021/03/15/het-niet-voortzetten-van-een-geerfde-onderneming-in-crisistijd/>.

van Vijfeijken 2009

I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', *WFR* 2009/1231.

Rapporten

Centraal Bureau voor de Statistiek 2019

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Welvaart in 2019*, Den Haag 2019, <https://longreads.cbs.nl/welvaartinederland-2019/vermogen-van-huishoudens/>.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2020

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Financieringsmonitor 2020*, Den Haag 2020, <https://www.cbs.nl/nl-nl/publicatie/2021/06/financieringsmonitor-2020>.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2020

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Familiebedrijven in Nederland 2015-2018*, 28 oktober 2020, <https://www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2020/44/familiebedrijven-in-nederland-2015-2018>.

Groot, Lever & Möhlman 2019

S. Groot, M. Lever en J. Möhlman, *Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen*, CPB-notitie december 2019.

Kamer van Koophandel 2016

Kamer van Koophandel, *Jaaroverzicht ondernemend Nederland*.

Kamer van Koophandel 2020

Kamer van Koophandel, *Data over de bedrijvendynamiek: jaaroverzicht 2020*.

Loyens & Loeff 2021

Loyens & Loeff, *Fiscaal beleid voor het familiebedrijf in de verkiezingsprogramma's 2021*, 11 maart 2021.

SEO economisch onderzoek 2014

SEO economisch onderzoek, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, Amsterdam september 2014.

Ministerie van Financiën 2020

Ministerie van Financiën, *Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang - Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*.

Ministerie van Financiën 2020

Ministerie van Financiën, *Bouwstenennotitie BOR - Onderzoek uitwerking vrije middelen BOR*, 24 augustus 2020.

Ministerie van Financiën 2020

Ministerie van Financiën, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – synthesesrapport*.

PwC 2014

PwC, *Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk*, december 2014.

van Vijfeijken & Rijkers 2011

I. J. F. A. van Vijfeijken & A.C. Rijkers, *Fiscaliteit en vermogensvorming in de inkomstenbelasting, Continuïteit en vernieuwing: Een visie op het belastingstelsel* (2011). Ministerie van Financiën.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1948/49, 915, nr. 3

Kamerstukken II 1979/80, 16 016, nr. 9

Kamerstukken II 1979/80, 16 016, nr. 20

Kamerstukken II 1979/80, 16 016, nr. 24

Kamerstukken II 1983/84, 18 226, nr. 3

Kamerstukken II 1983/84, 18 226, nr. 5

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1

Kamerstukken II 1995/96, 24 428, nr. 3

Kamerstukken II 1995/96, 24 428, nr. 5

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3

Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1

Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13

Kamerstukken I 2013/14, 33 752, nr. N

Kamerstukken I 2016/17, 34 552, nr. E

Kamerstukken II 2020/21, 32 637, nr. 434

Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 3

Jurisprudentie

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:993