

MASTERSCRIPTIE FISCALE ECONOMIE



EEN BLIK OVER DE GRENS:

De doeltreffendheid van de
Nederlandse
bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de
Successiewet.

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Masterscriptie fiscale economie – directe
belastingen

Auteur: R.P. (Roos) den Butter
Studentnummer: 477482

Begeleider: dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk
Tweede beoordelaar: mr. T.C. Hoogwout

Datum: 27 april 2023

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

INHOUDSOPGAVE	1
HOOFDSTUK 1: INLEIDING	3
1.1 AANLEIDING	3
1.2 ONDERZOEKSVRAAG	6
1.3 VERANTWOORDING VAN DE OPZET	6
1.4 AFBAKENING	7
HOOFDSTUK 2: DE NEDERLANDSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	9
2.1 INLEIDING	9
2.2 GESCHIEDENIS VAN DE BOR	9
2.2.1 <i>Betalingsregelingen</i>	9
2.2.2 <i>Kwijtscheldingsfaciliteiten</i>	11
2.3 DE HUIDIGE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	13
2.3.1 <i>De voorwaardelijke vrijstelling</i>	14
2.3.2 <i>Uitstel van betalingsregeling</i>	15
2.4 DOELSTELLING BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	15
2.5 VOORWAARDEN TEN AANZIEN VAN HET OBJECT VAN DE VERKRIJGING	15
2.6 VOORWAARDEN TEN AANZIEN VAN DE ERFLATER OF SCHENKER	17
2.7 VOORWAARDEN TEN AANZIEN VAN DE VERKRIJGER	18
2.8 VERWACHTE ONTWIKKELING BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	19
2.9 DEELCONCLUSIE	20
HOOFDSTUK 3: KWALIFICEREND AANDELENBELANG	22
3.1 INLEIDING	22
3.2 ALGEMENE AANMERKELIJKBELANGTOETS	22
3.2.1 <i>Aanmerkelijk belang ex artikel 4.6 Wet IB 2001</i>	22
3.2.2 <i>Soort-aanmerkelijk belang</i>	23
3.2.3 <i>Meesleep-aanmerkelijk belang</i>	23
3.2.4 <i>Fictief aanmerkelijk belang</i>	23
3.2.5 <i>Meetrek-aanmerkelijk belang</i>	24
3.2.6 <i>Preferente aandelen</i>	24
3.2.7 <i>Indirect aanmerkelijk belang</i>	25
3.2.8 <i>Indirect verwaterd belang</i>	25
3.3 TOETSING	26
3.3.1 <i>Reële bedrijfsopvolging</i>	26
3.4. TUSSENCONCLUSIE	36
HOOFDSTUK 4: DE VLAAMSE GUNSTMAATREGEL	40
4.1 INLEIDING	40
4.2 SYSTEMATIEK VAN DE VLAAMSE SCHENK- EN ERFBELASTING	40
4.3 ONTWIKKELING EN VORMGEVING VAN DE VLAAMSE GUNSTMAATREGEL	41
4.4. HUIDIGE VLAAMSE GUNSTMAATREGEL	41
4.5 DOELSTELLING VAN DE VLAAMSE GUNSTMAATREGEL	42
4.5.1 <i>Vlaamse en Nederlandse doelstellingen met elkaar vergeleken</i>	43
4.6 KWALIFICEREND AANDELENBELANG	43
4.6.1 <i>Participatievoorwaarde</i>	44
4.6.2 <i>Familiale vennootschap</i>	46
4.6.3 <i> Holdingstructuren</i>	47
4.7 TUSSENCONCLUSIE	49
HOOFDSTUK 5: DE DUITSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	51
5.1 INLEIDING	51
5.2 SYSTEMATIEK VAN DE DUITSE SCHENK- EN ERFBELASTING	51
5.3 ONTWIKKELING EN VORMGEVING VAN DE DUITSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	52

5.4 HUIDIGE DUITSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	52
5.4.1 <i>Regelverschonung (85%-vrijstelling)</i>	53
5.4.2 <i>Optionsverschonung (100%-vrijstelling)</i>	53
5.4.3 <i>Grens van € 26 miljoen</i>	53
5.4.4 <i>Speciale regeling familiebedrijven</i>	54
5.4.5 <i>Uitstel van betaling</i>	55
5.5 DOELSTELLING VAN DE DUITSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING.....	55
5.5.1 <i>Duitse en Nederlandse doelstellingen met elkaar vergeleken</i>	55
5.6 KWALIFICEREND AANDELENBELANG	56
5.6.1 <i>Participatiegrens</i>	56
5.6.2 <i>Indirecte belangen</i>	57
5.7 TUSSENCONCLUSIE.....	58
HOOFDSTUK 6: RECHTSVERGELIJKING	60
6.1 INLEIDING	60
6.2 KWALIFICEREND AANDELENBELANG NEDERLANDSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING	60
6.3 KWALIFICEREND AANDELENBELANG VLAAMSE GUNSTREGELING	61
6.4 KWALIFICEREND AANDELENBELANG DUITSE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING.....	62
6.5 VOORSTEL TOT WIJZIGING BOR.....	63
6.5.1 <i>Verhoging bezitspercentage an sich?</i>	64
6.5.2 <i>Aansluiten bij stemrecht?</i>	66
6.6 TUSSENCONCLUSIE.....	69
HOOFDSTUK 7: CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN	72
7.1 INLEIDING EN ONDERZOEKSVRAAG.....	72
7.2 SAMENVATTING	72
7.2.1 <i>Nederlandse BOR</i>	72
7.2.2 <i>Een blik over de grens</i>	75
7.3 BEANTWOORDING VAN DE ONDERZOEKSVRAAG	76
LITERATUURLIJST	78

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

De Nederlandse overheid heeft ondernemerschap hoog in het vaandel staan. Er is immers een duidelijk positief verband tussen ondernemerschap en werkgelegenheid, productiviteit, innovatie en duurzame economische groei.¹ Ondernemerschap is daarmee een belangrijke randvoorwaarde voor het verdienvermogen van een economie. Familiebedrijven spelen een belangrijke rol in de Nederlandse economie. In 2018 waren er 272.830 familiebedrijven, wat 56,2% is van het totaal aantal bedrijven in Nederland. Uit onderzoek van KPMG blijkt dat deze familiebedrijven collectief een gemiddeld aandeel van 27% hebben in de toegevoegde waarde van het Nederlandse bedrijfsleven. Bovendien zijn familiebedrijven goed voor 30% van het totaal aantal banen in Nederland in de periode van 2016-2018.²

Iedere ondernemer krijgt op den duur met overdracht of liquidatie van de onderneming te maken. Iets minder dan de helft van de bedrijfsoverdrachten vindt plaats binnen de familie.³ Aangezien aan ondernemerschap veel waarde wordt toegekend, lijkt het noodzakelijk om de continuïteit van bestaande bedrijven zo veel mogelijk te waarborgen.⁴ Een geslaagde bedrijfsopvolging heeft dan ook een positief effect op de welvaart. Zo blijkt uit onderzoek van Meijgaard et al. uit 2005 dat de overdracht van bedrijven tot drie keer meer werkgelegenheid leidt in vergelijking met de hoeveelheid banen na de oprichting van nieuwe bedrijven. Daarnaast zijn overgedragen bedrijven productiever en innovatiever.⁵ In 2013 heeft de Nyenrode Business Universiteit onderzoek gedaan waaruit blijkt dat bedrijfsoverdrachten naar schatting jaarlijks betrekking hebben op 128.000 tot 137.000 banen, €5,7 tot €5,9 miljard aan omzet en €2,3 tot €3,2 miljard aan eigen vermogen.⁶

Een bedrijfsoverdracht kan zich onder andere voordoen door middel van verkoop, schenking of vererving. Elk soort overdracht brengt eigen fiscale gevolgen met zich mee. Ten aanzien van vererving en schenking geldt dat op grond van artikel 1 van de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) erfbelasting respectievelijk schenkbelasting wordt geheven over hetgeen wordt verkregen krachtens erfrecht en schenking. Daarnaast wordt bij de overdrager inkomstenbelasting geheven over de fiscale meerwaarde van de overgedragen onderneming⁷ dan wel het overgedragen aanmerkelijk belang⁸. De belastingheffing die optreedt als gevolg van de bedrijfsoverdracht kan vanuit macro-economisch perspectief een belemmering vormen. Omdat de Nederlandse wetgever de continuïteit van over te dragen ondernemingen

¹ Ministerie van Economische zaken, *In actie voor ondernemers*, Den Haag: december 2003.

² KPMG Advisory N.V., 'Onderzoek effecten afschaffing bedrijfsopvolgingsregelingen', Amstelveen: april 2021.

³ Panteia Research to Progress, 'Bedrijfsoverdrachten: een overschat probleem? Omvang en effecten van bedrijfsoverdrachten, -overnames en -beëindigingen', Zoetermeer, augustus 2014.

⁴ Niet in alle gevallen is continuïteit gewenst. Bedrijfsbeëindiging kan immers vanuit economisch perspectief in sommige gevallen prevaleren. Zie ook Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2.

⁵ J. Meijgaard, L. Uhlaner, R. Flören, B. Diephuis & B. Sanders, 'The relationship between successor and planning characteristics and the success of business transfer in Dutch SMEs', *EIM* 2005.

⁶ Center for Entrepreneurship Nyenrode Business Universiteit, 'Quick scan familiebedrijven en bedrijfsoverdracht, voor Ministerie van Economische Zaken', juli 2013.

⁷ Artikel 3.8 Wet IB 2001. Zie bij overlijden artikel 3.58 lid 1 Wet IB 2001.

⁸ Artikel 4.12 sub b Wet IB 2001 bij schenkingen en art. 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 bij overlijden.

van groot belang acht, worden fiscale obstakels met betrekking tot bedrijfsoverdrachten als ongewenst beschouwd.⁹ Om deze reden zijn verschillende fiscale faciliteiten in de wet opgenomen. Zo bevat de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) faciliteiten die het onder voorwaarden mogelijk maken de belastingclaim op de over te dragen onderneming dan wel op de over te dragen aanmerkelijkbelangaandelen door te schuiven naar de verkrijger. Ten aanzien van bedrijfsoverdrachten krachtens schenking of vererving is in de SW 1956 de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) opgenomen.¹⁰ De BOR geeft een voorwaardelijke (gedeeltelijke) vrijstelling voor het verkrijgen van ondernemingsvermogen door schenking of vererving. Met deze regeling tracht de wetgever te voorkomen dat de overgedragen onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen.¹¹ De wetgever heeft hierbij enkel reële bedrijfsopvolgingen willen faciliteren. Om deze reden moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan, om de BOR toe te kunnen passen. Kort gezegd moet de schenker of erflater vijf respectievelijk één jaar ondernemer zijn geweest (bezitseis¹²), moet de verkrijger kwalificerend ondernemingsvermogen (ondernemingseis)¹³ verkrijgen en moet de verkrijger deze vijf jaar voortzetten (voortzettingseis¹⁴).

Ten aanzien van het vereiste van kwalificerend ondernemingsvermogen heeft de wetgever aansluiting gezocht bij artikel 3.2 Wet IB 2001. Hiermee heeft de wetgever rechtsvormneutraliteit willen bereiken: voor de BOR mag het niet uitmaken of de onderneming als een persoonlijke onderneming of in de vorm van een vennootschap wordt gedreven. In de literatuur is echter kritiek op dit vereiste ontstaan. Zo is De Beer van mening dat de onverkorte toepassing van de gebruikte terminologie van het begrip onderneming uit de Wet IB 2001 ten aanzien van aanmerkelijkbelangaandelen tot onevenwichtigheden leidt, waarbij de BOR enerzijds een te ruime werking krijgt en anderzijds juist te beknellend is.¹⁵ Daarnaast stellen de Beer en Hoogeveen dat aanmerkelijk belang houderschap en reëel ondernemerschap niet noodzakelijkerwijs samenvallen. Volgens hen had, vanuit de gedachte van de wetgever dat alleen echte ondernemers van de faciliteiten zouden moeten profiteren, een betrokkenheids criterium voor de hand gelegen.¹⁶

Nederland is niet het enige land in Europa die een dergelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- of erfbelasting kent. Ook onze zuiderburen kennen een dergelijke regeling, de zogeheten Vlaamse gunstregel. De Vlaamse gunstregel is opgenomen in de Vlaamse Codex Fiscaliteit (hierna: VCF). Deze wijkt qua opzet af van de Nederlandse BOR. Ten aanzien van verkrijgingen van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht wordt geen voorwaardelijke vrijstelling toegepast, maar is een verlaagd tarief van toepassing.¹⁷ Voor verkrijgingen van ondernemingsvermogen krachtens schenking geldt een gehele vrijstelling.¹⁸ Net als in de Nederlandse BOR, wordt de continuïteit van ondernemingen in de Vlaamse regeling expliciet

⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 4.

¹⁰ Hoofdstuk IIIA SW 1956.

¹¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 4.

¹² Artikel 35d SW 1956.

¹³ Artikel 35c SW 1956.

¹⁴ Artikel 35e SW 1956.

¹⁵ A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.

¹⁶ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.

¹⁷ Artikel 2.7.4.2.2. § 1 VCF.

¹⁸ Artikel 2.8.6.0.3. § 1 VCF.

genoemd.¹⁹ De voorwaarden om voor de Vlaamse gunstregeling in aanmerking te komen verschillen echter van de Nederlandse regeling. Zo moet de erflater of schenker tezamen met zijn familie in beginsel ten minste 50% van het aandelenbelang en het stemrecht bezitten in een familiale vennootschap. Indien de schenker of erflater en zijn familie aan bepaalde voorwaarden voldoen, wordt dit percentage verlaagd tot 30%.²⁰

Duitsland heeft eveneens een soortgelijke BOR in de Duitse Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (hierna: ErbStG) opgenomen, welke in het eerste gezicht op de Nederlandse BOR lijkt.²¹ Duitsland verleent een voorwaardelijke vrijstelling, waarbij de verkrijger de keuze heeft tussen een 100% en een 85%-vrijstelling.²² Ook voor de Duitse regeling gelden ten opzichte van de Nederlandse BOR andere voorwaarden om voor de voorwaardelijke vrijstelling in aanmerking te komen. Zo kwalificeren de aandelen in een kapitaalvennootschap voor de faciliteit indien de erflater of de schenker een direct belang van meer dan 25% bezit in het nominale kapitaal van de vennootschap.²³

In vergelijking met de Vlaamse en Duitse regeling, is onder de Nederlandse regeling beduidend sneller sprake van een kwalificerend belang bij de overgang van aandelen. De erflater of schenker moet namelijk een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitsluiting van artikel 4.10 Wet IB 2001, bezitten. Op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 is er sprake van een aanmerkelijk belang indien de belastingplichtige, al dan niet tezamen met de partner, direct of indirect ten minste 5% van de aandelen van het geplaatste kapitaal bezit. Onder omstandigheden kan zelfs sprake zijn van een aanmerkelijk belang bij een aandelenbelang van minder dan 5%. Tigelaar-Klootwijk is van mening dat aansluiting bij afdeling 4.3 Wet IB 2001 niet doeltreffend is. Een hogere bezitseis zou volgens haar de ondernemersgedachte meer tot zijn recht laten komen.²⁴ Ook het Centraal Planbureau (hierna: CPB) zet vraagtekens bij het lage kwalificerende aandelenbelang wat is vereist voor toepassing van de BOR. De kritiek in de literatuur en de evaluatie van het CPB heeft ertoe geleid dat het kabinet onderzoek gaat doen naar de mogelijke aanpassingen van de BOR.²⁵

¹⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20.

²⁰ Artikel 2.7.4.2.2. § 1, ten tweede, en 2.8.6.0.3. § 1, ten tweede, VCF.

²¹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

²² § 13a, lid 1 juncto lid 10 ErbStG.

²³ § 13b, lid 1 onderdeel 3 ErbStG.

²⁴ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20 en Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

²⁵ Brief Ministerie van Economische Zaken en Klimaat – directoraat-generaal bedrijfsleven & innovatie 9 december 2022, 2022- 00000001003214369000.

1.2 Onderzoeksvraag

De kritiek in de literatuur op het vereiste van een kwalificerend aandelenbelang in de Nederlandse BOR doet de vraag rijzen of de uitwerking van dit vereiste in lijn is met de doelstelling van de BOR om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Ook de verschillen in het kwalificerend aandelenbelang ten opzichte van andere Europese landen, zoals Vlaanderen en Duitsland, vragen om nader onderzoek. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat de volgende onderzoeksvraag in deze scriptie centraal staat:

“In hoeverre is de kwalificatie van het in artikel 35c lid 1 sub c van de Successiewet 1956 opgenomen begrip kwalificerend aandelenbelang in lijn met het doel uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en welke aanbevelingen kunnen worden gedaan voor doeltreffendere wetgeving?”

In deze scriptie vindt een uitgebreide analyse naar het kwalificerend aandelenbelang plaats ten aanzien van de Nederlandse BOR, waarna onderzoek wordt gedaan naar de doeltreffendheid van dit vereiste. Doeltreffendheid wil zeggen dat de wet op zijn minst in belangrijke mate tot realisatie van de beoogde doelstellingen moet leiden.²⁶

Hierbij wordt tevens een rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd ten aanzien van de Vlaamse gunstregeling en de Duitse BOR. Aan de hand van dit rechtsvergelijkend onderzoek wordt onderzocht of de kwalificatie van het aandelenbelang voor de Vlaamse gunstregeling en de Duitse BOR aanknopingspunten biedt om de beoogde doelstelling van de Nederlands BOR te bewerkstelligen.

1.3 Verantwoording van de opzet

Om een antwoord te formuleren op de onderzoeksvraag, komen in deze scriptie de volgende deelvragen aan bod:

1. Wat is de doelstelling van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?
2. Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?
3. In hoeverre past de kwalificatie van het begrip kwalificerend aandelenbelang bij de doelstelling van de wetgever ten aanzien van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?
4. Wat is de doelstelling van de Vlaamse gunstregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?
5. Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Vlaamse gunstregeling?
6. Wat is de doelstelling van de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?
7. Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling?

²⁶ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 25 (Nota zicht op wetgeving).

8. In hoeverre verschilt de kwalificatie van het kwalificerend aandelenbelang voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling ten opzichte van de Vlaamse gunstmaatregel en de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling en is dit verschil te verklaren uit de ratio's van de desbetreffende regelingen?
9. Welke onderdelen uit de Vlaamse gunstregeling en de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling kunnen aanknopingspunten bieden voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?

De eerste deelvraag komt in het tweede hoofdstuk van deze scriptie aan de orde. De tweede deelvraag komt in hoofdstuk 3 aan de orde. Tevens komt in dit hoofdstuk de analyse van hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 samen om vervolgens een antwoord op de derde deelvraag te formuleren. In hoofdstuk 4 komen respectievelijk deelvragen 4 en 5 aan de orde. In hoofdstuk 5 worden deelvragen 6 en 7 behandeld. In hoofdstuk 6 vindt vervolgens het rechtsvergelijkend onderzoek plaats, waarbij een antwoord op deelvragen 8 en 9 wordt geformuleerd. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een beknopte samenvatting en een tussenconclusie. Tenslotte wordt aan de hand van de antwoorden op de deelvragen in het laatste hoofdstuk een antwoord geformuleerd op de onderzoeksvraag. In dit hoofdstuk worden tevens aanbevelingen gedaan.

1.4 Afbakening

België is opgedeeld in drie gewesten: het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Deze gewesten zijn zelfstandig bevoegd om de schenk- en erfbelastingregelingen vorm te geven. De drie gewesten kennen ook alle hun eigen bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Ik heb mij beperkt tot enkel de Vlaamse gunstregel, omdat Vlaanderen het grootste gewest is in België. Daarnaast leert de praktijk dat Nederlanders en hun adviseurs het meest regelmatig met de regelgeving van het Vlaamse Gewest geconfronteerd worden.²⁷ De keuze voor Vlaanderen en Duitsland voor het rechtsvergelijkend onderzoek is gebaseerd op de geografische ligging ten opzichte van Nederland. Bovendien leven de grensgebieden vaker door elkaar.

Daarnaast wordt in deze scriptie enkel aandacht besteed aan de BOR in de SW 1956, de Vlaamse gunstregel in de VCF en de Duitse BOR in de ErbStG. De keuze enkel de BOR in de schenk- en erfbelasting te bespreken is tweeledig. Enerzijds zijn in de Wet IB 2001 verscheidene doorschuif Faciliteiten opgenomen waarvan een uitgebreide analyse van al die faciliteiten de omvang van deze scriptie simpelweg te buiten gaat. Anderzijds verschillen de grondslagen van de Nederlandse, Belgische en Duitse inkomstenbelasting van elkaar, waardoor een rechtsvergelijking op dat gebied weinig zinvol zou zijn.

Bovendien wordt in deze scriptie te allen tijde verondersteld dat het lichaam waarop het belang betrekking heeft een materiële onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 drijft, dan wel een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3 lid 1 sub a Wet IB 2001 houdt. Dit is tevens de reden waarom in deze scriptie geen onderzoek naar de problematiek rondom de toepassing van de BOR bij vastgoedvennootschappen wordt gedaan. Tevens blijft de

²⁷ F. Sonneveldt & B.B.A. de Kroon, 'Bedrijfsopvolging in België en Duitsland', *WPNR* 2009/6808.

toepasselijkheid van de BOR bij commanditaire vennootschap-constructies ex artikel 35c lid 3 SW 1956 buiten beschouwing.

Tot slot wordt in deze scriptie uitsluitend aandacht besteed aan de verkrijging van een aanmerkelijk belang. De verkrijging van een IB-onderneming, medegerechtigdheid en onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 Wet IB 2001 blijven buiten beschouwing.

Hoofdstuk 2: De Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling

2.1 Inleiding

Op grond van artikel 1 lid 1 SW 1956 wordt erfbelasting geheven over de waarde van al hetgeen krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde. Schenkbelasting wordt geheven over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.²⁸ De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of vererving is derhalve een belaste verkrijging voor de schenk- en erfbelasting. De waarde van het verkregen ondernemingsvermogen wordt bepaald alsof de onderneming wordt voortgezet (*waarde going concern*), maar bedraagt tenminste de liquidatiewaarde.²⁹ Na de toepassing van eventuele vrijstellingen³⁰, is de verkrijger over de eerste € 138.642 (2023) 10% dan wel 30% (afhankelijk van de relatie van de verkrijger ten opzichte van de schenker of erflater) schenk- of erfbelasting verschuldigd. Over het meerdere is de verkrijger 20% dan wel 40% schenk- of erfbelasting verschuldigd.³¹ Sinds 1 januari 2010 kan bij de verkrijging van ondernemingsvermogen de verkrijger echter onder voorwaarden een verzoek³² doen voor toepassing van een voorwaardelijke vrijstelling zoals we die nu kennen: de BOR.

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de ontstaansgeschiedenis en ontwikkeling van de BOR. Vervolgens wordt de huidige BOR geanalyseerd. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis wordt hierbij de ratio en doelstelling van de BOR uiteengezet. In de tussenconclusie van dit hoofdstuk wordt tot slot een antwoord op de eerste deelvraag geformuleerd: *“Wat is de doelstelling van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?”*

2.2 Geschiedenis van de BOR

De BOR heeft niet altijd bestaan in zijn huidige vorm. De faciliteiten voor bedrijfsopvolging in de schenk- en erfbelasting zijn in de loop van de jaren behoorlijk gewijzigd.

2.2.1 Betalingsregelingen

Bij de invoering van de SW 1956 werd in artikel 65 SW 1956 (oud) een algemene betalingsregeling opgenomen. Op basis van deze regeling kon in bijzondere gevallen uitstel van betaling worden verleend. In de wettekst werden geen inhoudelijke eisen gesteld aan de

²⁸ Op grond van artikel 3 lid 1 SW 1956 wordt een Nederlander die in Nederland heeft gewoond en binnen tien jaren nadat hij Nederland heeft verlaten, is overleden of een schenking heeft gedaan, geacht ten tijde van zijn overlijden of het doen van de schenking in Nederland te hebben gewoond. Daarnaast wordt eenieder die in Nederland heeft gewoond en binnen een jaar nadat hij Nederland heeft verlaten een schenking heeft gedaan, op grond van artikel 3 lid 2 SW 1956 geacht ten tijde van het doen van de schenking in Nederland te hebben verlaten.

²⁹ Artikel 21 lid 13 SW 1956.

³⁰ Artikel 32, 33 en 35b (voorwaardelijke vrijstelling) SW 1956.

³¹ Artikel 24 SW 1956.

³² Artikel 35b lid 1 en lid 2 SW 1956. Het verzoek wordt op grond van artikel 35b lid 7 SW 1956 gelijktijdig met de aangifte gedaan.

toepassing van de betalingsregeling, waardoor geen onderscheid werd gemaakt tussen de verkrijging van ondernemingsvermogen en van niet-ondernemingsvermogen. De wetgever achtte het wel wenselijk voor de gevallen van vererving van een bedrijf een soepelere betalingsregeling in te voeren. In paragraaf 49 Leidraad SW 1956 werd uitdrukkelijk geregeld dat ondernemingsvermogen extra aandacht behoeft. Een voortzettingsvereiste werd niet uitdrukkelijk gesteld. Het was echter wel mogelijk dat de ontvanger in het kader van de toewijzing van een verzoek om uitstel van betaling in de praktijk deze voorwaarde stelde.³³ Wegens het feit dat de erfgenamen geen recht aan de betalingsregeling van artikel 65 (oud) SW 1956 konden ontlenen en dat de concretisering van de regeling geheel werd opengelaten, werd de regeling in 1981 aangepast.³⁴ De ontvanger kon rentedragend uitstel van betaling van vijf jaar verlenen in geval van verkrijging van niet-beursgenoteerde aandelen in een onderneming of van vermogen in een onderneming, indien zonder dit uitstel de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen en in andere bijzondere gevallen. De regeling gold overigens in ieder geval voor ondernemingsvermogen, maar nog niet uitsluitend voor ondernemingsvermogen.³⁵

De heffing van successierechten leidde echter nog steeds tot grote (betalings-)problemen bij de vererving van ondernemingen in het Midden- en Kleinbedrijf (hierna: MKB). Om deze reden werd de betalingsregeling met ingang van 1 januari 1984 vervangen door een nieuwe betalingsregeling.³⁶ Op basis van die betalingsregeling werd vijf jaar renteloos uitstel van betaling verleend aan de verkrijgers, mits onvoldoende liquide middelen vrij waren om de belasting te kunnen betalen. De betalingsregeling was specifiek bedoeld voor de verkrijging van ondernemingsvermogen. Daarnaast was het voortzetten van de onderneming een uitdrukkelijke voorwaarde voor de toepassing van de betalingsregeling. Dit ligt overigens ook in de rede van een betalingsregeling. Indien de onderneming zou worden verkocht of geliquideerd, zouden immers voldoende liquide middelen beschikbaar komen om de belastingschuld te betalen.³⁷

Vanaf 1 juni 1990 werd de betalingsregeling die in 1984 was ingevoerd, opgenomen in artikel 25 van de Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990). Artikel 26 lid 3 IW 1990 luidde als volgt:

‘Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het verlenen van uitstel van betaling voor de duur van ten hoogste vijf jaren in de gevallen waarin belastingaanslagen in de rechten van successie of schenking zijn opgelegd en door de voldoening daarvan zonder uitstel een sociaaleconomisch dan wel cultureel belang in gevaar zou komen.’³⁸

Volgens de wetgever werd met de vervanging van artikel 59a (oud) SW 1956 door artikel 26 lid 3 (oud) IW niet beoogd enige materiële beperking aan te brengen in de toepassing van

³³ M.J.A.M. van Gilswijk et al, ‘De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de bedoel?’, BDO Private Wealth Tax Fund & Tilburg University 2012.

³⁴ *Kamerstukken II 1979/80*, 16 016, nr. 9, p. 12.

³⁵ M.J.A.M. van Gilswijk et al, ‘De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de bedoel?’, BDO Private Wealth Tax Fund & Tilburg University 2012.

³⁶ Artikel 59a (oud) SW 1956 juncto artikel 10a (oud) UB SW 1956.

³⁷ M.J.A.M. van Gilswijk et al, ‘De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de bedoel?’, BDO Private Wealth Tax Fund & Tilburg University 2012.

³⁸ *Kamerstukken II 1987/88*, 20 588, nr. 3, p. 74.

artikel 59a (oud) SW 1956.³⁹ Op grond van artikel 3 (oud) Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 (hierna: UB IW 1990) werd het uitstel van betaling dan ook verleend indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoorde en onvoldoende middelen waren om de belasting te voldoen.

Omdat het uitstel over een periode van vijf jaar te kort zou zijn om een substantiële bijdrage te leveren aan het wegnemen van liquiditeitsproblemen, werd de uitstelperiode met ingang van 1 januari 1996 verlengd tot tien jaar. Indertijd werd een termijn van vijf jaar als passend beschouwd, aangezien bij het vaststellen van de lengte van de uitstelperiode rekening werd gehouden met de vereisten van uitvoeringstechnische haalbaarheid enerzijds en het doel van de desbetreffende regeling anderzijds, zodat de termijn niet te lang of te kort zou zijn. In 1995 werd aanwijzingen gevonden dat de termijn van vijf jaar te kort was. Bovendien stuitte een verlenging van de termijn, mede door de voortgeschreden automatisering, niet meer op uitvoeringstechnische bezwaren.⁴⁰

2.2.2 Kwijtscheldingsfaciliteiten

In 1993 werd de invoering van een wettelijke vrijstelling nog afgewezen, omdat volgens de staatssecretaris een dergelijke vrijstelling niet in overeenstemming was met de systematiek van de SW 1956, welke beoogt om al hetgeen krachtens erfrecht verkregen te belasten.⁴¹ Desondanks werd na aanbeveling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Commissie) met ingang van 1 januari 1997 de eerste kwijtscheldingsfaciliteit in de wet opgenomen. De Commissie onderzocht bedrijfsoverdrachten van kleine en middelgrote ondernemingen en concludeerde dat dergelijke ondernemingen bij een bedrijfsoverdracht onder andere aanliepen tegen fiscale problemen. De Commissie adviseerde de lidstaten om erfgenamen de optie te geven om de betaling van successierechten te spreiden of uit te stellen, op voorwaarde dat de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet, en om hen vrijstelling van rentebetaling te verlenen.⁴² Alhoewel de betalingsregeling al in overeenstemming met het advies van de Commissie was, heeft de wetgever het noodzakelijk geacht de betalingsregeling uit te breiden met een kwijtscheldingsfaciliteit. De wetgever erkent dat het verschuldigde successierecht tot financiële problemen kan leiden die de continuïteit van de onderneming kunnen aantasten, wanneer een onderneming door vererving dan wel schenking overgaat op de erfgenamen dan wel verkrijgers en door één of meer van hen wordt voortgezet. Volgens de wetgever is het vanuit algemeen sociaaleconomisch belang onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit. Met de verruiming van de betalingsregeling en het introduceren van een kwijtscheldingsfaciliteit tracht de wetgever een bijdrage te leveren aan de continuïteit van familieondernemingen door de druk van het successierecht en het schenkingsrecht ten gevolge van de overgang van de onderneming te verlichten.⁴³

³⁹ *Kamerstukken II 1987/88*, 20588, nr. 3, p. 75.

⁴⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 428, nr. 3, p. 14-15.

⁴¹ *Kamerstukken II 1993.94*, 22 860, nr. 4, p. 4.

⁴² Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, nr. 94/1069/EG.

⁴³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 3, p. 7.

Op basis van deze faciliteit werd 25% van de belasting over de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen kwijtgescholden, terwijl voor het resterende bedrag een renteloze betalingsuitstel van tien jaar werd verleend.⁴⁴ Uitstel van betaling werd niet verleend indien de verkrijging voldoende middelen bevatte om het schenkings- of successierecht te kunnen voldoen.⁴⁵

Materieel gezien werd dus voor het eerst een vrijstelling verleend. De vrijstelling werd alleen verleend indien ondernemingsvermogen werd verkregen en de verkregen onderneming werd voortgezet door de verkrijger. De wetgever heeft hier bewust gekozen om de verkrijging van een onderbedelingsvordering niet in aanmerking te laten komen voor de vrijstelling, omdat geen aanleiding bestaat om kwijtschelding van recht te verlenen aan iemand die uit de nalatenschap uiteindelijk slechts een bedrag aan geld ontvangt.⁴⁶ De belastingplichtige met een vordering op de voorzetter draagt bovendien geen ondernemingsrisico.⁴⁷ Voor de verkrijging van een onderbedelingsvordering gold wel een renteloos uitstel van betaling van tien jaar, voor zover de medeverkrijger ondernemingsvermogen had verkregen. Op basis van artikel 25 lid 9 onderdeel c (oud) IW 1990 juncto artikel 6 (oud) Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 (hierna: UR IW 1990) werd het uitstel niet verleend indien de verkrijging voldoende middelen bevatte om het successierecht te kunnen voldoen. Het uitstel van betaling was bedoeld om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen doordat op korte termijn liquiditeiten aan de onderneming dienden te worden onttrokken om de successierechten te kunnen voldoen. Opvallend is dat de wetgever hier van mening is dat ook de verkrijger van een vordering bijdraagt aan de continuïteit van de onderneming, maar deze gedachte niet opgaat om de verkrijger van de vordering tevens een vrijstelling te verlenen.⁴⁸

Vanaf 1 januari 2002 werd de kwijtscheldingsfaciliteit in de IW 1990 vervangen door een vrijstelling in de SW 1956. Hiermee werd de systematiek van kwijtschelden vervangen door vrijstellen. Vanwege budgettaire ruimte werd de omvang van de vrijstelling verhoogd tot 30%. Het uitstel van betaling werd rentedragend waarbij de voldoende middelentoets kwam te vervallen. De faciliteiten bleven nog steeds alleen van toepassing indien een onderneming door vererving of schenking overging op de erfgenamen of begiftigden en deze door één of meer van hen werd voortgezet voor een termijn van vijf jaar.⁴⁹ In de jaren 2004, 2005 en 2007 is de faciliteit steeds verder verruimd tot 75%, zonder goed onderbouwde motiveringen.

Met ingang van 1 januari 2010 zijn de bedrijfsopvolgingsregelingen in het kader van de SW 1956 wederom verruimd en gewijzigd. Herziening van de BOR was gewenst, omdat de regeling tot dan toe moeilijk toepasbaar was en veel administratieve verplichtingen opleverde. Bij de herziening van de BOR werd aanvankelijk een voorwaardelijk vrijstellingspercentage van 90% voorgesteld. Voor de overige 10% van het ondernemingsvermogen werd rentedragend uitstel

⁴⁴ Artikel 26 lid 4 (oud) IW 1990 juncto artikel 6a (oud) UR IW 1990 (kwijtscheldingsregeling) en artikel 25 lid 9 (oud) IW 1990 juncto artikel 6 (oud) UR IW 1990 (betalingsregeling).

⁴⁵ M.J.A.M. van Gilswijk et al, 'De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de bedoel?', BDO Private Wealth Tax Fund & Tilburg University 2012.

⁴⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 3, p. 21.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 6, p. 8.

⁴⁸ M.J.A.M. van Gilswijk et al, 'De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de bedoel?', BDO Private Wealth Tax Fund & Tilburg University 2012.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, nr. 1, p. 15.

van betaling verleend. Bij amendement is het voorwaardelijke vrijstellingspercentage verhoogd tot 100%, voor zover de waarde van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft niet groter was dan € 1.000.000. Indien de waarde van de objectieve onderneming meer bedroeg dan € 1.000.000, werd het meerdere voor 83% voorwaardelijk vrijgesteld. Door de gelijktijdige verlaging van het vrijstellingspercentage van 90% naar 83% voor het resterende deel van de verkrijging, werd de verhoging naar 100% gecompenseerd en was het amendement budget neutraal.⁵⁰ Met de gedifferentieerde vrijstelling beoogde de wetgever het MKB-bedrijf meer van de vrijstelling te laten profiteren dan het grootbedrijf.⁵¹

Het doel van de wijziging was het creëren van meer eenvoud, evenwicht en toegankelijkheid.⁵² Door het systeem van de conserverende aanslagen grotendeels te vervangen door een voorwaardelijke vrijstelling, zou de regeling eenvoudiger zijn geworden. Doordat het aanslagbiljet de belastingbedragen bevat die betrekking hebben op de voorwaardelijke vrijstelling en de waarde van het ondernemingsvermogen die door de inspecteur is vastgesteld, heeft de verkrijger helderheid over het bedrag aan belasting dat alsnog verschuldigd is bij het niet voortzetten van de onderneming en de waarde die de inspecteur aan de onderneming toekent.⁵³ Door de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956 meer op elkaar te laten aansluiten en aan te sluiten bij de economische praktijk van bedrijfsoverdrachten, wordt meer evenwichtigheid bereikt. De wetgever tracht daarbij zo min mogelijk verschil te maken tussen overdrachten in de winstfeer en die in de aanmerkelijkbelangsfeer, tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van het overlijden en tussen directe en indirecte (via een holding) gehouden aandelen in een vennootschap. Voorts wordt het IB-ondernemingsbegrip ook gehanteerd bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap, waardoor rechtsvormneutraliteit wordt gecreëerd. Tot slot is de toegankelijkheid toegenomen door de wettelijke bepalingen zoveel mogelijk bij elkaar te plaatsen en bestaande beleidsbesluiten grotendeels te codificeren.⁵⁴

2.3 De huidige bedrijfsopvolgingsregeling

De huidige BOR is opgenomen in hoofdstuk IIIA van de SW 1956 juncto artikel 25 lid 12 en 13 IW 1990. Op grond van artikel 35b SW 1956 wordt bij de verkrijging van kwalificerend ondernemingsvermogen voor de heffing van schenk- of erfbelasting op verzoek bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gegeven. Om in aanmerking te komen voor de bedrijfsopvolgingsregeling, moet de verkrijger ondernemingsvermogen krijgen dat minimaal vijf respectievelijk één jaar in het bezit van de schenker of erflater was. Daarnaast moet de verkrijger de onderneming gedurende minimaal vijf jaar voortzetten.⁵⁵ De voorwaarden voor toepassing van de BOR worden verder uitgewerkt in paragraaf 2.5 tot en met 2.7.

Het verkregen ondernemingsvermogen wordt tegen de waarde in het economische verkeer in aanmerking genomen. Op grond van artikel 21 lid 13 SW 1956 wordt de waarde van een

⁵⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 79, p. 3.

⁵¹ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, D, p. 7.

⁵² *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁵³ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 41.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 5.

⁵⁵ Artikel 35d en 35e SW 1956.

onderneming bepaald alsof deze wordt voortgezet (*waarde going concern*). De waarde in het economische verkeer is met inbegrip van de voor overdracht vatbare goodwill.⁵⁶ De waarde wordt tenminste gesteld op de liquidatiewaarde. Voor het waarderen van een onderneming bestaat geen vaste formule. Fiscaal wordt doorgaans als uitgangspunt de intrinsieke waarde genomen. Hierop kan vervolgens een correctie worden aangebracht wegens over- of onderrentabiliteit.⁵⁷

2.3.1 De voorwaardelijke vrijstelling

Op verzoek van de verkrijger wordt een vrijstelling van 100% verleend, indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen niet hoger is dan € 1.205.871 (2023).⁵⁸ In alle andere gevallen geldt op verzoek van de verkrijger de volgende trapsgewijze benadering:

1. indien de liquidatiewaarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft hoger is dan de going concernwaarde, dan wordt dit verschil voor 100% voorwaardelijk vrijgesteld;⁵⁹
2. vervolgens geldt een voorwaardelijke vrijstelling van 100% voor zover de totale going concernwaarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft niet hoger is dan € 1.205.871 (2023);⁶⁰ en
3. geldt een voorwaardelijke vrijstelling van 83% voor zover de totale going concernwaarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft hoger is dan € 1.205.871.⁶¹

In tegenstelling tot de regeling die gold vóór 2010, wordt voor het voorwaardelijke vrijgesteld deel van de verkrijging geen conserverende aanslag meer opgelegd.⁶² Het aanslagbiljet vermeldt de belastingbedragen die horen bij de voorwaardelijke vrijstelling en de door de inspecteur in aanmerking genomen waarde van het ondernemingsvermogen. Indien binnen vijf jaar na verkrijging niet meer of niet geheel aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, dan vervalt in zoverre de voorwaardelijke vrijstelling.⁶³

2.3.1.1 Objectieve onderneming

De voorwaardelijke vrijstelling wordt per objectieve onderneming verleend. In geval van een verkrijging van 40% van de objectieve onderneming, bedraagt de vrijstelling dus 40% van € 1.205.871 (2023). In artikel 7 lid 1 en 2 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zijn nadere regels gegeven over wat voor de toepassing van de 100%-vrijstelling mede onder deze objectieve onderneming moet worden verstaan. Hierop wordt niet nader ingegaan omdat deze uitbreidingen niet relevant zijn voor dit onderzoek.

⁵⁶ Goodwill die niet overdraagbaar is (aan de persoon van de ondernemer toe te rekenen goodwill) blijft buiten beschouwing.

⁵⁷ Bedrijfsopvolgingsbesluit schenk- en erfbelasting 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 7.2.

⁵⁸ Artikel 35b lid 1 sub a SW 1956.

⁵⁹ Artikel 35b lid 1 sub b onderdeel 1 SW 1956.

⁶⁰ Artikel 35b lid 1 sub b onderdeel 2 SW 1956.

⁶¹ Artikel 35b lid 1 sub b onderdeel 3 SW 1956.

⁶² In de praktijk bleek immers dat in meer dan 90% van de gevallen aan het voortzettingsvereiste werd voldaan. De huidige voorwaardelijke vrijstelling leidt daarmee tot een verlichting in de uitvoeringspraktijk.

⁶³ Artikel 35b lid 6 SW 1956.

2.3.2 Uitstel van betalingsregeling

Voor de belasting over de resterende 17% van de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen legt de inspecteur op verzoek wel een conserverende aanslag op. Hiervoor kan tien jaar rentedragend uitstel van betaling worden verkregen.⁶⁴ Op grond van artikel 25 lid 13 IW 1990 geldt eenzelfde betalingsregeling voor de verkrijger die erf- of schenkbelasting verschuldigd is over de verkrijging van een vordering op een medeverkrijger die ondernemingsvermogen heeft verkregen.⁶⁵ Het uitstel van betaling wordt beëindigd zodra de verkrijger niet meer voldoet aan het voortzettingsvereiste van artikel 35e SW 1956, ingeval van faillissement of schuldsanering betreffende de verkrijger of indien de vordering wordt voldaan.⁶⁶

2.4 Doelstelling bedrijfsopvolgingsregeling

Sinds de invoering van de betalingsregeling in 1981 vormt de continuïteitsgedachte de kern van de BOR. De wetgever wil voorkomen dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Volgens de wetgever is de kern van de regeling dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.⁶⁷

De wetgever heeft alleen reële bedrijfsoverdrachten willen faciliteren. Een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel gedefinieerd als een overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer', die de onderneming enige tijd voortzet.⁶⁸ Om voor de voorwaardelijke vrijstelling in aanmerking te komen, moet dus aan drie voorwaarden worden voldaan. Deze voorwaarden vallen uiteen in de volgende drie categorieën:

1. de voorwaarden ten aanzien van het object van de verkrijging;
2. de voorwaarden ten aanzien van de erflater of schenker; en
3. de voorwaarden ten aanzien van de verkrijger.

Deze voorwaarden voor toepassing van de BOR moeten ertoe leiden dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. De voorwaarden worden in de volgende paragrafen toegelicht.

2.5 Voorwaarden ten aanzien van het object van de verkrijging

Om een geslaagd beroep te kunnen doen op toepassing van de BOR, moet de verkrijger ondernemingsvermogen in de zin van artikel 35c SW 1956 verkrijgen. Ingevolge het eerste lid van dit artikel kwalificeren vier typen vermogensbestanddelen voor toepassing van de BOR:

- a. een (gedeelte van een) onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001;

⁶⁴ Artikel 35b lid 2 SW 1956 juncto artikel 25 lid 12 IW 1990.

⁶⁵ De verkrijging van een onderbedelingsvordering is bewust buiten de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit gehouden, omdat de regeling bedoeld is voor de voortzetter en niet voor degene die in het geheel geen ondernemingsvermogen verkrijgt.

⁶⁶ Artikel 25 lid 12 en 13 IW 1990.

⁶⁷ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.*

⁶⁸ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.*

- b. een (gedeelte van een) medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3 eerste lid onderdeel a Wet IB 2001;
- c. vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10 Wet IB 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in onderdeel b; en
- d. onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 Wet IB 2001, mits deze dienstbaar zijn aan een onderneming van een lichaam als bedoeld in onderdeel c, en de verkrijger tegelijkertijd vermogensbestanddelen verkrijgt als bedoeld in onderdeel c, die op dat lichaam betrekking hebben.

Uit artikel 35c SW 1956 blijkt dat voor de bepaling van ondernemingsvermogen aansluiting is gezocht bij de Wet IB 2001. Zo wordt bij de verkrijging van een (gedeelte van een) onderneming verwezen naar het ondernemingsbegrip uit artikel 3.2 Wet IB 2001. Bij de herziening van de BOR in 2010 heeft het begrip ondernemingsvermogen een grote verandering ondergaan, om zoveel mogelijk rechtsvormneutraliteit te bewerkstelligen tussen bedrijfsoverdrachten via een IB-onderneming en via een besloten vennootschap (hierna: bv).⁶⁹ Door bij de verkrijging van een aanmerkelijk belang tevens aansluiting te zoeken bij artikel 3.2 Wet IB 2001, wordt dit gedeeltelijk⁷⁰ bewerkstelligd.

In deze scriptie wordt uitsluitend ingegaan op de verkrijging van een aanmerkelijk belang. In hoofdstuk 3 wordt toegelicht wat wordt verstaan onder het begrip 'aanmerkelijk belang' en wanneer sprake is van een kwalificerend belang voor de toepassing van de BOR.

Vervolgens wordt als ondernemingsvermogen slechts aangemerkt de waarde van de tot een aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:

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

⁶⁹ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 96.*

⁷⁰ Voor de verkrijging van een IB-onderneming moet de erflater of schenker ondernemer zijn geweest met betrekking tot de onderneming. Bij verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen moet de vennootschap een onderneming drijven. De betekenis van drijven is niet toegelicht. Door dit verschil is er geen volledige rechtsvormneutraliteit. Zie hiervoor A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.

2.6 Voorwaarden ten aanzien van de erflater of schenker

In artikel 35d SW 1956 zijn de voorwaarden ten aanzien van de erflater of schenker opgenomen. Op basis van dit artikel dienen de erflater en de schenker op het moment van overgang te voldoen aan het bezitsvereiste. Het bezitsvereiste bepaalt dat de verkregen aandelen bij de erflater of schenker gedurende een periode van minimaal één respectievelijk vijf jaar tot het moment van overlijden dan wel schenking tot een aanmerkelijk belang behoren. Het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft moet gedurende deze bezitsperiode een onderneming hebben gedreven of een medegerechtigdheid hebben bezeten. Er geldt derhalve een dubbel bezitsvereiste.

Het bezitsvereiste is enerzijds bedoeld om één element van de te faciliteren reële bedrijfsopvolging te definiëren: er is alleen sprake van een bedrijfsopvolging indien de aandelen bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoorden en de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven. Anderzijds heeft het bezitsvereiste ook een antimisbruikarakter, waarmee oneigenlijk gebruik van de BOR beoogd wordt te voorkomen.⁷¹ Met het bezitsvereiste wordt immers voorkomen dat in het zicht van overlijden dan wel schenking belast vermogen wordt omgezet in onbelast vermogen, zonder dat sprake is van een reële bedrijfsuitoefening en dus een reële bedrijfsoverdracht.⁷² Voorheen werd gedacht dat een bezitstermijn ten aanzien van een erflater niet nodig was, aangezien overlijden – anders dan schenking – niet voorzienbaar is. In de praktijk is echter gebleken dat in gevallen waarin het overlijden wel voorzienbaar was, het belaste vermogen van de toekomstige erflater werd omgezet in (deels) onbelast ondernemingsvermogen. Om deze reden is ook in geval van overlijden een bezitstermijn opgenomen. Anders dan bij schenking wordt een termijn van één jaar voldoende geacht.⁷³ In lijn met Tigelaar-Klootwijk ben ik van mening dat dit onderscheid gerechtvaardigd is, omdat een schenking kan worden gepland.⁷⁴

Daarnaast mag het beleggingsvermogen dat op grond van artikel 35c lid 1 onderdeel c onder 2° SW 1956 onder toepassing van de BOR valt, gedurende de bezitstermijn niet via een storting in het lichaam zijn ingebracht.⁷⁵ Met deze antimisbruikbepaling tracht de wetgever te voorkomen dat het beleggingsvermogen voor schenking dan wel overlijden in het lichaam via een kapitaalinjectie wordt opgepompt.⁷⁶

De wetgever heeft de keuze gemaakt geen algemene antimisbruikbepaling op te nemen. Wel zijn in artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting een aantal uitzonderingen op het bezitsvereiste opgenomen. In de literatuur wordt echter een voorkeur voor een

⁷¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 103.

⁷² *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 19.

⁷³ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 46.

⁷⁴ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 342.

⁷⁵ Artikel 35d lid 1 onderdeel c SW 1956.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 46.

algemene tegenbewijsregeling gedragen.⁷⁷ Nu bestaat immers de kans dat reële bedrijfsoverdrachten worden uitgesloten van de BOR, zonder dat er sprake is van misbruik.⁷⁸

2.7 Voorwaarden ten aanzien van de verkrijger

Op grond van het voortzettingsvereiste van artikel 35e SW 1956 mag de verkrijger van een kwalificerend aandelenbelang die aandelen gedurende vijf jaar niet vervreemden en mag de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben gedurende vijf jaar niet ophouden winst uit de onderneming te genieten. De kern van de BOR is immers dat de verkregen onderneming wordt voortgezet. Na het verstrijken van de termijn wordt de voorwaardelijke vrijstelling pas definitief. Ingeval op enig tijdstip binnen vijf jaren na de verkrijging van het ondernemingsvermogen niet meer of niet meer geheel wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste, vervalt in zoverre de voorwaardelijke vrijstelling.⁷⁹ Ten aanzien van de verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang geldt dat niet meer aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan indien één van de volgende situaties zich voordoet binnen de vijfjaarstermijn:

- a. de verkrijger vervreemdt de vermogensbestanddelen, of een gedeelte van de in deze vermogensbestanddelen besloten rechten⁸⁰;
- b. de verkrijger zet de vermogensbestanddelen om in preferente aandelen of beperkt op andere wijze de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen⁸¹;
- c. het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben, houdt op uit de onderneming of de medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten.⁸²

Ter zake van de verkrijging van het aanmerkelijk belang wordt dus onderscheid gemaakt tussen enerzijds de voortzettingseisen die worden gesteld aan de verkrijger (onderdeel a en b) en anderzijds de voortzettingseisen die worden gesteld aan het lichaam (onderdeel c). Er geldt dus een dubbel voortzettingsvereiste.⁸³ De verkrijger moet binnen een termijn van acht maanden nadat zich één van bovenstaande gebeurtenissen heeft voorgedaan aangifte doen.⁸⁴

Bij de vraag of aan het voortzettingsvereiste is voldaan is het uitgangspunt dat wordt aangesloten bij het stakings- en vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001, tenzij de specifieke aard van de BOR om een andere uitleg vraagt.⁸⁵ In het Bedrijfsopvolgingsbesluit⁸⁶ (onderdeel 6.3) is opgenomen dat de aanmerkelijkbelangaandelen die de verkrijger zelf al had, zonder

⁷⁷ A.M.A. de Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', *WFR* 2009/1303.

⁷⁸ Bijvoorbeeld in geval van de overgang van de onderneming door overmachtssituaties (zoals arbeidsongeschiktheid).

⁷⁹ Artikel 35b lid 6 SW 1956.

⁸⁰ Artikel 35e lid 1 sub c onderdeel 1° SW 1956.

⁸¹ Artikel 35e lid 1 sub c onderdeel 2° SW 1956.

⁸² Artikel 35e lid 1 sub c onderdeel 3° SW 1956.

⁸³ T.C. Hoogwout, 'Een overzicht van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', *TFO* 2020/169.1.

⁸⁴ Artikel 35e lid 5 SW 1956.

⁸⁵ Zie T.J. Mellema-Kranenburg, A.H.N. Stollenwerck & P. Blokland, *Compendium Estate Planning* §11.2.4, Den Haag: SDU 2021. Vanwege de beperkte omvang van deze scriptie worden deze situaties buiten beschouwing gelaten.

⁸⁶ Besluit staatssecretaris van Financiën 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M (*Stcrt.* 2013, 2175).

gevolgen voor de BOR kunnen worden vervreemd. Daarnaast bevestigt het Bedrijfsopvolgingsbesluit (onderdeel 6.4) dat certificering van aandelen voor de toepassing van de BOR niet wordt aangemerkt als een vervreemding, mits de certificaten voldoen aan de voorwaarden van het Aanmerkelijk belangbesluit⁸⁷.

Artikel 10 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting behelst gebeurtenissen binnen de voortzettingstermijn die in beginsel zouden leiden tot het geheel of gedeeltelijk terugnemen van de voorwaardelijke vrijstelling, terwijl materieel gezien wel sprake is van voortzetting. In het geval de verkrijger naar aanleiding van een dergelijke gebeurtenis geen middelen ontvangt en een ander niet tot de onderneming gerechtigd wordt, bepaalt artikel 10 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting dat de vrijstelling niet wordt teruggenomen. Daarnaast moet de gebeurtenis plaatsvinden met behulp van een doorschuifregeling. Het gaat om de situaties van inbreng in een bv, de geruisloze terugkeer uit de bv, het ophouden winst te genieten door overheidsingrijpen, de aandelenfusie, de juridische splitsing en de juridische fusie.⁸⁸

De faciliteit blijft van rechtswege tot stand indien de verkrijger binnen de voortzettingstermijn overlijdt of een huwelijk aan gaat.⁸⁹ De rechtsopvolgers worden dan geacht in de plaats te treden van de oorspronkelijke verkrijger. Indien de huwelijksgemeenschap van de verkrijger binnen de voortzettingstermijn wordt ontbonden, is vereist dat het ondernemingsvermogen wordt toegedeeld aan de oorspronkelijke verkrijger.⁹⁰

2.8 Verwachte ontwikkeling bedrijfsopvolgingsregeling

In de fiscale literatuur wordt al geruime tijd de wens geuit om via de BOR tot kwaliteitsverbetering/vereenvoudiging in de reële bedrijfsopvolgingspraktijk te komen.⁹¹ Op 6 juli 2021 werd met een ruime meerderheid de motie van het lid van Haga c.s.⁹² over het verbeteren van de BOR in de SW 1956 aangenomen. Daarnaast werd de motie van het lid Aartsen c.s.⁹³ over het harmoniseren van de bezits- en voortzettingseis binnen de BOR in de SW 1956 aangenomen.

Op 25 mei 2022 publiceerde het CPB de notitie 'Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht'.⁹⁴ Het CPB heeft onderzocht in hoeverre de BOR en de doorschuifregelingen doeltreffend, noodzakelijk en doelmatig zijn. Het CPB concludeert dat beide regelingen doeltreffend zijn doordat zij belastingheffing grotendeels voorkomen of uitstellen. De BOR wordt echter niet doelmatig bevonden, doordat bij circa driekwart van de overdrachten bij de erflaters, schenkers of verkrijgers voldoende vrije financiële middelen

⁸⁷ Besluit staatssecretaris van Financiën 9 maart 2018, nr. 2018-27139, V-N 2018/22.2, onderdeel 4.4.

⁸⁸ F. Sonneveldt, Wegwijs in de Successiewet §7.8.8, Den Haag: SDU 2021.

⁸⁹ Ondanks dat anderen dan de oorspronkelijke verkrijger (gedeeltelijk) tot de onderneming gerechtigd worden.

⁹⁰ Artikel 10 lid 6 en 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

⁹¹ Zie bijvoorbeeld J.C.L. Zuiderwijk, 'Praktijkupdate bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956 (zomer 2022)', *KWEP* 2022/17.

⁹² *Kamerstuk* 2020-2021, 32 637, nr. 463.

⁹³ *Kamerstuk* 2020-2021. 32 637, nr. 466.

⁹⁴ Jan Möhlmann & Céline van Essen, <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Notitie-Evaluatie-fiscale-regelingen-gericht-op-bedrijfsoverdracht.pdf> (Notitie Centraal Planbureau april 2022).

aanwezig zijn om de erf- of schenkbelasting direct te betalen. Het CPB zet ook vraagtekens bij het lage kwalificerende aandelenbelang wat is vereist voor toepassing van de BOR. Op dit punt wordt in het volgende hoofdstuk uitgebreid teruggekomen.

Op 9 december 2022 heeft het kabinet een reactie op de hierboven beschreven evaluatie van het CPB gegeven.⁹⁵ Uit deze reactie blijkt dat het kabinet de keuze maakt de BOR niet af te schaffen, maar waar mogelijk aan te passen. Het onderzoek van het kabinet omtrent de mogelijke aanpassingen van de BOR loopt nog. Het kabinet onderzoekt onder andere of de toegang tot de BOR beperkt kan worden tot aandelen met stemrecht. Op deze mogelijkheid wordt in hoofdstuk 6 van deze scriptie teruggekomen. Het kabinet verwacht in juni 2023 de onderzoeksresultaten te kunnen publiceren.⁹⁶

2.9 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is aan de hand van een analyse van de ontwikkeling van de BOR een antwoord geformuleerd op de eerste deelvraag: *“Wat is de doelstelling van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?”*

Op basis van de betalingsregeling in artikel 65 SW 1956 (oud) kon in bijzondere gevallen uitstel van betaling worden verleend. De regeling werd in 1981 aangepast. De ontvanger kon rentedragend uitstel van betaling van vijf jaar verlenen in geval van verkrijging van niet-beursgenoteerde aandelen in een onderneming of van vermogen in een onderneming, indien zonder dit uitstel de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen. Hier werd de continuïteitsgedachte als rechtvaardiging voor een faciliteit voor het eerst aangehaald.

Omdat de heffing van successierechten nog steeds tot (betalings-)problemen leidde bij de vererving van ondernemingen in het MKB, werd de betalingsregeling in 1984 vervangen door een nieuwe regeling. Op basis van die betalingsregeling werd vijf jaar renteloos uitstel van betaling verleend aan de verkrijgers van ondernemingsvermogen, mits onvoldoende liquide middelen vrij waren om de belasting te kunnen betalen. Met de invoering van deze nieuwe betalingsregeling werd ook het voortzetten van de onderneming als vereiste van de toepassing van de regeling voor het eerst geïntroduceerd. Vanaf 1 juni 1990 werd de betalingsregeling uit de SW 1956 overgeheveld naar de IW 1990. Tot slot werd de uitstelperiode met ingang van 1 januari 1996 van vijf jaar naar tien jaar verlengd.

Met ingang van 1 januari 1997 werd voor het eerst een kwijtscheldingsfaciliteit in de wet opgenomen. Op grond van de faciliteit werd de belasting over 25% van het verkregen ondernemingsvermogen kwijtgescholden (mits sprake was van ondernemingsvermogen en de onderneming werd voortgezet) en voor het resterende gedeelte werd tien jaar renteloos uitstel van betaling verleend. De wetgever trachtte hiermee een bijdrage te leveren aan de continuïteit van familieondernemingen.

⁹⁵ Brief Ministerie van Economische Zaken en Klimaat – directoraat-generaal bedrijfsleven & innovatie van 9 december 2022, 2022- 00000001003214369000.

⁹⁶ Bijlage Planning Vaste Kamercommissie Financiën 2023 bij brief Ministerie van Financiën van 10 februari 2023, 2022Z23025/2022D49694.

Vanaf 1 januari 2002 werd de kwijtscheldingsfaciliteit in de IW 1990 vervangen door een vrijstelling van 30% in de SW 1956, waarmee de systematiek van kwijtschelden werd vervangen door vrijstellen. In de jaren 2004, 2005 en 2007 is de faciliteit steeds verder verruimd tot 75%.

Aangezien de vrijstelling moeilijk toepasbaar was en veel administratieve verplichtingen opleverde, werd de vrijstelling met ingang van 1 januari 2010 herzien tot de huidige BOR. Het doel van de wijziging was het creëren van meer eenvoud, evenwicht en toegankelijkheid. Op basis van de huidige BOR wordt op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling van 100% verleend, indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen niet hoger is dan € 1.205.871 (2023). Het resterende wordt voor 83% voorwaardelijk vrijgesteld. Voor de belasting over de resterende 17% van de waarde van het ondernemingsvermogen legt de inspecteur op verzoek een conserverende aanslag op, waarvoor tien jaar rentedragend uitstel van betaling kan worden verkregen.

De doelstelling van de BOR is het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten, zodat voorkomen kan worden dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Om uitsluitend reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren zijn drie voorwaarden voor toepassing van de BOR opgesteld: (i) er moet sprake zijn van een kwalificerend belang, (ii) de aandelen dienen bij de erflater of schenker gedurende de bezitsperiode tot het moment van overlijden dan wel schenking tot een aanmerkelijk belang te behoren en (iii) de verkrijger dient de oorspronkelijke onderneming vijf jaar voort te zetten.

In de fiscale literatuur wordt al geruime tijd de wens geuit om via de BOR tot kwaliteitsverbetering/vereenvoudiging in de reële bedrijfsopvolgingspraktijk te komen. De BOR is steeds verder onder druk komen te staan nadat het CPB concludeerde dat de regeling wel doeltreffend, maar niet doelmatig is. Het CPB zet bovendien vraagtekens bij het lage kwalificerende aandelenbelang wat is vereist voor toepassing van de BOR. Het volgende hoofdstuk gaat dieper in op het kwalificerend aandelenbelang.

Hoofdstuk 3: Kwalificerend aandelenbelang

3.1 Inleiding

De doelstelling van de BOR is het voorkomen dat ondernemingen in gevaar komen als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Met de herziening van de BOR heeft de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen willen faciliteren. De voorwaarden van de BOR zoals besproken in hoofdstuk 2 moeten ertoe leiden dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. Eén van die voorwaarden is dat sprake moet zijn van de verkrijging van kwalificerend ondernemingsvermogen. In artikel 35c SW 1956 is bepaald wat als kwalificerend ondernemingsvermogen wordt aangemerkt. Ten aanzien van de verkrijging van aandelen is in artikel 35c lid 1 sub c SW 1956 een drietal toetsen vastgelegd. Ten eerste is vereist dat de verkregen vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 (de aanmerkelijkbelangtoets). Vervolgens is vereist dat het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben een onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 (de activiteitentoets). Tot slot moet aan de hand van de vermogenstoets worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen van het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen en welke als beleggingsvermogen.

Dit hoofdstuk focust zich uitsluitend op de eerste toets van artikel 35c lid 1 sub c SW 1956, de aanmerkelijkbelangtoets. In het eerste deel van dit hoofdstuk wordt geanalyseerd wanneer sprake is van een verkrijging van een kwalificerend belang voor de BOR, om zo een antwoord op de tweede deelvraag te formuleren: *“Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?”* Dit deel van het hoofdstuk is vooral beschrijvend van aard.

Vervolgens wordt getoetst in hoeverre de kwalificatie van het kwalificerende belang in de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren past. Daarmee wordt tevens een antwoord geformuleerd op de derde deelvraag: *“In hoeverre past de kwalificatie van het begrip kwalificerend aandelenbelang bij de doelstelling van de wetgever ten aanzien van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

3.2 Algemene aanmerkelijkbelangtoets

Artikel 35c lid 1 sub c SW 1956 vereist dat de verkregen vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001.

3.2.1 Aanmerkelijk belang ex artikel 4.6 Wet IB 2001

Op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 heeft de belastingplichtige een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;

- b. rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal;
- c. winstbewijzen heeft die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd;
- d. gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een in artikel 4.5a bedoelde rechtspersoon;
- e. een aandeel heeft in een lichaam als bedoeld in artikel 2 lid 12 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) en daarvoor voor ten minste 5% deelt in de winst van dat lichaam vóór toepassing van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet VPB 1969.

Indien certificaten van aandelen kunnen worden vereenzelvigd met de onderliggende aandelen, volgen zij hetzelfde regime als aandelen. Hiervan is sprake indien aan de voorwaarden van onderdeel 4.4 van het besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139 wordt voldaan.

3.2.2 Soort-aanmerkelijk belang

Ook een soort aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet IB 2001 kwalificeert voor de BOR. De erflater of schenker moet dan – al dan niet tezamen met de partner – direct of indirect a) voor minimaal 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder zijn of, b) een koopoptie hebben om direct of indirect aandelen van een soort te verwerven tot ten minste 5% van het van die soort geplaatste kapitaal.

3.2.3 Meesleep-aanmerkelijk belang

Doordat artikel 35c lid 1 sub c SW 1956 aansluit bij afdeling 4.3 Wet IB 2001, is de BOR ook van toepassing op de verkrijging van aandelen die bij de erflater of schenker tot een meesleep-aanmerkelijk belang ex artikel 4.9 Wet IB 2001 behoren. De meesleepregeling houdt in dat indien een belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap, ook andere aandelen in of winstbewijzen van die vennootschap in het aanmerkelijk belang worden meegesleept.

3.2.4 Fictief aanmerkelijk belang

Ook aandelen die op grond van artikel 4.11 Wet IB 2001 tot een fictief aanmerkelijk belang hebben behoord, kwalificeren voor de BOR. Aanvankelijk was de wetgever voornemens de verkrijging van een fictief aanmerkelijk belang uit te sluiten voor toepassing van de BOR. Volgens de wetgever konden aandeelhouders met een belang van minder dan 5% namelijk niet als ondernemer in de zin van de BOR worden gezien. Het aandelenbezit van een fictief aanmerkelijkbelanghouder kon derhalve ook niet als ondernemingsvermogen gezien worden. Desondanks werd de fictief aanmerkelijkbelanghouder bij de eerste nota van wijziging als kwalificerende schenker of erflater aangemerkt. De wetgever geeft als reden hiervoor dat liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan voor de verkrijgers en dat een fictief aanmerkelijk belang vanuit een ‘echt’ aanmerkelijk belang is ontstaan.⁹⁷

⁹⁷ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 16, p. 12.

3.2.5 Meetrek-aanmerkelijk belang

Een uitzondering wordt gemaakt voor aandelen die op grond van de meetrekregeling ex artikel 4.10 Wet IB 2001 tot een aanmerkelijk belang behoorden. De meetrekregeling is van toepassing wanneer de belastingplichtige zelf geen aanmerkelijk belang heeft, maar zijn bloed- of aanverwant in de rechte lijn wel een aanmerkelijk belang bezit. Als dit familielid een aanmerkelijk belang heeft, kwalificeert het belang van de belastingplichtige ook als een aanmerkelijk belang. Een meetrek-aanmerkelijk belang kwalificeert niet voor toepassing van de BOR. De wetgever is namelijk van mening dat meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders geen ondernemers zijn. Deze maatregel zou ertoe moeten strekken alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.⁹⁸

3.2.6 Preferente aandelen

Preferente aandelen zijn aandelen die recht geven op een bepaald vast percentage van de nominale waarde ten laste van de winst, voordat enige uitkering aan de gewone aandeelhouder wordt gedaan.⁹⁹ De verkrijging van preferente aandelen kwalificeert in beginsel niet voor toepassing van de BOR. De houder van preferente aandelen wordt door de wetgever in beginsel namelijk niet als ondernemer maar als kapitaalverschaffer aangemerkt. Volgens de wetgever is de BOR niet bedoeld voor dergelijke financiers die geen ondernemer zijn.¹⁰⁰ Een uitzondering geldt voor preferente aandelen die zijn ontstaan bij een gefaseerde bedrijfsopvolging. Hiervoor gelden de volgende voorwaarden¹⁰¹:

- a. de preferente aandelen zijn ontstaan bij een omzetting van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- b. de omzetting tot preferente aandelen is gepaard gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- c. ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen dreef de vennootschap waarin de omgezette aandelen hadden een onderneming¹⁰² of was sprake van een medegerechtigdheid¹⁰³; en
- d. de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b.

Met deze eisen wil de wetgever bereiken dat slechts reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. In artikel 8 Uitvoeringsregeling SW 1956 zijn vergelijkbare voorwaarden opgenomen voor in het kader van een aandelenfusie, juridische splitsing en juridisch fusie uitgegeven preferente aandelen, preferente aandelen verkregen krachtens erfrecht of

⁹⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, nr. 3, p. 44. Overigens werd een aanmerkelijk belang ex artikel 4.11 Wet IB 2001 aanvankelijk tevens uitgesloten. Hier is de staatssecretaris in de nota van wijziging (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr 9, p. 21) echter op teruggekomen, omdat diverse belangenorganisaties aantoonde dat liquiditeitsproblemen zouden ontstaan bij het uitsluiten van een fictief aanmerkelijk belang en vanwege het feit dat een fictief aanmerkelijk belang alleen heeft kunnen ontstaan vanuit een "echt" aanmerkelijk belang.

⁹⁹ A.M.A. de Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen' *WFR 2009/1303*.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 97.

¹⁰¹ Artikel 35c lid 4 SW 1956.

¹⁰² Als bedoeld in artikel 35c, lid 1, sub a SW 1956.

¹⁰³ Als bedoeld in artikel 35c, lid 1, sub b SW 1956.

schenking, indirect gehouden preferente aandelen en preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht.

3.2.7 Indirect aanmerkelijk belang

Een voorwaarde voor toepassing van de BOR is dat de vennootschap waarvan de aandelen worden verkregen een materiële onderneming drijft. Houdstervenootschappen drijven echter veelal geen materiële onderneming. De materiële onderneming wordt dan gedreven door een (klein)dochtermaatschappij. De wetgever wenst een indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk te behandelen als de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam.¹⁰⁴ Om deze reden is in artikel 35c lid 5 SW 1956 opgenomen dat de materiële onderneming van de (klein)dochtermaatschappij onder voorwaarden mag worden toegerekend aan de vennootschap waarin de aandeelhouder een direct aanmerkelijk belang heeft. Eén van die voorwaarden is dat de schenker of erflater een indirect aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap die de materiële onderneming drijft.

Bij indirecte kwalificerende belangen moeten de bezittingen en schulden van de vennootschap met een materiële onderneming, naar rato, worden toegerekend aan de vennootschap waarvan van de aandelen verkregen zijn.¹⁰⁵ Vervolgens moet artikel 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 worden toegepast met inachtneming van deze geconsolideerde balans. De beoordeling of sprake is van ondernemings- of beleggingsvermogen en de toepassing van de 5%-marge vindt plaats op het niveau van de vennootschap waarin het directe aandelenbezit bestaat. Indien het belang in de werkmaatschappij geen indirect aanmerkelijk belang vormt, wordt dat deel aangemerkt als beleggingsvermogen.

3.2.8 Indirect verwaterd belang

De situatie kan zich voordoen dat een indirect aanmerkelijk belang door overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht verwaterd naar een belang van kleiner dan 5%. In dat geval zouden de verkrijgers in beginsel niet voor de BOR in aanmerking kunnen komen. De wetgever achtte deze situatie ongewenst, aangezien het indirecte aanmerkelijk belang louter door wijzigingen in de privésituatie van de aandeelhouder onder de grens van 5% zakt. Om deze reden is in artikel 35c lid 5 sub b SW 1956 geregeld dat toerekening van bezittingen en schulden aan een holdingvennootschap ook plaatsvindt voor lichamen waarin de erflater of schenker een indirect belang heeft van kleiner dan 5%, maar ten minste 0,5%. Hiervoor gelden drie aanvullende voorwaarden. Ten eerste moet het indirecte belang bij een van de rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking van de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang hebben gevormd als bedoeld in artikel 35c lid 5 sub a SW 1956. Ten tweede mag dat belang uitsluitend zijn verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking. Tot slot moet het lichaam op het moment van verwatering van het belang een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 drijven.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45.

¹⁰⁵ Artikel 35c lid 5 SW 1956.

Op 22 april 2016 heeft de Hoge Raad bepaald dat de BOR ook van toepassing kan zijn op een door een houdstervennootschap gehouden belang dat voor de erflater of schenker geen aanmerkelijk belang is, omdat het kleine belang voor de houdstervennootschap door de vermogensetiketteringsregels kwalificeerde als ondernemingsvermogen.¹⁰⁶ Om de gevolgen van dit arrest te repareren is artikel 35c lid 6 SW 1956 in de wet opgenomen¹⁰⁷. Dit artikel stelt dat tot het vermogen van de onderneming niet een belang in een ander lichaam wordt gerekend.

3.3 Toetsing

In deze paragraaf wordt getoetst in hoeverre de kwalificatie van het begrip kwalificerend belang bij de doelstelling van de wetgever ten aanzien van de Nederlandse BOR past. De doelstelling van de BOR is het voorkomen dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid een bedreiging vormt voor reële bedrijfsopvolgingen.¹⁰⁸

3.3.1 Reële bedrijfsopvolging

De wetgever heeft uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen willen faciliteren. Een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel gedefinieerd als een overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer', die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming 'als ondernemer voortzet'.¹⁰⁹ De voorwaarden die moeten zorgen dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd zijn toegelicht in hoofdstuk 2. In paragraaf 3.2 zijn de toepassingsvoorwaarden besproken waarmee de wetgever het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen tracht te realiseren ten aanzien van de kwalificatie van het begrip kwalificerend belang. Kort gezegd gaat het om de volgende toepassingsvoorwaarden:

1. er is sprake van een verkrijging van een kwalificerend belang indien 5% van de aandelen in het aandelenkapitaal wordt verkregen;
2. een economische benadering ten aanzien van een aanmerkelijk belang volstaat;
3. een 'soort'-aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet IB 2001 wordt ook aangemerkt als een kwalificerend belang;
4. het meesleep-aanmerkelijk belang ex artikel 4.9 Wet IB 2001 en het fictief aanmerkelijk belang ex artikel 4.11 Wet IB 2001 worden ook aangemerkt als een kwalificerend belang;
5. het meetrek-aanmerkelijk belang ex artikel 4.10 Wet IB 2001 wordt niet aangemerkt als een kwalificerend belang;
6. preferente aandelen kwalificeren alleen indien deze zijn ontstaan als gevolg van een gefaseerde bedrijfsopvolging;
7. directe en indirecte aanmerkelijke belangen worden zoveel mogelijk gelijk behandeld.

¹⁰⁶ HR 22 april 2016, nr. 15/02845, *BNB* 2016/167.

¹⁰⁷ Dit arrest heeft tevens de aanpassing van artikel 35c lid 5 SW 1956 (toevoeging 'direct of indirect') tot gevolg gehad.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17. Zie ook art. 35b lid 5 SW 1956.

Aan de hand van de opvattingen van de wetgever wat onder reële bedrijfsopvolging dient te worden verstaan en wat tot uitdrukking is gebracht in de toepassingsvoorwaarden zoals hierboven beschreven, heeft De Beer criteria gedistilleerd waaraan reële bedrijfsopvolging – volgens de opvatting van de wetgever – zou moeten voldoen. Ten aanzien van de toetsing van de toepassingsvoorwaarden sluit ik mij aan bij die criteria.

Het gaat om de volgende criteria:

1. de overdrager geeft als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt uit dien hoofde de winstgevendheid van die onderneming (betrokkenheidscriterium);
2. de overdrager heeft – via zijn (aanmerkelijkbelang-)aandelenbelang in de vennootschap – recht op de winsten van de vennootschap en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt (winstgevendheidscriterium);
3. de opvolger zet de positie van de overdrager voort (opvolgingscriterium).¹¹⁰

Om te beoordelen of de kwalificatie van het begrip kwalificerend belang bij de doelstelling van de wetgever past, wordt in deze paragraaf getoetst of met de zeven bovengenoemde toepassingsvoorwaarden reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Meer specifiek wordt getoetst in hoeverre de hiervoor genoemde drie criteria terugkomen in bovenstaande toepassingsvoorwaarden waarmee de wetgever het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen tracht te realiseren.

3.3.1.1 Aansluiting bij het aanmerkelijkbelangregime en bezitspercentage

Op basis van het winstgevendheidscriterium moet de overdrager via zijn aandelenbelang in de vennootschap recht hebben op de winsten van de vennootschap. De winstrechten mogen bovendien niet beperkt zijn. Een aandeelhouder is gerechtigd tot de resultaten van de vennootschap. In principe hebben alle aandelen, naar evenredigheid van hun bedrag, gelijke rechten en verplichtingen, en het risico van verlies is beperkt tot het bedrag dat de aandeelhouder voor de aandelen heeft opgeofferd.¹¹¹ Het winstgevendheidscriterium komt daarmee dus terug in de regeling dat een aanmerkelijk belang wordt aangemerkt als een kwalificerend belang voor toepassing van de BOR.¹¹² Indien we uitsluitend uitgaan van het winstgevendheidscriterium zouden echter alle soorten aandelen en winstbewijzen moeten kwalificeren. De wetgever benadrukt meermaals dat de BOR niet bestemd is voor louter kapitaalverschaffers. Zo neemt de wetgever ten aanzien van deelnemers in onder meer scheepvaart CV's het standpunt in dat zij eerder met beleggers dan met ondernemers te vergelijken zijn, waardoor hun deelname niet voor de BOR kwalificeert. Het enkele feit dat zij kapitaal verstrekken tegen een winstafhankelijke vergoeding maakt ze volgens de wetgever nog geen ondernemer en is derhalve geen reden om de BOR toe te passen. Ze beïnvloeden niet de winstgevendheid van de onderneming en maken hun vermogen rendabel zonder zelf een meerwaarde te creëren.¹¹³ Hieruit komt duidelijk het betrokkenheidscriterium naar voren; de wetgever acht het noodzakelijk dat de overdrager als (mede)beleidsbepaler leiding

¹¹⁰ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

¹¹¹ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

¹¹² De uitzondering die hierop wordt gemaakt voor preferente aandelen komt in paragraaf 3.3.1.5 aan de orde.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21.

geeft aan de onderneming van de vennootschap en uit dien hoofde de winstgevendheid van de onderneming beïnvloedt, om van reële bedrijfsopvolging te spreken.

Het is dan de vraag of de aansluiting bij het aanmerkelijkbelangregime bijdraagt aan de invulling van reële bedrijfsopvolging. Bij kapitaalvennootschappen is de zeggenschap ten minste verdeeld over de algemene vergadering van aandeelhouders en het bestuur. Voor de BOR in de SW 1956 en de doorschuifregeling ten aanzien van het aanmerkelijk belang in de Wet IB 2001 stond de wetgever de gewone aandeelhouder-bestuurder voor ogen. De aanmerkelijkbelanghouder *kán* deze dubbele hoedanigheid bezitten. De aanmerkelijkbelanghouder kan immers een aanmerkelijk belang in de vennootschap houden en tegelijkertijd ook belast zijn met het dagelijks bestuur van die vennootschap. Indien de aanmerkelijkbelanghouder een dergelijke dubbele hoedanigheid kent, kan in kwalitatieve zin volledige zeggenschap worden uitgeoefend over de ondernemingsuitoefening, vergelijkbaar met de zeggenschap van de IB-ondernemer. De omvang van de beloning voor zijn werkzaamheden is onzeker en volledig voor zijn rekening, aangezien de aanmerkelijkbelanghouder via zijn aandelen meedoet in alle plussen en minnen van de onderneming. Ik ben het derhalve met De Beer en Hoogeveen eens dat een aanmerkelijkbelanghouder in economisch en maatschappelijk opzicht ondernemer *kán* zijn.¹¹⁴ Ik heb de nadruk hier echter niet voor niets op 'kan' gelegd. De aanmerkelijkbelangstatus an sich heeft immers weinig te maken met het ondernemersbegrip zoals dat in economisch en maatschappelijk opzicht geldt. De aandeelhouder wordt niet rechtstreeks verbonden voor verbintenissen van de vennootschappen. Het risico van een aandeelhouder is beperkt tot de voor de aandelen opgeofferde prijs. Ik ben het met de Beer eens dat de aandeelhouder in dat opzicht meer lijkt op de commanditair vennoot. In tegenstelling tot de aandeelhouder wordt de commanditair vennoot echter in beginsel als kapitaalverstrekker aangemerkt en is derhalve van de BOR uitgesloten.¹¹⁵ Ten aanzien van het opvolgingscriterium kan worden opgemerkt dat de erfflater of schenker geen enkele rol hoeft te hebben vervuld binnen de feitelijke ondernemingsuitoefening. Het louter bezitten van een aanmerkelijk belang volstaat. Hetzelfde geldt voor de opvolger. De opvolger moet immers enkel het verkregen belang vasthouden gedurende de voortzettingsperiode. In lijn met bovenstaande redentatie ben ik van mening dat dit niet veel met ondernemersactiviteiten te maken hoeft te hebben. Anderzijds veronderstelt bedrijfsopvolging dat de opvolger treedt in de positie van de overdrager. Daar lijkt wel aan voldaan te worden, nu de verkrijger de status van aanmerkelijkbelanghouder opvolgt.

Bovendien geeft een aanmerkelijkbelanghouder met een aandelenbelang van slechts 5% geen leiding als (mede)beleidsbepaler aan de onderneming van de vennootschap en kan uit dien hoofde de winstgevendheid ervan niet beïnvloeden. Het enkele feit dat de aanmerkelijkbelanghouder kapitaal verstrekt tegen een winstafhankelijke vergoeding zou hem volgens de redentatie van de wetgever ten aanzien van deelnemers in scheepvaart CV's nog geen ondernemer maken. Ik ben het derhalve met de Beer eens dat het 5%-criterium aanzienlijk te laag is om van 'echt' ondernemerschap te kunnen spreken. Daar komt bij dat de BOR in het leven is geroepen om te voorkomen dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Men kan zich terecht afvragen of liquiditeitsproblemen zullen

¹¹⁴ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.

¹¹⁵ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

ontstaan bij een belang van slechts 5%. Alhoewel een vereist minimumbelang van 5% aansluit bij het huidige aanmerkelijk belangcriterium, is het ook relatief laag in vergelijking met andere landen.¹¹⁶ Zo is in Duitsland een minimumbelang van 25% vereist. In Vlaanderen is zelfs een belang van 50% vereist.¹¹⁷

Om deze redenen ben ik van mening dat aansluiting bij het aanmerkelijkbelangregime an sich niet bijdraagt aan de invulling van reële bedrijfsopvolging. Daarnaast acht ik de aansluiting bij een bezitspercentage van 5% aanzienlijk te laag. Dit is niet in lijn met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

3.3.1.2 Economische benadering

Verder volstaat een economische benadering ten aanzien van het aanmerkelijk belang. Het louter bezit aan winstbewijzen, certificaten, vruchtgebruikersrechten en koopopties op aandelen kan al voldoende zijn. Een optiehouder kwalificeert dan dus als ondernemer voor de toepassing van de BOR, zelfs als hij nooit aandeelhouder wordt.¹¹⁸ Volgens Van den Dool, Hoogeveen, Lejour en Stevens zouden opties van de BOR moeten worden uitgezonderd. Opties zijn immers alleen in de aanmerkelijk belangregeling opgenomen om te voorkomen deze regeling lek is. Dit maakt echter niet dat de houders van deze opties ‘ondernemer’ zijn in de zin van de BOR.¹¹⁹ Ook een houder van een winstbewijs kwalificeert voor toepassing van de BOR. Een houder van een winstbewijs neemt echter niet deel in het kapitaal van de vennootschap. De houder van een winstbewijs is derhalve niet eens aandeelhouder.¹²⁰

Mijns inziens ligt het aansluiten bij een economische benadering ten aanzien van het aanmerkelijk belang voor de toepassing van de BOR dan ook niet in lijn met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

3.3.1.3 Soort-aanmerkelijk belang

Doordat het ‘soort-aanmerkelijk belang’ ex artikel 4.7 Wet IB 2001 tevens voor toepassing van de BOR kwalificeert, kunnen zelfs nog kleinere belangen in aanmerking worden genomen. Van ‘echt’ ondernemerschap is hier dan al helemaal geen sprake. Ook voor het soort-aanmerkelijk belang geldt dat dit uitsluitend in de aanmerkelijk belangregeling is opgenomen om te voorkomen dat de regeling lek is. Dit maakt de houder van deze aandelen echter nog geen ondernemer in de zin van de BOR.¹²¹

¹¹⁶ R.P. van den Dool, M. Hoogeveen, A.M. Lejour & S.A. Stevens, ‘De fiscale positie van de dga’, *TFO* 2023/184.1.

¹¹⁷ Dit minimumbelang kan onder voorwaarden lager dan 50% zijn. Zie hierover paragraaf 4.5.

¹¹⁸ A.M.A de Beer & M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5.

¹¹⁹ R.P. van den Dool, M. Hoogeveen, A.M. Lejour & S.A. Stevens, ‘De fiscale positie van de dga’, *TFO* 2023/184.1.

¹²⁰ G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Saleminck), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIB. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 6.5.

¹²¹ R.P. van den Dool, M. Hoogeveen, A.M. Lejour & S.A. Stevens, ‘De fiscale positie van de dga’, *TFO* 2023/184.1.

Bovendien kan zo door het uitgeven van één letteraandeel een soort aanmerkelijk belang worden gecreëerd. Op basis van de meesleepregeling worden vervolgens tevens de overige aandelen tot het aanmerkelijk belang gerekend. Naar mijn mening draagt het kwalificeren van het soort-aanmerkelijk belang als een kwalificerend belang voor toepassing van de BOR dan ook niet bij aan de doelstelling uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Overigens verdient het opmerking dat een soort-aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet B 2001 in beginsel ook kan kwalificeren als een preferent aanmerkelijk belang in de zin van artikel 35c lid 4 SW 1956. Aangezien het preferent aanmerkelijk belang in beginsel is uitgesloten voor toepassing van de BOR, is het nog maar de vraag in hoeverre een soort-aanmerkelijk belang daadwerkelijk in aanmerking komt voor de BOR.

3.3.1.4 Meesleep-aanmerkelijk belang

Dat de wetgever heeft gekozen om aandelen die door middel van de meesleepregeling tot een aanmerkelijk belang behoren onder het toepassingsbereik van de BOR te brengen, is naar mijn mening in overeenstemming met de doelstelling. De overige aandelen of winstbewijzen van een belastingplichtige kunnen immers alleen het aanmerkelijk belang in worden getrokken – en zo onder het toepassingsbereik van de BOR komen – indien de belastingplichtige al een aanmerkelijk belang had. De belastingplichtige is derhalve reeds als aanmerkelijkbelanghouder – en zo volgens de opvatting van de wetgever – als ondernemer voor de BOR aangemerkt. De overgang van de aandelen vindt derhalve plaats door een ondernemer. Indien de overdrager reeds een kwalificerend belang in een vennootschap heeft waarop de BOR van toepassing is, zie ik geen reden om de overige aandelen of winstbewijzen in diezelfde vennootschap buiten aanmerking te houden.

3.3.1.5 Fictief aanmerkelijk belang en meetrek-aanmerkelijk belang

Aanvankelijk was zowel het fictief aanmerkelijk belang ex artikel 4.11 Wet IB 2001 als het meetrek-aanmerkelijk belang ex artikel 4.10 Wet IB 2001 uitgesloten voor de toepassing van de BOR. Volgens de wetgever zou dit ertoe strekken dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. De faciliteit is immers alleen van toepassing als van een ondernemer wordt verkregen. Volgens de wetgever is dat bij aanmerkelijkbelangaandelen alleen aan de orde als de schenker of erflater een 'echt' aanmerkelijk belang had in de zin van de Wet IB 2001.¹²² Desondanks werd de fictief aanmerkelijkbelanghouder bij de eerste nota van wijziging toch als kwalificerende schenker of erflater aangemerkt, omdat bij de verkrijger van een fictief aanmerkelijk belang liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan en het fictief aanmerkelijk belang vanuit een 'echt' aanmerkelijk belang is ontstaan (en er in die zin toch sprake is van ondernemerschap).¹²³

In de literatuur is veel kritiek gekomen op de verschillende behandeling van het fictief aanmerkelijk belang en het meetrek-aanmerkelijk belang. Zo stelt Dijkstra dat de liquiditeitsproblemen voor de meetrekaanmerkelijkbelanghouder gelijk kunnen zijn als voor de fictief aanmerkelijkbelanghouder.¹²⁴ Bovendien merkt de fractie van de ChristenUnie op

¹²² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹²³ *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.*

¹²⁴ C.G. Dijkstra, 'Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?', *WFR* 2011/725.

dat het mogelijk is dat een fictief aanmerkelijk belang ontstaat uit een meetrek-aanmerkelijk belang, zodat ook het argument dat het fictief aanmerkelijk belang altijd voortvloeit uit een echt aanmerkelijk belang geen stand meer houdt.¹²⁵ Tigelaar-Klootwijk stelt daarnaast dat een meetrek-aanmerkelijk belang ook ooit een ‘echt’ aanmerkelijk belang kan zijn geweest. Deze situatie kan zich voordoen als het belang van een belastingplichtige onder de 5% zakt, maar tegelijkertijd een meetrek-aanmerkelijk belang ontstaat. Artikel 4.16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001 is dan niet van toepassing, omdat op grond van dit artikel geen sprake meer mag zijn van een aanmerkelijk belang. Er is echter wel sprake van een aanmerkelijk belang op grond van artikel 4.10 Wet IB 2001. Tigelaar-Klootwijk stelt daarmee – naar mijn mening terecht – dat het argument dat fictief aanmerkelijkbelanghouders ondernemer zijn geweest en meetrekaanmerkelijkbelanghouders niet, onvoldoende is om een dergelijk onderscheid op het gebied van toegang tot de BOR te rechtvaardigen.¹²⁶ Bovenstaande toont naar mijn mening aan dat geen overtuigende argumenten bestaan voor het verschil in behandeling van het fictief aanmerkelijk belang en het meetrek-aanmerkelijk belang.

De toets die hier echter toegepast moet worden is of de uitsluiting van het meetrek-aanmerkelijk belang enerzijds en de kwalificatie van het fictief aanmerkelijk belang tot kwalificerend vermogen anderzijds in de doelstelling van de wetgever ligt uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Volgens de Beer is simpelweg sprake van een inbreuk op de ‘reëlebedrijfsopvolgingsgedachte’ ten faveure van het ‘zuivere’ continuïteitsbeginsel.¹²⁷ Hier ben ik het mee eens. Bij de BOR wordt een eventueel liquiditeitsprobleem aanwezig geacht indien sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Voor toepassing van de BOR hoeft een liquiditeitsprobleem immers niet te worden aangetoond. Het al dan niet aanwezig zijn van liquiditeitsproblemen zou naar mijn mening dan ook geen kwalificerend argument mogen zijn om de fictief aanmerkelijkbelanghouder toch als ondernemer voor toepassing voor de BOR aan te merken.¹²⁸

De BOR is alleen van toepassing als van een ondernemer wordt verkregen. Dat is bij aanmerkelijkbelangaandelen alleen aan de orde als de schenker of erflater een ‘echt’ aanmerkelijk belang had in de zin van de Wet IB 2001, aldus de wetgever. Een fictief aanmerkelijkbelanghouder is derhalve geen ondernemer voor de BOR.¹²⁹ Ik ben het met de Beer eens dat het feit dat het fictief aanmerkelijk belang ooit een echt aanmerkelijk belang heeft gevormd, irrelevant is voor een faciliteit die slechts ‘reële bedrijfsopvolgingen’ wenst te faciliteren.¹³⁰ Het feit dat de schenker of erflater in het verleden ooit een ‘echt’ aanmerkelijk belang heeft gehad, maakt hem op het moment van schenken of vererven nog geen ondernemer voor toepassing van de BOR. Bovendien bezitten fictief aanmerkelijkbelanghouders per definitie een belang van minder dan 5%. Aangezien ik in

¹²⁵ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 13, p. 48.

¹²⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, ‘Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, Deventer: Kluwer 2013.

¹²⁷ A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR 2010/1242*.

¹²⁸ Overigens kan ook bij het fictief aanmerkelijk belang worden afgevraagd of bij een overdracht van een belang van kleiner dan 5% wel een liquiditeitsprobleem ontstaat waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt (zie paragraaf 3.3.1.1).

¹²⁹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹³⁰ A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR 2010/1242*.

paragraaf 3.3.1.1 al heb aangegeven dat het 5%-criterium aanzienlijk te laag is om van ‘echt’ ondernemerschap te kunnen spreken en hier derhalve het betrokkenheids criterium in het geding komt, zet deze redenering zich voor fictief aanmerkelijkbelanghouders tevens voort. Om deze redenen ben ik van mening dat de kwalificatie van het fictief aanmerkelijk belang tot kwalificerend belang voor toepassing van de BOR niet in lijn is met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Dezelfde redenatie kan naar mijn mening worden doorgetrokken naar de uitsluiting van het meetrek-aanmerkelijk belang. Een meetrekaanmerkelijkbelanghouder kan mijns inziens niet als ondernemer worden aangemerkt enkel om het feit dat een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner een aanmerkelijk belang in de vennootschap houdt.

3.3.1.6 Preferente aandelen

Met de term preferente aandelen beoogt de wetgever aan te sluiten bij de uitleg die daaraan in het spraakgebruik wordt gegeven. Volgens de wetgever gaat het daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen.¹³¹ In de Nota naar aanleiding van het nader verslag gaf de staatssecretaris echter een andere definitie. Hier merkt de staatssecretaris op dat aandelen alleen dan preferent zijn indien zij niet volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten.¹³² De term preferente aandelen is bewust niet gedefinieerd door de wetgever, teneinde te vermijden dat belastingplichtigen de grenzen van dit begrip opzoeken.¹³³ Op deze vage norm is in de literatuur dan ook kritiek gekomen. Hoeve en Ganzeveld geven aan dat het van belang is om van tevoren een stipulatieve definitie van kernbegrippen vast te leggen.¹³⁴ Een vaag begrip levert immers onzekerheid voor de praktijk op. Ook het CPB stelt dat de definitie van preferente aandelen niet duidelijk is afgebakend. Doordat veel (hybride) vormen van aandelen bestaan is vaak onduidelijk of de aandelen als preferent beschouwd moeten worden. Aangezien voor preferente aandelen verzwaarde voorwaarden gelden, leidt dit tot discussie en rechtsonzekerheid.¹³⁵

Niet enkel het gebrek aan definitie van preferente aandelen, maar ook de beperkende voorwaarden voor preferente aandelen voor toepassing van de BOR stuit op kritiek. De eis dat de verkrijger van de preferente aandelen tevens gewone aandelen moet houden (die bij de omzetting zijn uitgereikt) wordt geacht de meest beperkende voorwaarde te zijn. Stevens ziet niet in waarom preferente aandelen alleen in combinatie met gewone aandelen kunnen kwalificeren. Indien de faciliteit alleen gerechtvaardigd wordt als financieringsfaciliteit, moet immers geconstateerd worden dat ook de verkrijgers van de preferente aandelen geconfronteerd kunnen worden met liquiditeitsproblemen als gevolg van de heffing van erf- of schenkbelasting. In dat opzicht is volgens Stevens wezenlijk geen verschil met de verkrijgers

¹³¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100-101.

¹³² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25.

¹³³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 9-10.

¹³⁴ H. Hoeve & J. Ganzeveld, ‘De kwaliteit van het wetgevingsproces: wonderlijke citaten met betrekking tot de nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, *Kwartaalbericht Estate Planning*, juni 2010, p. 24.

¹³⁵ Jan Möhlmann & Céline van Essen, <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Notitie-Evaluatie-fiscale-regelingen-gericht-op-bedrijfsoverdracht.pdf> (Notitie Centraal Planbureau april 2022), p. 30.

van gewone aandelen.¹³⁶ De rechtvaardiging voor het verschil in behandeling tussen gewone en preferente aandelen is volgens de wetgever te vinden in het feit dat het niet de bedoeling is elke overgang van ondernemingsvermogen te faciliteren, doch alleen de overgang van ondernemingsvermogen in het kader van bedrijfsopvolging waarbij de opvolger de onderneming voortzet. Indien de BOR uitsluitend gerechtvaardigd wordt als een opvolgingsfaciliteit is het verschil in behandeling niet onlogisch. Ik ben het echter met Stevens eens dat deze eis juist bij de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen vreemd aanvoelt. De aanmerkelijkbelanghouder wordt immers als ondernemer behandeld ongeacht de vraag of hij zelf feitelijk bij de onderneming betrokken is. Volgens Stevens zou het voor de hand hebben gelegen als eis te stellen dat de opvolger ten minste werkzaamheden moet verrichten voor de ondernemingen waarop de faciliteit betrekking heeft, indien de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolging had willen faciliteren.¹³⁷

In lijn met de beredenering van Stevens oordeelt De Beer dat voor de uitsluiting van preferente aandelen een solide basis ontbreekt. De wetgever sluit bij de BOR immers aan bij het aanmerkelijkbelangregime, terwijl dit regime – zoals Stevens ook op heeft gemerkt – niets met reëel ondernemerschap te maken. Een louter economisch belang bij een vennootschap kan derhalve toegang verschaffen tot de BOR. De enige reden om preferente aandelen uit te sluiten is de beperkte winstgerechtigdheid. De Beer is dan ook van mening dat er geen reden is om de enkele beperktere winstgerechtigdheid als doorslaggevend criterium te hanteren. De BOR begunstigt immers ook de overgang van zuivere economische belangen, zonder dat sprake is van reële bedrijfsopvolging.¹³⁸

Daarnaast betogen Van Vijfeijken en Gubbels dat met de afwijkende regeling voor preferente aandelen een onevenwichtig systeem is ontstaan. Zo is de wetgever van mening dat houders van preferente aandelen slechts als kapitaalverschaffers kunnen worden beschouwd, omdat zij feitelijk niets anders zijn dan financiers van de onderneming. Voor de toepassing van de Wet IB 2001 worden preferente aandelen echter als aandelen en niet als vreemd vermogen behandeld. Van Vijfeijken en Gubbels stellen daarmee de vraag waarom een 5%-pakket van preferente aandelen wel onder de aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 2001 valt, maar vervolgens niet deelt in de BOR. Bovendien zou het voor de hand liggen om de preferente aandelen voor de toepassing van de BOR aan te merken als privévermogen nu de preferente aandelen als vreemd vermogen worden beschouwd, en daarvoor dus geen faciliteit te bieden. Preferente aandelen worden nu echter aangemerkt als privévermogen, maar krijgen in een bijzondere variant tóch de faciliteit.¹³⁹

De toets die hier echter moet worden aangelegd is of de uitsluiting van preferente aandelen voor de toepassing van de BOR in lijn is met de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Daarvoor is het van belang om te begrijpen waarom preferente aandelen überhaupt ooit onder het aanmerkelijkbelangregime zijn gebracht. In eerste instantie waren preferente aandelen vrijgesteld van het aanmerkelijkbelangregime,

¹³⁶ S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

¹³⁷ S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

¹³⁸ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

¹³⁹ I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht S&E11.2.0.D.c Preferente aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

omdat ze niet de reserves van de vennootschap vertegenwoordigden.¹⁴⁰ Echter, nadat veel belastingplichtigen preferente aandelen begonnen te gebruiken om het aanmerkelijkbelangregime te omzeilen, werden deze alsnog onder het aanmerkelijkbelangregime gebracht. Hierdoor blijven preferente aandeelhouders financiers, en kunnen ze niet worden beschouwd als 'ondernemers'. Ik ben het derhalve met Van den Dool, Hoogeveen, Lejour & Stevens eens dat de BOR dan ook alleen zou moeten worden voorbehouden aan aandeelhouders die aandelen bezitten die vol meedoen in de resultaten; net zoals voor een IB-ondernemer het geval is.¹⁴¹

Het is dus duidelijk dat het bij preferente aandelen alleen om die aandelen zou moeten gaan die in wezen financieringsaandelen vormen. De Beer trekt echter in twijfel of het terecht is dat de wetgever preferente aandelen overeen vindt komen met een lening en derhalve als belegging kwalificeert. Zo stelt de Beer: "Het gegeven dat het rendement winstafhankelijk is, de aandelen een ander risicoprofiel kennen ten opzichte van vreemd vermogen alsmede het feit dat deze aandelen stemrechten bezitten, wordt kennelijk niet van belang geacht."¹⁴² Naar mijn mening zou dus een materiële toets moeten worden aangelegd om te bepalen of een aandeel als preferent dient te worden gekwalificeerd. Dit vergt dus geen toets aan de statuten. In lijn met Van den Dool, Hoogeveen, Lejour & Stevens ben ik van mening dat alleen aandelen die materieel gezien primair een financieringsfunctie vervullen en ook met dat doel zijn gecreëerd, moeten worden gezien als een preferent aandeel in de zin van de BOR.¹⁴³

Op basis van de bovengenoemde argumentatie ben ik van oordeel dat de uitsluiting van preferente aandelen voor toepassing van de BOR doeltreffend is, mits deze als financieringsaandelen kunnen worden beschouwd. De kwalificatie van een preferent aandeel als financieringsaandeel vergt echter een materiële toets.

3.3.1.7 Indirecte belangen

De wetgever wenst een indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk te behandelen als de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam.¹⁴⁴ Om deze reden wordt ten aanzien van de consolidatieregeling voor het indirect aanmerkelijk belang aansluiting gezocht bij het 'echt' aanmerkelijk belang ex artikel 4.6 Wet IB 2001. Zoals ik al in paragraaf 3.3.1.1 betoogd heb, ben ik van mening dat de 5%-grens te laag is om van echt ondernemerschap te kunnen spreken. Deze redenering geldt tevens voor het indirecte belang van 5%. Hetzelfde geldt ook voor de indirect gehouden winstbewijzen, certificaten, vruchtgebruikersrechten, koopopties op aandelen en soort-aanmerkelijk belang.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Zie hierover uitgebreid M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?', in: P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

¹⁴¹ R.P. van den Dool, M. Hoogeveen, A.M. Lejour & S.A. Stevens, 'De fiscale positie van de dga', *TFO* 2023/184.1.

¹⁴² A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

¹⁴³ R.P. van den Dool, M. Hoogeveen, A.M. Lejour & S.A. Stevens, 'De fiscale positie van de dga', *TFO* 2023/184.1.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45.

¹⁴⁵ Voor de argumentatie verwijs ik terug naar paragrafen 3.3.1.1 en 3.3.1.2.

Ten aanzien van het indirecte meesleep- en meetrek-aanmerkelijk belang speelt de discussie of deze zijn uitgesloten voor toepassing van de BOR. In tegenstelling tot een direct aanmerkelijk belang op grond van de meesleepregeling, is een direct aanmerkelijk belang op grond van de meetrekregeling uitgezonderd van toepassing van de BOR.

In de literatuur speelt de discussie of dit tevens geldt voor de indirect gehouden belangen. Artikel 35c lid 5 SW 1956 spreekt van een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001. Aangezien de meesleepregeling ex artikel 4.9 Wet IB 2001 en de meetrekregeling ex artikel 4.10 Wet IB 2001 in die afdeling zijn opgenomen, wekt dit de indruk dat het indirecte meesleep- en meetrek-aanmerkelijk belang beide niet zijn uitgezonderd voor toepassing van de BOR. Daarnaast is Van der Kroon van mening dat het indirect gehouden meetrek-aanmerkelijk belang niet is uitgesloten voor toepassing van de BOR, omdat het niet – net zoals het directe meetrek-aanmerkelijk belang – expliciet is uitgezonderd voor toepassing van de BOR.¹⁴⁶ Desondanks ben ik van mening dat zowel een indirect gehouden aanmerkelijk belang op grond van de meesleepregeling als op grond van de meetrekregeling zijn uitgezonderd voor toepassing van de BOR. Op basis van de tekst van artikel 4.9 en 4.10 Wet IB 2001 worden enkel overige aandelen of winstbewijzen in die vennootschap meegesleept dan wel meegetrokken indien de belastingplichtige (dan wel zijn partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn) reeds een aanmerkelijk belang had. In beide artikelen wordt niet gesproken over het direct of indirect houden van aandelen zoals dat bijvoorbeeld wel het geval is in artikel 4.6 en 4.7 Wet IB 2001. Ik ben derhalve van mening dat uit de teksten van artikel 4.9 en 4.10 Wet IB 2001 blijkt dat alleen direct gehouden belangen kunnen worden meegesleept dan wel meegetrokken.¹⁴⁷ Vervolgens is dan de vraag of dit doeltreffend is.

Ten aanzien van het directe gehouden meesleep-aanmerkelijk belang heb ik in paragraaf 3.3.1.4 betoogd dat kwalificatie ervan voor toepassing van de BOR in lijn is met de doelstelling van de wetgever om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Indien de belastingplichtige al een aanmerkelijk belang heeft en zo – volgens de opvatting van de wetgever – al een ondernemer is, zie ik geen reden om zijn overige aandelen en winstbewijzen in dezelfde vennootschap buiten aanmerking te houden. Deze redenering kan mijns inziens worden doorgetrokken naar het indirect gehouden meesleep-aanmerkelijk belang. Om die reden ben ik van mening dat de uitsluiting van het indirect gehouden meesleep-aanmerkelijk belang niet doeltreffend is.

Ten aanzien van het indirect gehouden meetrek-aanmerkelijk belang ben ik net als bij het direct gehouden meetrek-aanmerkelijk belang van mening dat uitzondering ervan voor toepassing van de BOR in overeenstemming is met de doelstelling om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. In paragraaf 3.3.1.5 kwam ik immers al tot de conclusie dat een meetrekaanmerkelijkbelanghouder naar mijn mening niet enkel om het feit dat een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner een aanmerkelijk belang in de vennootschap houdt, als ondernemer kan worden aangemerkt. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een indirect gehouden meetrek-aanmerkelijk belang.

¹⁴⁶ M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110.

¹⁴⁷ Zie hierover ook P.G.H. Albert, 'Indirect aanmerkelijk belang en BOR', *WFR* 2017/121 en D. Fluijt, 'De BOR: indirecte aandachtspunten, direct oppassen!', *KWEP* 2016/29.

3.3.1.8 Indirect verwaterde belangen

De huidige verwateringsregeling van artikel 35c lid 5 onderdeel b SW 1956 was aanvankelijk niet opgenomen, omdat de wetgever de BOR alleen van toepassing wilde laten zijn als de schenker of erflater een 'echt' aanmerkelijk belang had. Alleen bij een belang van minimaal 5% was de aandeelhouder volgens de wetgever aan te merken als ondernemer. Nadat de wetgever vanuit diverse belangenorganisaties kritiek kreeg op zijn visie dat alleen sprake is van ondernemerschap bij een belang van minimaal 5%, heeft de wetgever eerst het fictief aanmerkelijk belang onder de toepassing van de BOR gebracht. Later heeft de wetgever met artikel 35c lid 5 onderdeel b SW 1956 tevens het verwaterde aanmerkelijk belang onder de toepassing van de BOR gebracht. In de toelichting geeft de staatssecretaris aan dat de praktijk het signaal heeft afgegeven dat familiebedrijven in grote problemen komen in situaties waarin het directe belang in de holding door verervingen verwaterd, waardoor het indirecte belang in de werkmaatschappij ook verwaterd. Hierdoor zou toerekening niet langer mogelijk zijn. De staatssecretaris acht dit ongewenst voor de situaties waarin de aandeelhouder louter en alleen door wijzigingen in zijn privé-situatie door de grens van 5% zakt.¹⁴⁸ Met dit standpunt van de staatssecretaris ben ik het eens.

Desondanks is de wetgever op veel kritiek gestuit ten aanzien van het indirect verwaterd belang. Zo had het volgens Hoogeveen en Lindehof voor de hand gelegen om de BOR bij directe en indirecte belangen onder dezelfde voorwaarden van toepassing te laten zijn, nu de wetgever van mening is dat zowel een direct als een indirect belang van minder dan 5% moet kwalificeren voor de BOR. De voorwaarden voor toepassing van de verwateringsregeling gelden nu niet voor een fictief aanmerkelijk belang.¹⁴⁹

Daarnaast kan de vraag ook hier gesteld worden of bij de onderneming wel liquiditeitsproblemen ontstaan, indien een dergelijk klein belang wordt geschonken of vererft. Bovendien heeft de BOR als doelstelling uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Ik heb in paragraaf 3.3.1.1 reeds betoogd dat ik van mening ben dat geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging indien het gaat om slechts een belang van 5%. Deze redenering kan naar mijn mening tevens worden doorgetrokken naar de indirecte verwaterde belangen, waar het om nog kleinere belangen gaat. De overgang van een dergelijk klein belang kan mijns inziens niet als een reële bedrijfsopvolging worden aangemerkt. Om deze redenen ben ik van mening dat de toepassing van de BOR voor indirect verwaterde belangen niet in overeenstemming met de doelstelling is om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

3.4. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is geanalyseerd wanneer sprake is van een verkrijging van een kwalificerend belang voor de BOR om zo een antwoord te formuleren op de tweede deelvraag: *“Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

¹⁴⁸ *Kamerstukken I*, 2009/10, 31 930, F, p. 81-82.

¹⁴⁹ M.J. Hoogeveen & R.C.G. Lindehof, 'Toerekenen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016', *MBB* 2017/10.

Voor de toepassing van de BOR moeten de verkregen vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker behoren tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001. Kort gezegd is op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 sprake van een aanmerkelijk belang bij een belang van tenminste 5%. Ook een soort aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet IB 2001 kwalificeert voor de BOR. De BOR is ook van toepassing op de verkrijging van aandelen die bij de erflater of schenker tot een meesleep-aanmerkelijk belang ex artikel 4.9 Wet IB 2001 en een fictief aanmerkelijk belang ex artikel 4.11 Wet IB 2001 behoren. Een meetrek-aanmerkelijk belang ex artikel 4.10 Wet IB 2001 kwalificeert niet, omdat de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders volgens de wetgever geen ondernemers zijn.

De verkrijging van preferente aandelen kwalificeert in beginsel niet voor toepassing van de BOR, omdat de preferent aandeelhouder door de wetgever niet als ondernemer maar als kapitaalverschaffer wordt aangemerkt. Een uitzondering geldt voor preferente aandelen die zijn ontstaan bij een gefaseerde bedrijfsopvolging. Hiervoor gelden aanvullende voorwaarden, waarmee de wetgever wil bereiken dat slechts reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd.

De wetgever wenst directe en indirecte aanmerkelijk belangen zoveel mogelijk gelijk te behandelen. Om die reden is in artikel 35c lid 5 SW 1956 opgenomen dat de materiële onderneming van de (klein)dochtermaatschappij onder voorwaarden mag worden toegerekend aan de vennootschap waarin de aandeelhouder een direct aanmerkelijk belang heeft. Toerekening van bezittingen en schulden aan een holdingvennootschap vindt onder voorwaarden plaats voor lichamen waarin de erflater of schenker een indirect belang heeft van kleiner dan 5%, maar ten minste 0,5%.

In het tweede deel van dit hoofdstuk is getoetst in hoeverre de kwalificatie van het kwalificerende belang in de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren past. Aan de hand van deze toetsing werd een antwoord geformuleerd op de derde deelvraag: *“In hoeverre past de kwalificatie van het begrip kwalificerend aandelenbelang bij de doelstelling van de wetgever ten aanzien van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

De doelstelling van de BOR is het voorkomen dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid een bedreiging vormt voor reële bedrijfsopvolgingen. In deze scriptie zijn de volgende criteria gehanteerd waaraan een reële bedrijfsopvolging moet voldoen:

1. de overdrager geeft als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt uit dien hoofde de winstgevendheid van die onderneming (betrokkenheids criterium);
2. de overdrager heeft – via zijn (aanmerkelijkbelang-)aandelenbelang in de vennootschap – recht op de winsten van de vennootschap en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt (winstgevendheids criterium);
3. de opvolger zet de positie van de overdrager voort (opvolgings criterium).

Ten aanzien van het 5%-criterium ben ik van mening dat dit criterium aanzienlijk te laag is om van ‘echt’ ondernemerschap te kunnen spreken. De aanmerkelijkbelangstatus an sich heeft weinig met ondernemerschap te maken zoals dat in economisch en maatschappelijk opzicht

geldt. Een aanmerkelijkbelanghouder met een aandelenbelang van slechts 5% geeft geen leiding als (mede)beleidsbepaler aan de onderneming van de vennootschap en kan uit dien hoofde de winstgevendheid ervan niet beïnvloeden. Ten aanzien van het opvolgingscriterium kan worden opgemerkt dat de erfflater of schenker geen enkele rol hoeft te hebben vervuld binnen de feitelijke ondernemingsuitoefening. Hetzelfde geldt voor de opvolger. Bovendien is de BOR in het leven geroepen om te voorkomen dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Men kan zich terecht afvragen of liquiditeitsproblemen zullen ontstaan bij een belang van slechts 5%. In vergelijking met andere landen zoals Duitsland en Vlaanderen hanteert Nederland ook een beduidend lager bezitspercentage. Om die reden ben ik van mening dat aansluiting bij een bezitspercentage van 5% aanzienlijk te laag is en niet in overeenstemming met de doelstelling van de wetgever is. Ook het louter bezit van een aanmerkelijk belang als kwalificerend belang voor de toepassing van BOR acht ik niet in lijn met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Doordat het 'soort-aanmerkelijk belang' tevens voor de toepassing van de BOR kwalificeert, kunnen zelfs nog kleinere belangen in aanmerking worden genomen. Van 'echt' ondernemerschap is dan al helemaal geen sprake. Het kwalificeren van het soort-aanmerkelijk belang als een kwalificerend belang voor toepassing van de BOR draagt dan ook niet bij aan de doelstelling uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Dat de wetgever heeft gekozen om aandelen die door middel van de meesleepregeling tot een aanmerkelijk belang behoren onder het toepassingsbereik van de BOR te brengen, is in overeenstemming met de doelstelling. De overige aandelen of winstbewijzen van een belastingplichtige kunnen immers alleen het aanmerkelijk belang in worden getrokken indien de belastingplichtige al een aanmerkelijk belang had, en zo volgens de opvatting van de wetgever als ondernemer voor de BOR werd aangemerkt.

De kwalificatie van het fictief aanmerkelijk belang en het meetrek-aanmerkelijk belang tot kwalificerend belang voor toepassing van de BOR is niet in lijn met de doelstelling. Een fictief aanmerkelijkbelanghouder is immers geen ondernemer voor de BOR. Het feit dat de schenker of erfflater in het verleden ooit een 'echt' aanmerkelijk belang heeft gehad, maakt hem op het moment van schenken of vererven nog geen ondernemer voor de toepassing van de BOR. Bovendien bezitten fictief aanmerkelijkbelanghouders per definitie een belang van minder dan 5%. Een meetrekaanmerkelijkbelanghouder kan mijns inziens niet als ondernemer worden aangemerkt enkel om het feit dat een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner een aanmerkelijk belang in de vennootschap houdt.

Ten aanzien van preferente aandelen ben ik van mening dat de uitsluiting ervan voor toepassing van de BOR doeltreffend is, mits deze als financieringsaandelen kunnen worden aangemerkt. De kwalificatie van een preferent aandeel als financieringsaandeel vergt echter een materiële toets.

Naar mijn mening is zowel een indirect gehouden aanmerkelijk belang op grond van de meesleepregeling als op grond van de meetrekregeling uitgezonderd voor toepassing van de BOR. Net als ten aanzien van het direct gehouden meesleep-aanmerkelijk belang ben ik van mening dat het indirect gehouden meesleep-aanmerkelijk belang voor toepassing van de BOR

in aanmerking zou moeten komen. De uitsluiting ervan acht ik dus niet doeltreffend. De uitzondering van het indirect gehouden meetrek-aanmerkelijk belang voor toepassing van de BOR acht ik in overeenstemming met de doelstelling. Ten aanzien van de verwateringsregeling voor indirecte belangen ben ik van mening dat deze niet doeltreffend is.

Gegeven de analyse van dit hoofdstuk waaruit blijkt dat het kwalificerend belang voor de toepassing van de BOR op bepaalde punten niet doeltreffend is, zullen in de volgende hoofdstukken de bedrijfsopvolgingsregelingen van Vlaanderen en Duitsland worden onderzocht en geanalyseerd om vast te stellen welke elementen daarvan kunnen worden benut om de Nederlandse BOR beter in lijn te brengen met haar doelstelling.

Hoofdstuk 4: De Vlaamse gunstmaatregel

4.1 Inleiding

Als gevolg van het eerste Vlaamse decreet van 20 december 1996 zijn afzonderlijke successierechtelijke tarieven, vrijstellingen en daarmee samenhangende bedrijfsopvolgingsregelingen in het Vlaamse, Waalse en Brusselse Gewest ontstaan. Van de Belgische BOR kan derhalve niet gesproken worden. Zoals in de afbakening van deze scriptie al is aangegeven, wordt alleen stil gestaan bij de Vlaamse BOR. In dit hoofdstuk wordt na een korte introductie van de systematiek van de Vlaamse schenk- en erfbelasting de vormgeving en ontwikkeling van de Vlaamse gunstmaatregel uiteengezet. In de vijfde paragraaf van dit hoofdstuk wordt vervolgens de doelstelling van de regeling besproken. Aansluitend wordt in de zesde paragraaf geanalyseerd wanneer sprake is van een verkrijging van een kwalificerend belang voor de Vlaamse gunstregeling. Aangezien voor deze scriptie louter het gunstregime voor familiale vennootschappen van belang is, wordt het gunstregime voor familiale ondernemingen buiten beschouwing gelaten. Aan de hand van die paragrafen worden antwoorden op de vierde en vijfde deelvraag van deze scriptie geformuleerd: *“Wat is de doelstelling van de Vlaamse gunstregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?”* en *“Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Vlaamse gunstregeling?”*

4.2 Systematiek van de Vlaamse schenk- en erfbelasting

De belastingplicht en heffingsgrondslag zoals opgenomen in hoofdstuk 7 (Erfbelasting) en hoofdstuk 8 (Schenkbelasting) van de VCF is voor wat betreft de belastingplicht en de heffingsgrondslag vergelijkbaar met die in de Nederlandse SW 1956. Zo wordt het successierecht en het recht van overgang gevestigd op de goederen die overgaan ingevolge het overlijden.¹⁵⁰ Het successierecht wordt gevestigd op de waarde van alles wat uit de nalatenschap van een rijksinwoner wordt verkregen.¹⁵¹ Indien de overledene op het moment van overlijden in Vlaanderen woonachtig was, is de Vlaamse erfbelasting van toepassing. Belastingplichtige is degene die erfgenaam, legataris, of begiftigde is of, in voorkomend geval, de onbeheerde nalatenschap.¹⁵²

Schenkbelasting wordt geheven naar aanleiding van de registratie of de verplichting tot registratie van akten of geschriften die tot bewijs strekken van een schenking onder de levenden.¹⁵³ Voor de schenkbelasting is de begiftigde belastingplichtig.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Artikel 2.7.1.0.2. VCF.

¹⁵¹ Artikel 2.7.3.1.1. VCF.

¹⁵² Artikel 2.7.2.0.1. VCF.

¹⁵³ Artikel 2.8.2.0.1. VCF.

¹⁵⁴ Artikel 2.8.2.0.1. VCF.

4.3 Ontwikkeling en vormgeving van de Vlaamse gunstmaatregel

Na een aanbeveling van de Europese Commissie om de overdracht binnen de familie te garanderen door te voorkomen dat het erf- of schenkingsrecht het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengt¹⁵⁵, heeft Vlaanderen in 1997 de gunstmaatregel geïntroduceerd. Op grond van deze regeling werd de verkrijging krachtens erfrecht van een familiale onderneming of van aandelen in een familiale vennootschap onder voorwaarden belast tegen een lager tarief van 3% in plaats van 30%. De Vlaamse wetgever had een drietal doelstellingen van de gunstregeling opgesteld. De eerste en daarmee tevens de belangrijkste doelstelling betrof het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen en zo een duurzame tewerkstelling realiseren. Daarnaast wilde de Vlaamse wetgever bewerkstelligen dat aandelen op vrijwillige basis opnieuw in de officiële sfeer werden gebracht. Aandelen werden destijds in de anonimiteit gehouden, waarna aangifte verzuimd werd. Door het successierecht drastisch te verlagen tot 3%, zou de drempel voor aangiften in gelijke mate worden verlaagd. De derde doelstelling betrof het overbodig maken van allerlei constructies, in binnen- en vooral buitenland, louter met het oog op vermindering van het successierecht. Dergelijke constructies kosten immers tijd en aandacht, en brengen de aandelen in de quasi-onofficiële sfeer, wat nadelig is voor de economie.¹⁵⁶ In 2000 werd het verlaagde 3%-tarief vervangen door een volledige vrijstelling.¹⁵⁷ Vanaf 1 januari 1999 werd ook de overdracht van een familiale onderneming of de aandelen in een familiale vennootschap krachtens schenking onder de gunstmaatregel gebracht. Na een aantal wijzigingen is uiteindelijk op 1 januari 2012 de huidige Vlaamse Gunstmaatregel in werking getreden.

4.4 Huidige Vlaamse gunstmaatregel

De gunstregelingen voor erven en schenken zijn in de Vlaamse gunstregeling verschillend. Met de huidige regeling wordt een overgang van een familiale vennootschap of aandelen in een familiale vennootschap bij overlijden niet langer gunstiger behandeld dan een overgang bij schenking, maar juist andersom. Dit heeft de Vlaamse wetgever gedaan om het bedrijfsleven te stimuleren om zich actief met opvolging bezig te houden door bij leven zoveel mogelijk kennis over te dragen.¹⁵⁸ Het gunstregime voor de overgang krachtens erfrecht is geregeld in hoofdstuk 7 van de VCF¹⁵⁹. Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, geldt voor verkrijgingen in de rechte lijn en tussen partners een tarief van 3%. Voor verkrijgingen tussen andere personen geldt een tarief van 7%.¹⁶⁰ Op grond van artikel 2.7.4.2.2. VCF wordt het toepasselijke tarief geheven over de netto verkrijging.¹⁶¹

¹⁵⁵ Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, nr. 94/1069/EG.

¹⁵⁶ Vlaams Parlement, Stuk 428 (1996-1997), nr. 1, p. 7-8.

¹⁵⁷ Decreet van 22 december 1999 – decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2000 (1), artikel 60bis.

¹⁵⁸ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 24.

¹⁵⁹ Artikel 2.7.4.2.2. tot en met 2.7.4.2.4. VCF.

¹⁶⁰ Artikel 2.7.4.2.2. § 1 VCF.

¹⁶¹ Het gaat volgens artikel 60bis §1 en §9 Wetboek der Successierechten (Vlaams Gewest) om de waarde van beroepsmatig geïnvesteerde activa (in geval van een eenmanszaak) en (certificaten van) aandelen of vorderingen (in geval van een vennootschap) verminderd met de schulden, behoudens schulden die specifiek zijn aangegaan om andere goederen te verwerven of te behouden.

Het gunstregime voor de overgang krachtens schenking is geregeld in hoofdstuk 8 van de VCF¹⁶². Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, kan de familiale vennootschap of de aandelen in een familiale vennootschap zonder heffing van schenkbelasting geschonken worden. Ondanks het verschil in type faciliteit onder de Vlaamse regeling tussen schenking en overlijden (vrijstelling versus verlaagd tarief) heeft de Vlaamse wetgever er wel voor gekozen de voorwaarden¹⁶³ voor toepassing van de faciliteiten bij schenking en overlijden gelijk te houden, om de algemene transparantie te verhogen. Na een grondige evaluatie van het systeem tot aan 2012 bleek namelijk dat beide maatregelen onderbenut werden, enerzijds door hun complexiteit en anderzijds door het feit dat zij onvoldoende gekend waren bij de burger.¹⁶⁴

Om de Vlaamse gunstregeling goed te kunnen beoordelen en deze te vergelijken met de Nederlandse BOR is het van belang het doel van de Vlaamse wetgever te kennen. Het doel dat een overheid heeft met een faciliteit is uiteindelijk immers medebepalend voor de vormgeving van een faciliteit.¹⁶⁵ Om die reden wordt in de volgende paragraaf de doelstelling van de Vlaamse gunstmaatregel besproken.

4.5 Doelstelling van de Vlaamse gunstmaatregel

Zoals in paragraaf 4.3 reeds besproken is, tracht de Vlaamse wetgever met de Vlaamse gunstmaatregel drie doelstellingen te realiseren. De eerste en daarmee tevens de belangrijkste doelstelling betrof het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen en zo een duurzame tewerkstelling realiseren. Daarnaast wilde de Vlaamse wetgever bewerkstelligen dat aandelen op vrijwillige basis opnieuw in de officiële sfeer werden gebracht. De derde doelstelling betrof het overbodig maken van allerlei constructies, in binnen- en vooral buitenland, louter met het oog op vermindering van het successierecht.¹⁶⁶ De nadruk werd gelegd op een verlaging en een vrijstelling van successierechten, omdat ervan werd uitgegaan dat vooral hoge rechten de continuïteit van ondernemingen in gevaar brachten.

Nadat uit studies is gebleken dat het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten – doordat de bedrijfsleider deze niet aan een opvolger heeft (kunnen) overbrengen – de continuïteit van de onderneming tevens in gevaar kan brengen, heeft de Vlaamse wetgever per 1 januari 2012 haar doelstellingen verder uitgebreid.¹⁶⁷ De Vlaamse wetgever wenst bedrijfsleiders te stimuleren om zich actief met hun opvolging bezig te houden door bij leven zoveel mogelijk kennis over te dragen. De Vlaamse wetgever tracht deze doelstelling te realiseren door middel van een vrijstelling in de schenkingsrechten. Teneinde te vermijden dat de continuïteit van ondernemingen, van wie de bedrijfsleider niet bij leven in zijn opvolging heeft voorzien, in het gedrang komt na diens overlijden, is een verlaagd tarief voor erfbelasting opgenomen.

¹⁶² Artikel 2.8.6.0.3. tot en met 2.8.6.0.7. VCF.

¹⁶³ Deze voorwaarden worden in paragraaf 4.5 besproken.

¹⁶⁴ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 24.

¹⁶⁵ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', WFR 2022/20.

¹⁶⁶ Vlaams Parlement, Stuk 428 (1996-1997), nr. 1, p. 7-8.

¹⁶⁷ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 24.

Hoofddoelstelling blijft nog steeds het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen en zo een duurzame tewerkstelling garanderen.¹⁶⁸

4.5.1 Vlaamse en Nederlandse doelstellingen met elkaar vergeleken

Zoals in paragraaf 2.4 reeds besproken, vormt de continuïteitsgedachte sinds de invoering van de betalingsregeling de kern van de Nederlandse BOR. De doelstelling van de Nederlandse wetgever betreft dan ook het voorkomen dat een onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Deze continuïteitsgedachte zien we ook terug in de doelstelling van de Vlaamse wetgever. Beide wetgevers achten het onwenselijk dat een onderneming gedwongen moet worden gestaakt of verkocht om de schenk- of erfbelasting te kunnen voldoen, zonder dat de resultaten van de onderneming de beweegredenen daarvoor zijn. Het feit dat in beide doelstellingen de continuïteitsgedachte expliciet benoemd wordt, is niet verwonderlijk. Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten hebben immers als voornaamste doel het voorkomen dat de continuïteit van een onderneming in gevaar komt als gevolg van de schenk- en erfbelasting.¹⁶⁹ De Vlaamse wetgever wenst met de Vlaamse gunstregel daarnaast ook een duurzame tewerkstelling te garanderen.

Waar de Nederlandse wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen wenst te faciliteren, spreekt de Vlaamse wetgever van uitsluitend die familiale vennootschappen die een maatschappelijke meerwaarde genereren. Het is volgens de Vlaamse wetgever niet de bedoeling om private personen die hun privaat patrimonium in vennootschappen onderbrengen (de zogenaamde 'patrimoniumvennootschappen') en derhalve niet de bedoeling hebben een economische (maatschappelijke) ondernemingswaarde te creëren, van de gunstmaatregelen te laten meegenieten.¹⁷⁰ Beide wetgevers wensen dus slechts bedrijfsopvolgingen te faciliteren waarbij sprake is van een echte onderneming.

Een belangrijk verschil tussen de doelstellingen van de Nederlandse en Vlaamse wetgever is dat de Nederlandse wetgever bij de vormgeving van de BOR zo min mogelijk verschil wenst te maken tussen bedrijfsopvolgingen bij leven en die als gevolg van overlijden.¹⁷¹ De Vlaamse wetgever wenst overdrachten bij leven echter te stimuleren, door de heffing van schenkbelasting onder voorwaarden in zijn geheel achterwege te laten bij een schenking van (aandelen in) een familiale vennootschap.

4.6 Kwalificerend aandelenbelang

Volgens de Vlaamse gunstregeling wordt van schenkbelasting vrijgesteld de schenking van de volle eigendom, de blote eigendom of het vruchtgebruik van aandelen van een familiale vennootschap met zetel van werkelijke leiding in een van de staten van de Europese Economische Ruimte (hierna: EER), op voorwaarde dat de aandelen van de vennootschap die op het ogenblik van de schenking onder de levenden in volle eigendom toebehoren aan de

¹⁶⁸ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 24.

¹⁶⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', WFR 2022/20.

¹⁷⁰ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 25.

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

schenker en zijn familie, ten minste 50% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen.¹⁷² Voor het verlaagde tarief bij overlijden geldt een vergelijkbare bepaling.¹⁷³

Of sprake is van een kwalificerend belang is dus afhankelijk van het aandelenbelang en het stemrecht dat de schenker of erflater samen met zijn familie in een familiale vennootschap bezit.¹⁷⁴

4.6.1 Participatievoorwaarde

De schenker of erflater moet voldoen aan de participatievoorwaarde. Op basis van deze voorwaarde moeten de geschonken of vererfde aandelen van de vennootschap die op het moment van schenking dan wel overlijden in volle eigendom toebehoren aan de schenker of erflater en zijn familie, ten minste 50% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen.¹⁷⁵ Indien de schenker of erflater en zijn familie aan de volgende voorwaarden voldoen, wordt de participatievoorwaarde gesteld op 30%:

1. de schenker of erflater en zijn familie zijn samen met één andere aandeelhouder en zijn familie volle eigenaar van de aandelen van de vennootschap die minstens 70% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen;
2. de schenker of erflater en zijn familie zijn samen met twee andere aandeelhouders en hun familie volle eigenaar van de aandelen van de vennootschap die minstens 90% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen.

Hiermee wordt bewerkstelligd dat een vennootschap met drie familietakken ook in aanmerking kan komen voor de vrijstelling of vermindering.¹⁷⁶

Als familieleden worden aangemerkt de partner, de verwanten in rechte lijn alsmede hun partners, de zijverwanten tot en met de tweede graad en hun partners en de kinderen van broers en zussen van de schenker, erflater of aandeelhouder.¹⁷⁷

Onder aandelen wordt het volgende verstaan:

- a) als de familiale vennootschap een naamloze vennootschap, een Europese vennootschap of een Europese coöperatieve vennootschap is, dan wel een vennootschap met een andere rechtsvorm waarvoor het Belgische of buitenlands recht dat haar beheerst, voorziet in een vergelijkbaar begrip: elk deelbewijs met stemrecht dat een deel van het kapitaal vertegenwoordigt¹⁷⁸;

¹⁷² Artikel 2.8.6.0.3. § 1, ten tweede VCF.

¹⁷³ Hierbij is de term 'schenking' vervangen door 'netto verkrijging' en 'de schenking onder de levenden' door 'overlijden' (artikel 2.7.4.2.2. § 1, ten tweede VCF).

¹⁷⁴ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', WFR 2022/20.

¹⁷⁵ Artikel 2.7.4.2.2. § 1, ten tweede, en 2.8.6.0.3. § 1, ten tweede, VCF.

¹⁷⁶ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 25.

¹⁷⁷ Artikel 2.7.4.2.2. § 2, ten vierde, en 2.8.6.0.3. § 2, ten vierde, VCF. Aandeelhouder als vermeld in bovenstaande opsomming onder 1 en 2.

¹⁷⁸ Als de vennootschap een vorm heeft waarvoor het Belgische of buitenlandse recht dat de vennootschap beheerst, niet voorziet in het begrip kapitaal of een vergelijkbaar begrip, geldt een afzonderlijke bepaling (zie artikel 2.7.4.2.2. § 1, ten derde, en 2.8.6.0.3. § 1, ten derde, VCF).

- b) de certificaten van aandelen, uitgereikt door rechtspersonen met een zetel in een van de staten van de EER, ter vertegenwoordiging van aandelen van familiale vennootschappen die aan de gestelde voorwaarden voldoen en waarvan de rechtspersoon de verplichting heeft om de dividenden en andere vermogensvoordelen onmiddellijk en uiterlijk binnen een maand door te storten aan de certificaathouder.

Aandelen kwalificeren dus alleen voor het Vlaamse gunstregime indien aan de aandelen stemrecht is gekoppeld. Dit heeft als reden dat de schenker of erflater volgens de Vlaamse wetgever dient te beschikken over de controle van de onderneming en dus over aandelen waaraan een stemrecht gekoppeld is. Om diezelfde reden is vereist dat de schenker of erflater over de volle eigendom van de aandelen beschikt. Indien de schenker of erflater over de volle eigendom van aandelen (met stemrecht) beschikt, kan hij vrij kiezen om naar gelang het een schenking of erfenis betreft de volle eigendom, blote eigendom dan wel vruchtgebruik van de aandelen over te dragen.¹⁷⁹ Het is overigens niet zo dat de begiftigde/verkrijger de volle eigendom moet verkrijgen om te kwalificeren voor het gunstregime. Ook schenking van de blote eigendom of het vruchtgebruik kwalificeert voor de vrijstelling.¹⁸⁰ De Vlaamse wetgever heeft hiervoor gekozen omdat uit studies bleek dat bedrijfsleiders niet altijd klaar zijn om de zeggenschap definitief uit handen te geven, hetgeen het schenken afremt. Het toelaten van de verkrijging van blote eigendom staat de bedrijfsleider toe om de zeggenschap in de vennootschap voorlopig te behouden.¹⁸¹ Tegelijkertijd zorgt dit ervoor dat in opvolging wordt voorzien.¹⁸²

Zoals uit de bovenstaande opsomming blijkt heeft de Vlaamse wetgever er bewust voor gekozen om ook certificaten van aandelen te laten kwalificeren voor de vrijstelling, terwijl de certificaathouders in beginsel geen stemrecht toekomen. Bij een certificering van aandelen is het stemrecht immers ondergebracht bij een andere partij (doorgaans in een Belgische Private Stichting of een Nederlandse Stichting Administratiekantoor (hierna: STAK)).¹⁸³

In tegenstelling tot de Nederlandse BOR kent de Vlaamse gunstregeling geen aparte regeling voor preferente aandelen. In Vlaanderen kwalificeren preferente aandelen met stemrecht dus voor toepassing van de gunstregeling.

¹⁷⁹ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 24-25.

¹⁸⁰ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20.

¹⁸¹ In artikel 5:22 van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen is bepaald dat de vruchtgebruiker van effecten alle aan die effecten verbonden rechten uitoefent, tenzij bijvoorbeeld de statuten of een testament anders bepalen. Aldus kan de blote eigendom worden geschonken waarbij het vruchtgebruik wordt voorbehouden. Zo behoudt de schenker het stemrecht en geniet deze ook de inkomsten. Zie Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20.

¹⁸² Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 25.

¹⁸³ Aangezien de Belgische Private Stichting minder flexibel is dan een Nederlandse STAK wordt in de praktijk veelal gebruik gemaakt van een STAK opgericht naar Nederlands recht. Zie hierover L. Lievens, 'De Stichting Administratiekantoor (STAK) Controlebehoud bij overdracht van het familiebedrijf', van Lievens & Co Consulting, geraadpleegd via: https://www.lievens.be/sites/default/files/editor-uploads/2015_02_de_stichting_administratiekantoor.pdf.

4.6.2 Familiale vennootschap

Op basis van de participatievoorwaarde moeten de geschonken of vererfde aandelen van de *familiale vennootschap* kort gezegd 50% van de stemrechten in die familiale vennootschap vertegenwoordigen. Onder een familiale vennootschap wordt krachtens artikel 2.8.6.0.3. § 2 ten tweede VCF verstaan: een vennootschap die de uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwactiviteit, of van een vrij beroep tot voorwerp heeft en uitoefent. Dit moet blijken uit de doelstelling uit de statuten van de vennootschap. Daarnaast moet de vennootschap de dergelijke activiteit ook daadwerkelijk uitoefenen, hetgeen aangetoond dient te worden.¹⁸⁴ Uit jurisprudentie¹⁸⁵ blijkt dat de begrippen 'nijverheids-, handels-, ambachts-, of landbouwactiviteit', en een 'vrij beroep' enerzijds de uitoefening van een economische activiteit vertolkt, maar anderzijds zich niet uitstrekt tot een louter passief optreden. Het louter beheer van roerende of onroerende goederen of het verkrijgen en aanhouden van aandelen of deelbewijzen zal niet worden aanvaard als een economische activiteit.¹⁸⁶ Dit vereiste zien we ook terug in de doelstelling van de Vlaamse wetgever om enkel die familiale vennootschappen gebruik te laten maken van het gunstregime die een maatschappelijke meerwaarde creëren.¹⁸⁷ Er moet dus sprake zijn van een actieve vennootschap. In het vervolg van deze scriptie wordt bovenstaande aangeduid als het vereiste van een actieve vennootschap. Een uitzondering geldt voor de holdingvennootschap, welke in paragraaf 4.6.3 aan de orde komt.

Daarnaast moet de familiale vennootschap een reële economische activiteit uitoefenen. Vennootschappen die geen reële economische activiteit hebben, worden uitgesloten van de vrijstelling dan wel vermindering van het tarief. Een vennootschap wordt geacht geen reële economische activiteit te hebben als uit de balansposten van minstens een van de drie boekjaren die voorafgaan aan de datum van de authentieke akte van schenking dan wel het overlijden van de erflater, cumulatief blijkt dat:

- a) de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen een percentage uitmaken dat gelijk is aan of lager is dan 1,50% van de totale activa; en
- b) de terreinen en gebouwen meer dan 50% uitmaken van het totale actief. De verkrijger/begiftigde kan het tegenbewijs daarvan leveren.¹⁸⁸

In tegenstelling tot de Nederlandse BOR, maakt de Vlaamse gunstregeling overigens geen onderscheid tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Als sprake is van een kwalificerend aandelenbelang in een familiale vennootschap is de gunstregeling van toepassing.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 12-13.

¹⁸⁵ Cass. 15 oktober 1998, nr. 445.

¹⁸⁶ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 12.

¹⁸⁷ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 25.

¹⁸⁸ Artikel 2.8.6.0.3. § 2 ten tweede, derde en vierde zin VCF.

¹⁸⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', WFR 2022/20.

4.6.3 Holdingstructuren.

Een vennootschap die niet voldoet aan het vereiste van een actieve vennootschap, kan toch worden beschouwd als een familiale vennootschap indien zij aandelen bezit die minstens 30% van de stemrechten van een directe dochtervennootschap vertegenwoordigen. Deze dochtervennootschap moet wel aan het vereiste van een actieve vennootschap voldoen en haar zetel van werkelijke leiding hebben in een van de staten van de EER.¹⁹⁰ In het vervolg van deze scriptie wordt een dergelijke holdingvennootschap aangeduid als een passieve holdingvennootschap. Een holdingvennootschap die zelf voldoet aan het vereiste van een actieve vennootschap, wordt in het vervolg van deze scriptie aangeduid als actieve holdingvennootschap.

4.6.3.1 Passieve holdingvennootschap

De toetsing aan de twee parameters voor een reële economische activiteit zoals in paragraaf 4.6.2 beschreven, vindt voor een passieve holdingvennootschap plaats op het niveau van de geconsolideerde jaarrekening van de volledige groep.¹⁹¹

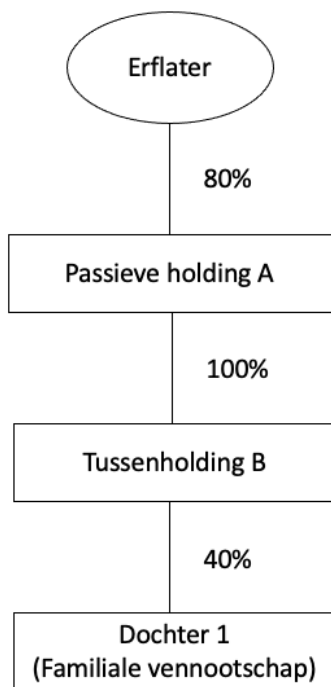
Een holdingvennootschap die zelf niet aan het vereiste van een actieve vennootschap voldoet en geen participatie heeft van minstens 30% in een directe dochtervennootschap binnen de EER die wel aan het vereiste voldoet, kan niet worden beschouwd als een familiale vennootschap wanneer er nog een tussenholdingvennootschap tussen de holdingvennootschap en de dochtervennootschap zit. Om de holdingvennootschap als familiale vennootschap aan te merken, moet de tussenholdingvennootschap namelijk ook aan het vereiste van een actieve vennootschap voldoen.¹⁹² De holdingvennootschap moet immers minimaal 30% in één directe actieve dochtervennootschap bezitten.

¹⁹⁰ Artikel 2.8.6.0.3. § 2, ten tweede, VCF.

¹⁹¹ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 17.

¹⁹² Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 21.

Deze situatie is in onderstaand figuur weergegeven.



Tigelaar-Klootwijk merkt hierbij naar mijn mening terecht op dat dit de neutraliteit niet ten goede komt. Het kan immers wenselijk zijn om bijvoorbeeld in familiale verhoudingen gebruik te maken van een passieve tussenholding om zo bijvoorbeeld een afwijkende dividendpolitiek te voeren.¹⁹³

De vrijstelling of het verlaagd tarief wordt beperkt tot de waarde van de aandelen van de holding in de onderliggende actieve dochtervennootschappen die hun zetel van werkelijke leiding in een van de lidstaten van de EER hebben. De Vlaamse wetgever heeft het kwalificerend vermogen niet beperkt tot enkel de directe actieve dochtervennootschappen waarin de holding een participatie van minstens 30% heeft, maar ook de waarde van alle actieve (klein)dochtervennootschappen die hun zetel van werkelijke leiding in de EER hebben, komt in aanmerking.¹⁹⁴ Het is voor de passieve holdingvennootschap derhalve voldoende om een belang van ten minste 30% te hebben in één directe actieve dochtervennootschap, om ook de overige actieve (klein)dochtervennootschappen op te nemen in de gunstregeling.

4.6.3.2 Actieve holdingvennootschap

Voor een actieve holdingvennootschap vindt de toetsing aan de twee parameters voor een reële economische activiteit zoals in paragraaf 4.6.2 beschreven plaats op het niveau van de holding. In tegenstelling tot de toetsing bij een passieve holdingvennootschap, speelt de geconsolideerde jaarrekening hierbij geen rol.¹⁹⁵

¹⁹³ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', WFR 2022/20.

¹⁹⁴ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 28.

¹⁹⁵ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 22 en 23.

Daarnaast wordt voor een actieve holdingvennootschap de vrijstelling niet beperkt tot de waarde van de aandelen in de actieve dochtervennootschappen. De vaststelling van de hoogte van de vrijstelling geschiedt dan op basis van de waarde van de actieve holdingvennootschap zelf.¹⁹⁶

4.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk stond de Vlaamse gunstmaatregel centraal. Aan de hand van een grondige analyse van de Vlaamse gunstmaatregel en de doelstelling(en) van de Vlaamse wetgever van die regel is een antwoord geformuleerd op de vierde en vijfde deelvraag: *“Wat is de doelstelling van de Vlaamse gunstregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld”* en *“Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Vlaamse gunstregeling”*

Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, wordt op basis van het Vlaamse gunstregime de verkrijging van aandelen in een familiale vennootschap krachtens schenking of vererving vrijgesteld respectievelijk tegen een verlaagd tarief belast. Met de invoering van de Vlaamse gunstregeling trachtte de Vlaamse wetgever drie doelstellingen te realiseren. De eerste doelstelling betrof het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen en zo een duurzame tewerkstelling realiseren. Daarnaast wilde de Vlaamse wetgever bewerkstelligen dat aandelen op vrijwillige basis opnieuw in de officiële sfeer werden gebracht. De derde doelstelling betrof het overbodig maken van allerlei constructies in binnen- en vooral buitenland, louter met het oog op vermindering van het successierecht. Nadat uit studies is gebleken dat het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten – doordat de bedrijfsleider deze niet aan een opvolger heeft (kunnen) overbrengen – de continuïteit van de onderneming tevens in gevaar kan brengen, heeft de Vlaamse wetgever per 1 januari 2012 haar doelstellingen verder uitgebreid. De Vlaamse wetgever wenst bedrijfsleiders te stimuleren om zich actief met hun opvolging bezig te houden door bij leven zoveel mogelijk kennis over te dragen. Deze doelstelling uit zich in de gunstigere behandeling voor verkrijgingen krachtens schenking ten opzichte van verkrijgingen krachtens vererving. Dit is gelijk ook het belangrijkste verschil tussen de doelstellingen van de Nederlandse en de Vlaamse wetgever. De Nederlandse wetgever wenst bij de vormgeving van de BOR immers zo min mogelijk verschil te maken tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van overlijden.

De continuïteitsgedachte komt zowel in de Nederlandse als in de Vlaamse doelstelling voor de desbetreffende bedrijfsopvolgingsregelingen terug. Dit is niet verwonderlijk, aangezien bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als voornaamste doel hebben om te voorkomen dat de continuïteit van ondernemingen in gevaar komt als gevolg van de schenk- en erfbelasting.

Waar de Nederlandse wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen wenst te faciliteren, wil de Vlaamse wetgever alleen die familiale vennootschappen faciliteren die een maatschappelijke meerwaarde genereren. Beide wetgevers wensen dus enkel bedrijfsovergangen te faciliteren waarbij sprake is van een echte onderneming.

¹⁹⁶ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 29.

Of sprake is van een kwalificerend belang is afhankelijk van het aandelenbelang en het stemrecht dat de schenker of erflater samen met zijn familie in een familiale vennootschap bezit. Zo moet de schenker of erflater voldoen aan de participatievoorwaarde. Deze voorwaarde stelt dat de geschonken of vererfde aandelen die op het moment van schenking dan wel overlijden in volle eigendom toebehoren aan de schenker of erflater en zijn familie, ten minste 50% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen. Om te bewerkstelligen dat een vennootschap met drie familietakken ook in aanmerking kan komen voor de vrijstelling of vermindering, kan onder voorwaarden het percentage verlaagd worden naar 30%.

Aandelen kwalificeren uitsluitend voor het Vlaamse gunstregime als aan de aandelen stemrecht gekoppeld is, omdat de schenker of erflater volgens de Vlaamse wetgever dient te beschikken over de controle van de onderneming en dus over aandelen waaraan stemrecht gekoppeld is. Om diezelfde reden is vereist dat de schenker of erflater over de volle eigendom van de aandelen beschikt. Aangezien uit studies bleek dat bedrijfsleiders niet altijd klaar zijn om de zeggenschap definitief uit handen te geven, kwalificeert ook de schenking van blote eigendom of vruchtgebruik van de aandelen.

Uitsluitend aandelen in een familiale vennootschap kunnen in aanmerking komen voor de Vlaamse gunstregeling. Een familiale vennootschap is een vennootschap die de uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwactiviteit, of van een vrij beroep tot voorwerp heeft en uitoefent. Er moet sprake zijn van een actieve vennootschap. Een uitzondering geldt voor holdingvennootschappen. Voor holdingvennootschappen is voldoende dat zij 30% van de stemrechten van één directe actieve dochtervennootschap houden.

Tot slot moet de familiale vennootschap een reële economische activiteit uitoefenen. De toetsing hiervan vindt voor passieve holdingvennootschappen plaats op het niveau van de geconsolideerde jaarrekening van de volledige groep. Voor een actieve holdingvennootschap vindt de toetsing plaats op het niveau van de holding zelf.

In het volgende hoofdstuk wordt de Duitse BOR geanalyseerd.

Hoofdstuk 5: De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling

5.1 Inleiding

Naast Nederland en Vlaanderen kent ook Duitsland sinds 2009 een BOR in de Duitse ErbStG.

In dit hoofdstuk wordt eerst een korte introductie van de systematiek van de Duitse schenk- en erfbelasting gegeven. Vervolgens wordt de vormgeving en ontwikkeling van de ErbStG uiteengezet. In de vijfde paragraaf van dit hoofdstuk wordt de doelstelling van de ErbStG besproken. Daarna wordt geanalyseerd wanneer sprake is van een verkrijging van een kwalificerend belang voor de Duitse ErbStG. Aan de hand van die paragrafen worden antwoorden op de volgende deelvragen van deze scriptie geformuleerd: *“Wat is doelstelling van de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?”* en *“Wanneer is sprake van een verkrijging van een kwalificerend aandelenbelang voor de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

5.2 Systematiek van de Duitse schenk- en erfbelasting

De Duitse belastingwetgeving met betrekking tot schenken en erven is opgenomen in de ErbStG. De opzet van de ErbStG is in essentie vergelijkbaar met de Nederlandse SW 1956. Op grond van §1 ErbStG zijn verkrijgingen krachtens erfrecht, schenkingen tijdens leven en zogenoemde *Zweckzuwendungen* onderworpen aan de Duitse schenk- en erfbelasting. Zweckzuwendungen betreffen alle vormen van subsidies en giften waarbij de erflater of schenker een bepaald doel aan de gift heeft gekoppeld.¹⁹⁷ Deze vermogensoverdracht voor specifieke doeleinden komt in de praktijk nauwelijks voor.¹⁹⁸

De belastingplicht voor de ErbStG is anders dan in Nederland zowel gekoppeld aan de hoedanigheid van de erflater/schenker als aan die van de erfgenaam/begiftigde. Zo geldt de ongelimiteerde binnenlandse belastingplicht voor zowel de erflater/schenker als voor de verkrijger en is gebaseerd op het hebben van een woon- of vaste verblijfplaats in Duitsland (*Inländer*).¹⁹⁹ De ErbStG knoopt dus in beginsel aan bij het woonplaatsbeginsel, waarbij deze vanuit twee perspectieven wordt gezien. Het woonplaatsbegrip is zeer uitgebreid waardoor alleen de beschikbaarheid van een woning al kan leiden tot belastingplicht voor de erf- en schenkbelasting, ongeacht het aantal dagen dat men daadwerkelijk in de woning verblijft. De term *Inländer* omvat daarnaast ook alle personen die de Duitse nationaliteit hebben, waardoor ook het nationaliteitsbeginsel van toepassing is bij de heffing van Duitse schenk- en erfbelasting.

¹⁹⁷ § 8 ErbStG.

¹⁹⁸ M.C.J. Oliemans, ‘De herziening van de erf- en schenkbelasting in Duitsland’, *KWEP* 2010/53.

¹⁹⁹ § 2 ErbStG.

5.3 Ontwikkeling en vormgeving van de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling

De Duitse BOR is in het verleden meermalen gewijzigd, omdat het meerdere keren in strijd met de Duitse Grondwet werd verklaard. Zo oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* (hierna: BVerfG) op 7 november 2006 dat de toen geldende regeling op grond waarvan de ErbStG voor verschillende vermogensbestanddelen verschillende waarderingsmethodes voorschreef in strijd was met de Grondwet, omdat sprake was van ongeoorloofde discriminatie van verschillende vermogensbestanddelen.²⁰⁰ Als gevolg van deze uitspraak is de BOR in 2009 herzien en opgenomen in de ErbStG. De ratio van de regeling betrof het behoud van de werkgelegenheid. Deze doelstelling was opgenomen in de eis dat de onderneming gedurende de voortzettingsperiode moest voldoen aan een minimale omvang van de loonkosten ten opzichte van de referentieperiode. De wetgever achtte de loonkosten een geschikte indicator voor de voortzetting van het bedrijf en het behoud van de werkgelegenheid.

Op 17 december 2014 oordeelde het BVerfG dat de Duitse BOR onverenigbaar is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.²⁰¹ Het BVerfG oordeelde dat de BOR in beginsel een legitiem doel dient dat verenigbaar is met de Grondwet. Met de BOR wordt immers getracht de liquiditeitsproblemen die kunnen ontstaan als gevolg van de te betalen erf- of schenkbelasting bij de verkrijging van ondernemingsvermogen te voorkomen en zo werkgelegenheid te behouden. Het BVerfG oordeelde voorts dat vrijstellingen voor het heffingsobject of belastingtarief moeten kunnen worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel en dat deze een zakelijke grondslag moeten hebben. Hierbij neemt de rechtvaardigingseis toe met de aard en omvang van de vrijstelling. Vanwege het feit dat bij de regeling geen bovengrens was opgenomen, konden bedrijven met een zeer grote waarde belastingvrij worden overgedragen. Deze grote belastingvrijstelling leidde tot een grotere en ongerechtvaardigde ongelijke behandeling ten opzichte van privévermogen. Volgens het BVerfG was het belastingprivilege met betrekking tot de onbelaste vererving van ondernemingsvermogen niet gerechtvaardigd voor zover de vrijstelling zag op grote ondernemingen, waarvoor de feitelijke noodzaak van de vrijstelling ontbreekt.²⁰²

De BOR kon voor kleine en middelgrote ondernemingen dus grotendeels blijven bestaan, maar voor grotere ondernemingen diende de regeling te worden aangepast.

5.4 Huidige Duitse bedrijfsopvolgingsregeling

De huidige Duitse BOR kent net als de Nederlandse BOR vrijstellingsfaciliteiten waarvoor voortzettingsvereisten gelden. Hiermee is ook de Duitse faciliteit een voorwaardelijke vrijstelling. De verkrijger van kwalificerend vermogen kan kiezen tussen de zogenoemde *Regelverschonung* (85%-vrijstelling) en de *Optionsverschonung* (100%-vrijstelling).

²⁰⁰ Bundesverfassungsgericht 7 november 2006, 1 BvL 10/2.

²⁰¹ Anders dan in Nederland mag in Duitsland het Bundesverfassungsgericht de wetten toetsen aan de Grondwet.

²⁰² Bundesverfassungsgericht 17 december 2014, 1 BvL 21/12. Zie hierover ook T.C. Hoogwout, 'FTV 2015/8 – Duitse bedrijfsopvolgingsregeling voor de schenk- en erfbelasting is strijdig met het gelijkheidsbeginsel', *FTV* 2015/8.

5.4.1 Regelverschonung (85%-vrijstelling)

Op basis van de Regelverschonung blijft, onder voorwaarden, 85% van het kwalificerend vermogen in de zin van § 13b lid 2 ErbStG onbelast, indien de verkrijging van het kwalificerend vermogen in totaal niet meer bedraagt dan € 26 miljoen.²⁰³ Het resterende deel van het kwalificerend vermogen blijft vervolgens buiten de heffing voor zover de totale waarde niet hoger is dan € 150.000 (*Abzugsbetrag*).²⁰⁴ Dit heeft tot gevolg dat indien het kwalificerend vermogen niet hoger is dan € 1.000.000 er geen heffing plaatsvindt. Indien het resterende deel van het kwalificerend vermogen de waardegrens van € 150.000 overschrijdt, wordt het aftrekbare bedrag van € 150.000 verminderd met 50% van het bedrag dat de € 150.000 te boven gaat.²⁰⁵ Bij een resterend bedrag aan kwalificerend vermogen van meer dan € 450.000 bedraagt het Abzugsbetrag dus nihil. Met het Abzugsbetrag wordt voorkomen dat voor kleine ondernemingen moet worden beoordeeld of vermogensbestanddelen tot het ondernemings- dan wel beleggingsvermogen behoren.²⁰⁶ Het Abzugsbetrag kan slechts eenmaal in aanmerking worden genomen binnen een periode van tien jaar.²⁰⁷ Voor het resterende niet-vrijgestelde deel kan de verkrijger een beroep doen op de betalingsfaciliteit (paragraaf 5.4.5).²⁰⁸

5.4.2 Optionsverschonung (100%-vrijstelling)

In plaats van de bovengenoemde 85%-vrijstelling, kan de verkrijger onder voorwaarden ook kiezen voor een 100%-vrijstelling. Het potentieel kwalificerende vermogen mag in dat geval niet voor meer dan 20% bestaan uit het op grond van § 13b lid 3 en 4 ErbStG bepaalde beleggingsvermogen (*Verwaltungsvermögensquote*).²⁰⁹ Indien wordt gekozen voor de Optionsverschonung moet in vergelijking met de Regelverschonung aan zwaardere voortzettingsvereisten worden voldaan.

5.4.3 Grens van € 26 miljoen

In tegenstelling tot de Nederlandse faciliteit, kent de Duitse faciliteit een bovengrens. Zowel de Optionsverschonung als de Regelverschonung zijn namelijk van toepassing tot een bedrag van € 26 miljoen aan kwalificerend vermogen. Omdat het BVerfG heeft geoordeeld dat een *Bedürfnisprüfung* van toepassing moet zijn in het geval de faciliteit voorziet in een vrijstelling voor grotere bedrijven²¹⁰, is de *Verschonungsbedarfsprüfung* in § 28a ErbStG opgenomen. Op grond van de *Verschonungsbedarfsprüfung* kan op verzoek van de verkrijger bij verkrijgingen van meer dan € 26 miljoen kwijtschelding verleend worden ten aanzien van de verschuldigde belasting over het verkregen vermogen, mits hij kan aantonen dat hij persoonlijk niet in staat is de belasting uit zijn beschikbare vermogen te betalen.²¹¹ Onder beschikbaar vermogen

²⁰³ § 13a lid 1 ErbStG.

²⁰⁴ § 13a lid 2 ErbStG.

²⁰⁵ § 13a lid 2 ErbStG.

²⁰⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

²⁰⁷ § 13a lid 2 ErbStG.

²⁰⁸ § 28 ErbStG.

²⁰⁹ § 13a lid 10 ErbStG.

²¹⁰ Bundesverfassungsgericht 17 december 2014, 1 BvL 21/12, Leitsätze 4b.

²¹¹ § 28a lid 1 ErbStG.

wordt op grond van § 28a lid 2 ErbStG verstaan 50% van de waarde van het niet-kwalificerende vermogen dat met de erfenis of schenking is overgedragen, alsmede vermogen dat ten tijde van het ontstaan van de belastingschuld al tot het vermogen van de verkrijger behoorde en als niet-kwalificerend vermogen zou moeten worden aangemerkt.

In het geval de grens van € 26 miljoen, in één keer dan wel binnen een periode van tien jaar bij meer verkrijgingen door dezelfde persoon wordt overschreden, kan de verkrijger ook kiezen voor het *Abschmelztarif*.²¹² Het vrijstellingspercentage van 85% (Regelverschonung) dan wel 100% (Optionverschonung) wordt dan met 1 procentpunt verminderd voor elke volle € 750.000 waarmee het kwalificerend vermogen van € 26 miljoen wordt overschreden. Voor de 85%-vrijstelling betekent dit dat de vrijstelling nihil bedraagt bij een vermogen van € 89,75 miljoen. Voor de 100%-vrijstelling geldt dat geen gebruik meer van de vrijstelling kan worden gemaakt indien het kwalificerend vermogen meer dan € 90 miljoen bedraagt.²¹³

5.4.4 Speciale regeling familiebedrijven

Op grond van § 13a lid 9 ErbStG bestaat een speciale regeling voor familiebedrijven (*Vorwegabschlag*). Op basis van deze regeling kan voordat het eerste lid van § 13a wordt toegepast gebruik worden gemaakt van een korting van maximaal 30% op het kwalificerend vermogen. Om voor deze korting in aanmerking te komen, moeten in de statuten de volgende cumulatieve voorwaarden zijn opgenomen die ertoe leiden dat:

1. het netto dividend niet meer bedraagt dan 37,5% van de nettowinst van de vennootschap minus de over deze winst verschuldigde inkomstenbelasting; en
2. de beschikking over het aandelenbelang in de vennootschap beperkt is tot medeaandeelhouders, familieleden in de zin van § 15 Abgabenordnung of, letterlijk vertaald, een familiestichting; en
3. in het geval van uittreding uit de vennootschap is voorzien in een bepaling waarin is opgenomen dat de vergoeding voor het aandelenbelang onder de waarde in het economische verkeer ligt.

Indien niet (meer) aan de voorwaarden wordt voldaan voor een periode van twintig jaar vanaf het ontstaan van de belastingschuld, komt de Vorwegabschlag met terugwerkende kracht te vervallen.²¹⁴

Deze faciliteit is opgenomen omdat de bedrijfsvoering van familiebedrijven doorgaans gericht is op bedrijfscontinuïteit op de lange termijn, waardoor aandelen in deze bedrijven vaak in dezelfde handen blijven. Verkrijgers van aandelen in grote familiebedrijven hebben een grotere behoefte aan facilitering, omdat met name bij grote familiebedrijven vennootschapsrechtelijke beperkingen van toepassing zijn. Het in de vennootschap aanwezige vermogen is doorgaans dan niet vrij beschikbaar voor de verkrijgers.²¹⁵

²¹² § 13c lid 1 ErbStG.

²¹³ § 13c lid 1 tweede volzin ErbStG.

²¹⁴ § 13a lid 9 ErbStG.

²¹⁵ Beschlussempfehlung Finanzausschuss Bundestag v. 22 juni 2016, BT-Drs. 18/8911, S. 38.

5.4.5 Uitstel van betaling

Net als de Nederlandse BOR bevat ook de Duitse BOR een regeling tot uitstel van betaling betreffende de te betalen belastingschuld uit een verkrijging van niet-kwalificerend ondernemingsvermogen.²¹⁶ Voor erfbelastingsschulden kan zeven jaar uitstel van betaling worden verkregen, waarvan het eerste jaar renteloos. De betalingsfaciliteit is dus uitgesloten voor schenkbelastingsschulden. Het uitstel vervalt indien gedurende de periode van het uitstel niet wordt voldaan aan de voortzettingsvereisten.²¹⁷

5.5 Doelstelling van de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling

Zoals in hoofdstuk 4 beschreven, is het doel dat een overheid heeft met een faciliteit uiteindelijk medebepalend voor de vormgeving van een faciliteit.²¹⁸ Om de Duitse BOR goed te kunnen beoordelen en te vergelijken met de Nederlandse BOR, is het daarom van belang de doelstelling van de Duitse wetgever te kennen. In deze paragraaf wordt daarom de doelstelling van de Duitse BOR beschreven.

Volgens de Duitse wetgever zou met de vrijstelling van het vennootschapsvermogen van erfenis en schenkbelasting de in de onderneming gecreëerde werkgelegenheid gestabiliseerd moeten worden. Stabiele werkgelegenheid vormt volgens de Duitse wetgever de basis voor de welvaart van brede lagen van de bevolking. Niet alleen bepaalde bedrijfsstructuren verdienen in deze context bepaalde bescherming, maar ook het gehele evenwichtige ondernemingslandschap in Duitsland. Het evenwichtige ondernemerslandschap is immers een garantie gebleken voor het behoud van de werkgelegenheid en daarmee voor de welvaart van de samenleving, vooral in tijden van crisis. Hierbij acht de Duitse wetgever het brede scala aan middelgrote en de vele familiebedrijven met name van belang. In deze context verdienen niet alleen bepaalde bedrijfsstructuren bescherming, maar ook het gehele ondernemingslandschap in Duitsland. Het veiligstellen van de bestaande werkgelegenheid in de bedrijven die worden overgedragen en het behoud van het typische Duitse ondernemingslandschap maken het noodzakelijk om bedrijfsopvolging in gevallen van erfenis en schenking te vergemakkelijken binnen de grenzen aangegeven door het BVerfG.²¹⁹

5.5.1 Duitse en Nederlandse doelstellingen met elkaar vergeleken

Voor de Duitse faciliteit vormt de werkgelegenheid dus een belangrijke overweging die ten grondslag aan de faciliteit ligt. In beginsel is de ratio van de Duitse faciliteit in lijn met die van de Nederlandse, namelijk dat de verschuldigde schenk- of erfbelasting bij een bedrijfsopvolging liquiditeitsproblemen kan meebrengen. Volgens de Nederlandse wetgever is de kern van de regeling dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de

²¹⁶ § 28 ErbStG.

²¹⁷ § 28 lid 1 ErbStG. Een bespreking van de voortzettingsvereisten blijft vanwege de beperkte omvang van deze scriptie buiten beschouwing. Zie voor een uitgebreide analyse van de voortzettingsvereisten Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2, paragraaf 5.

²¹⁸ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20.

²¹⁹ Gesetzentwurf Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5923, 7 september 2015, p. 16.

onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.²²⁰ De Nederlandse regeling sluit dus meer aan bij de (objectieve) ondernemingscontinuïteit, waarbij de Duitse regeling veel meer is gericht op persoonlijke situaties, zoals werkgelegenheid, zzp'ers en familiebedrijven.²²¹ In de motivering voor de Nederlandse BOR wordt het behoud van werkgelegenheid niet specifiek genoemd, maar meer in algemene zin het belang van economische bedrijvigheid, waarbij de continuïteit van de onderneming als geheel het uitgangspunt is.

5.6 Kwalificerend aandelenbelang

Een voorwaarde voor de toepassing van de Duitse BOR is dat de erflater of schenker een direct belang moet hebben van meer dan 25% in het nominale kapitaal van de vennootschap op het moment van overlijden dan wel schenken. Daarnaast dient die vennootschap ten tijde van het ontstaan van de belasting haar zetel of de leiding/directie in Duitsland of in een lidstaat van de Europese Unie of in een land van de EER te hebben.²²² In tegenstelling tot de voorwaarden voor de Nederlandse BOR, heeft de Duitse wetgever geen bezitstermijn opgenomen.

Net zoals de Vlaamse gunstregeling, kent ook de Duitse BOR – in tegenstelling tot de Nederlandse BOR – geen aparte regeling voor preferente aandelen. In Duitsland kwalificeren preferente aandelen dus in beginsel voor toepassing van de BOR.

5.6.1 Participatiegrens

Volgens de Duitse wetgever vormt de participatiegrens van 25% een indicatie dat de aandeelhouder ondernemend betrokken is bij de onderneming en niet alleen handelt als belegger. Daarmee hangt samen dat volgens de Duitse wetgever het voortbestaan van een vennootschap en de aan haar verbonden werkgelegenheid grotendeels onafhankelijk zijn van het aantal aandeelhouders. De Duitse wetgever erkent hier wel dat ook bedrijven die deel uitmaken van een familietraditie en aandeelhouders hebben die de 25%-grens niet halen, bijdragen aan het behoud van werkgelegenheid. Het meenemen van dergelijke kleine belangen zou echter leiden tot een onevenredige stijging van de administratieve lasten van zowel de Belastingdienst als de vennootschappen zelf.²²³

5.6.1.1 Familiebedrijven

Toch heeft de Duitse wetgever een uitzondering voor familiebedrijven geformuleerd, waardoor de erflater of schenker onder voorwaarden niet hoeft te voldoen aan de 25%-grens. In zogenaamde familievennootschappen, waarvan de aandelen over meerdere generaties zijn doorgegeven, bereiken de aandelen van de individuele familiale aandeelhouders vaak niet meer de minimale participatiegrens. De oprichters of opvolgers van het bedrijf hebben er echter vaak voor gezorgd dat de aandelen niet zomaar verkocht kunnen worden en dat de

²²⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

²²¹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

²²² § 13b lid 1 onderdeel 3 ErbStG.

²²³ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28. januari 2008, p. 35.

beslissende invloed van de familie behouden blijft. Aangezien hun ondernemingsprincipes en -praktijk een duidelijk tegenwicht voor beursgenoteerde bedrijven vormen en daarmee veel meer werkgelegenheidseffecten bereiken, acht de Duitse wetgever het passend om voor dergelijke situaties een uitzondering op de participatiegrens van 25% te maken.²²⁴

De uitzondering op de 25%-grens is aan de orde indien de erflater of schenker tezamen met andere aandeelhouders onderling verplicht zijn alleen gezamenlijk over de aandelen te beschikken of uitsluitend onder dezelfde verplichtingen aandelen aan anderen over te dragen en waarbij het stemrecht tegenover niet gebonden aandeelhouders volgens een eenheid moet worden uitgeoefend (*einheitliche Stimmrechtsausübung*).²²⁵ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat individuele aandeelhouders afzien van hun stemrecht of wanneer de aandelen stemrechtloos zijn.²²⁶ Het is niet vereist dat het beleid van de vennootschap uitsluitend door familiale aandeelhouders wordt gevoerd.²²⁷

5.6.2 Indirecte belangen

De Duitse BOR kent geen regels omtrent de door de erflater of schenker indirect gehouden belangen. Om voor de Duitse BOR in aanmerking te komen, dient de erflater of schenker een direct belang van ten minste 25% in een holdingvennootschap te houden. In tegenstelling tot de Nederlandse wetgever heeft de Duitse wetgever geen eisen gesteld aan de minimale grootte van een door de erflater of schenker gehouden indirect belang.

Wel is geregeld dat de holdingvennootschap een andere vennootschap alleen in de consolidatie mag betrekken indien de holdingvennootschap uiteindelijk een direct of indirect belang van meer dan 25% in een andere vennootschap bezit.²²⁸ Toerekening vindt dan plaats op basis van het belang dat indirect wordt gehouden.

Zoals besproken in paragraaf 3.2.2 is voor de Nederlandse regeling bepaald dat ingeval het lichaam direct of indirect een belang heeft in een ander lichaam de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van dat belang, aan eerstbedoeld lichaam mogen worden toegerekend. De erflater of schenker moet dan wel een indirect aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 in dat andere lichaam houden.

In tegenstelling tot de Nederlandse BOR, moet voor de Duitse BOR op alle niveaus voldaan worden aan de bezitseis van 25% in het nominale kapitaal. Voor de Nederlandse BOR geldt dat op het niveau van de aanmerkelijkbelanghouder beoordeeld moet worden of sprake is van een kwalificerend aanmerkelijk belang.²²⁹

²²⁴ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28. januari 2008, p. 35.

²²⁵ § 13b lid 1 onderdeel 3 ErbStG.

²²⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

²²⁷ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 35.

²²⁸ § 13b lid 9 ErbStG.

²²⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

5.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heeft de Duitse BOR centraal gestaan, waarbij aan de hand van een uiteenzetting en analyse van de regeling en de doelstelling(en) van de Duitse wetgever een antwoord geformuleerd is op de zesde en zevende deelvraag: *“Wat is de doelstelling van de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling en hoe heeft de regeling zich ontwikkeld?”* en *“Wanneer is sprake van een kwalificerend belang voor de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

De Duitse BOR is meermalen gewijzigd, omdat deze door het Bundesverfassungsgericht meerdere keren in strijd met de Duitse Grondwet werd verklaard. De huidige regeling betreft net als de Nederlandse BOR een voorwaardelijke vrijstelling, waarbij de verkrijger van kwalificerend vermogen kan kiezen tussen de Regelverschonung (85%-vrijstelling) en de Optionsverschonung (100%-vrijstelling). Hierbij geldt een bovengrens van € 26 miljoen. Bovendien bevat ook de Duitse BOR een betalingsfaciliteit ten aanzien van de te betalen erfbelastingsschuld uit een verkrijging van niet-kwalificerend ondernemingsvermogen. In tegenstelling tot de Nederlandse regeling, staat de betalingsfaciliteit voor de Duitse regeling uitsluitend open voor erfbelastingsschulden.

Omdat de bedrijfsvoering van familiebedrijven doorgaans gericht is op bedrijfscontinuïteit op de lange termijn en de aandelen in deze bedrijven vaak in dezelfde handen blijven, kent de Duitse BOR een speciale regel voor familiebedrijven. Op basis van deze regeling wordt een korting van maximaal 30% op het kwalificerend vermogen gegeven, mits aan de cumulatieve voorwaarden wordt voldaan.

Met de Duitse BOR wenst de Duitse wetgever de in de onderneming gecreëerde werkgelegenheid te stabiliseren, omdat stabiele werkgelegenheid de basis voor de welvaart van brede lagen van de bevolking vormt. De ratio van de Duitse faciliteit is in beginsel in lijn met die van de Nederlandse, namelijk dat de verschuldigde schenk- of erfbelasting bij een bedrijfsopvolging liquiditeitsproblemen kan opleveren. De Nederlandse regeling sluit echter meer aan bij de (objectieve) ondernemingscontinuïteit, waarbij de Duitse regeling veel meer gericht is op persoonlijke situaties, zoals werkgelegenheid, zzp'ers en familiebedrijven.

Een voorwaarde voor de toepassing van de Duitse BOR is dat de erflater of schenker een direct belang van 25% of meer in het nominale kapitaal van de vennootschap op het moment van overlijden dan wel schenken moet hebben. Volgens de Duitse wetgever vormt de participatiegrens van 25% een indicatie dat de aandeelhouder ondernemend betrokken is bij de onderneming en niet alleen handelt als belegger. Daarmee hangt samen dat volgens de Duitse wetgever het voortbestaan van een vennootschap en de aan haar verbonden werkgelegenheid grotendeels onafhankelijk zijn van het aantal aandeelhouders. Aangezien de aandelen in familiebedrijven vaak over meerdere generaties zijn doorgegeven, heeft de Duitse wetgever voor dergelijke bedrijven een uitzondering op de 25%-grens opgenomen. De uitzondering op de 25%-grens is aan de orde indien de erflater of schenker tezamen met andere aandeelhouders onderling verplicht zijn alleen gezamenlijk over de aandelen te beschikken of uitsluitend onder dezelfde verplichtingen aandelen aan anderen over te dragen en waarbij het stemrecht tegenover niet gebonden aandeelhouders volgens een eenheid moet worden uitgeoefend (einheitliche Stimmrechtsausübung).

In tegenstelling tot de Nederlandse BOR, kent de Duitse wetgeving geen specifieke regels omtrent indirecte belangen. Wel is geregeld dat de holdingvennootschap een andere vennootschap alleen in de consolidatie mag betrekken indien de holdingvennootschap uiteindelijk een direct of indirect belang van meer dan 25% in een andere vennootschap bezit.

Hoofdstuk 6: Rechtsvergelijking

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is de kwalificatie van het kwalificerend belang voor de Nederlandse BOR geanalyseerd. Het doel van deze analyse was het onderzoeken of de kwalificatie van het kwalificerend belang in lijn was met het doel van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Uit deze analyse is gebleken dat dit op bepaalde punten niet het geval is. Om een rechtsvergelijkend onderzoek te bieden zijn vervolgens in hoofdstukken 4 en 5 de kwalificatie van het kwalificerend belang voor respectievelijk de Vlaamse en de Duitse bedrijfsopvolgingsregelingen geanalyseerd. In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de kwalificatie van het kwalificerend belang voor de Nederlandse BOR verschilt ten opzichte van de Vlaamse en Duitse BOR. Na een analyse van deze verschillen en ratio's van de desbetreffende regelingen, wordt onderzocht welke onderdelen uit de Vlaamse en/of Duitse bedrijfsopvolgingsregelingen aanknopingspunten kunnen bieden om de Nederlandse BOR meer in lijn met haar doelstelling te brengen.

Op deze manier worden antwoorden op de achtste en negende deelvragen geformuleerd: *“In hoeverre verschilt de kwalificatie van het kwalificerend aandelenbelang voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling ten opzichte van de Vlaamse gunstmaatregel en de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling en is dit verschil te verklaren uit de ratio's van de desbetreffende regelingen?”* en *“Welke onderdelen uit de Vlaamse gunstregeling en de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling kunnen aanknopingspunten bieden voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

6.2 Kwalificerend aandelenbelang Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, betreft de doelstelling van de BOR van de Nederlandse wetgever het voorkomen dat schenk-of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid een bedreiging vormt voor reële bedrijfsopvolgingen. De wetgever wenst dus uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. De wetgever definieert een reële bedrijfsopvolging als een overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer', die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming 'als onderneming voortzet'.²³⁰

Bij de invulling van de doelstelling van het faciliteren van uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen is door de wetgever gesteld dat een opvolger als ondernemer betrokken is bij de onderneming, of als betrokken wordt aangemerkt, indien minimaal 5% van de aandelen in bezit zijn.²³¹ Hierbij heeft de wetgever wegens doelmatigheidsredenen aangesloten bij het aanmerkelijk belangbegrip uit afdeling 4.3 Wet IB 2001.²³² Volgens de wetgever wordt een aandeelhouder dus als ondernemer aangemerkt indien hij een aandelenbelang van tenminste 5% bezit.

²³⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

²³¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

²³² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 95.

De BOR is in beginsel dus van toepassing bij een aandelenbelang van ten minste 5%. De BOR is ook van toepassing op de verkrijging van aandelen die bij de erflater of schenker tot een meesleep-aanmerkelijk belang ex artikel 4.9 Wet IB 2001 en een fictief aanmerkelijk belang ex artikel 4.11 Wet IB 2001 behoren. Een meetrek-aanmerkelijk belang ex artikel 4.10 Wet IB 2001 kwalificeert niet, omdat de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders volgens de wetgever geen ondernemers zijn. Ook een soort-aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet IB 2001 kan kwalificeren voor toepassing van de BOR.

De verkrijging van preferente aandelen kwalificeert in beginsel niet voor toepassing van de BOR, omdat de preferent aandeelhouder door de wetgever niet als ondernemer maar als kapitaalverschaffer wordt aangemerkt. Een uitzondering geldt voor preferente aandelen die zijn ontstaan bij een gefaseerde bedrijfsopvolging. Hiervoor gelden aanvullende voorwaarden, waarmee de wetgever wil bereiken dat slechts reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd.

Ook een indirect aanmerkelijk belang kan in aanmerking komen voor toepassing van de BOR. Onder voorwaarden kan ook een indirect verwaterd aanmerkelijk belang in aanmerking komen.

Alhoewel aansluiting bij het aanmerkelijk belangregime uit afdeling 4.3 Wet IB 2001 doelmatig is²³³, draagt het niet bij aan de invulling van de doelstelling om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Zoals ik in hoofdstuk 3 betoog, heeft de aanmerkelijkbelangstatus an sich immers weinig te maken met het ondernemersbegrip zoals dat in economisch en maatschappelijk opzicht geldt. Bovendien geeft een aanmerkelijkbelanghouder met een aandelenbelang van slechts 5% geen leiding als (mede)beleidsbepaler aan de onderneming van de vennootschap en kan uit dien hoofde de winstgevendheid ervan niet beïnvloeden. Het 5%-criterium is mijns inziens derhalve aanzienlijk te laag om van 'echt' ondernemerschap te spreken.

Doordat het soort-aanmerkelijk belang tevens voor toepassing van de BOR kan kwalificeren, kunnen zelfs nog kleinere belangen in aanmerking worden genomen. Van een reële bedrijfsopvolging is mijns inziens dan al helemaal geen sprake. Hetzelfde geldt voor het fictief en meetrek-aanmerkelijk belang en de verwateringsregeling voor indirecte belangen.

6.3 Kwalificerend aandelenbelang Vlaamse gunstregeling

De continuïteitsgedachte die de kern vormt voor de Nederlandse BOR, zien we ook terug in de doelstelling van de Vlaamse wetgever. Met de invoering van de Vlaamse gunstregeling tracht de Vlaamse wetgever de continuïteit van Vlaamse ondernemingen namelijk te bevorderen en zo een duurzame tewerkstelling te realiseren. Beide wetgevers achten het onwenselijk dat een onderneming gedwongen moet worden gestaakt of verkocht om de schenk- of erfbelasting te kunnen voldoen, zonder dat de resultaten van de onderneming de beweegredenen daarvoor zijn. Waar de Nederlandse wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen wenst te faciliteren, spreekt de Vlaamse wetgever van alleen die familiale

²³³ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20.

vennootschappen die een maatschappelijke meerwaarde genereren. Het is volgens de Vlaamse wetgever niet de bedoeling om private personen die hun privaat patrimonium in vennootschappen onderbrengen (de zogenaamde 'patrimoniumvennootschappen') en derhalve niet de bedoeling hebben een economische (maatschappelijke) ondernemingswaarde te creëren van de gunstmaatregelen te laten meegenieten.²³⁴ Beide wetgevers wensen dus enkel bedrijfsovergangen te faciliteren waarbij sprake is van een 'echte' ondernemer.

Alhoewel beide wetgevers enkel bedrijfsovergangen wensen te faciliteren waarbij sprake is van een 'echte' ondernemer, stelt de Vlaamse wetgever een aanzienlijk strengere eis aan het kwalificerende aandelenbelang om voor de gunstregeling in aanmerking te komen. Of sprake is van een kwalificerend aandelenbelang is onder de Vlaamse gunstregeling afhankelijk van het aandelenbelang én het stemrecht dat de schenker of erflater samen met zijn familie in een familiale vennootschap heeft. Op basis van de participatievoorwaarde moeten de geschonken of vererfde aandelen van de vennootschap die op het moment van schenking dan wel overlijden in volle eigendom toebehoren aan de schenker of erflater en zijn familie, ten minste 50% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen. Om te bewerkstelligen dat een vennootschap met drie familietakken ook in aanmerking kan komen voor de vrijstelling of vermindering, kan onder voorwaarden het percentage verlaagd worden naar 30%.²³⁵ Voor holdingvennootschappen is voldoende dat zij 30% van de stemrechten van één directe actieve dochtervennootschap houden.²³⁶

Ook voor de toepassing van de Vlaamse gunstregeling wordt het ondernemingsbegrip dus gekoppeld aan een vereist aandelenpercentage. In tegenstelling tot de Nederlandse BOR moeten de aandelen daarnaast ook voldoende stemrecht in de vennootschap vertegenwoordigen. Dit heeft als reden dat de schenker of erflater volgens de Vlaamse wetgever dient te beschikken over de controle van de onderneming en dus over aandelen waaraan stemrecht gekoppeld is. Om diezelfde reden is vereist dat de schenker of erflater – in tegenstelling tot bij de Nederlandse BOR – over de volle eigendom van de aandelen beschikt. Tegenover een hoger bezitspercentage voor toepassing van de Vlaamse gunstregeling staat dat dit bezitspercentage tezamen met de familie van de schenker of erflater kan worden behaald. Voor de toepassing van de Nederlandse BOR dient de erflater of schenker individueel²³⁷ het aanmerkelijk belang percentage van 5% te behalen.

6.4 Kwalificerend aandelenbelang Duitse bedrijfsopvolgingsregeling

De ratio van de Duitse BOR ligt in beginsel in lijn met die van de Nederlandse, namelijk dat de verschuldigde schenk- en erfbelasting bij een bedrijfsopvolging liquiditeitsproblemen kan opleveren. Volgens de Duitse wetgever zou met de Duitse BOR de in de onderneming gecreëerde werkgelegenheid gestabiliseerd moeten worden. De werkgelegenheid vormt dus een belangrijke overweging die ten grondslag ligt aan de faciliteit. Waar de Nederlandse regeling meer aansluit bij de objectieve ondernemingscontinuïteit, is de Duitse regeling meer gericht op persoonlijke situaties, zoals werkgelegenheid, zzp'ers en familiebedrijven.

²³⁴ Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1, p. 25.

²³⁵ Zie hiervoor paragraaf 4.6.1.

²³⁶ Zie hiervoor paragraaf 4.6.3

²³⁷ De aandelen van de partner tellen op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 wel mee.

Een voorwaarde voor de toepassing van de Duitse BOR is dat de erflater of schenker een direct belang moet hebben van meer dan 25% in het nominale aandelenkapitaal van de vennootschap op het moment van overlijden dan wel schenken. Deze participatievoorwaarde vormt volgens de Duitse wetgever een indicatie dat de aandeelhouder ondernemend betrokken is bij de onderneming en niet alleen handelt als belegger. Ook de Duitse wetgever heeft het ondernemersbegrip dus gekoppeld aan een vereist aandelenpercentage. Net als bij de Vlaamse gunstregeling, is dit vereiste aandelenpercentage aanzienlijk hoger dan bij de Nederlandse BOR. In tegenstelling tot de Nederlandse BOR kent de Duitse BOR geen regels omtrent indirect gehouden belangen. Wel is geregeld dat de holdingvennootschap een andere vennootschap alleen in de consolidatie mag betrekken indien de holdingvennootschap uiteindelijk een direct of indirect belang van meer dan 25% in een ander vennootschap bezit.

Net als de Vlaamse wetgever heeft ook de Duitse wetgever een uitzondering op de participatiegrens voor familiebedrijven geformuleerd. Deze uitzondering is van toepassing indien de erflater of schenker tezamen met andere aandeelhouders onderling verplicht zijn alleen gezamenlijk over de aandelen te beschikken of uitsluitend onder dezelfde verplichtingen aandelen aan anderen over te dragen en waarbij het stemrecht tegenover niet gebonden aandeelhouders volgens een eenheid moet worden uitgeoefend (einheitliche Stimmrechtsausübung).²³⁸ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat individuele aandeelhouders afzien van hun stemrecht of wanneer de aandelen stemrechtloos zijn.²³⁹ Op deze manier komt de Duitse wetgever tegemoet aan de veelvoorkomende situatie bij familievennootschappen dat de individuele aandeelhouders het bezitspercentage niet meer bereiken, omdat de aandelen over meerdere generaties zijn doorgegeven. Aangezien de ondernemingsprincipes en -praktijk van familiebedrijven volgens de Duitse wetgever een duidelijk tegenwicht voor beursgenoteerde bedrijven vormen en daarmee veel meer werkgelegenheidseffecten bereiken, acht de Duitse wetgever een dergelijke uitzondering op de participatiegrens passend.

In tegenstelling tot de Nederlandse BOR sluit de Duitse BOR aan bij een aandeel in het nominale kapitaal. Winstbewijzen, opties op aandelen en vruchtgebruikersrechten lijken hiermee te zijn uitgesloten voor toepassing van de BOR.²⁴⁰

6.5 Voorstel tot wijziging BOR

Uit hoofdstuk 3 blijkt dat de kwalificatie van het begrip kwalificerend belang ten aanzien van de Nederlandse BOR niet volledig in lijn is met de doelstelling van de Nederlandse wetgever. In deze paragraaf wordt geanalyseerd of op basis van de Vlaamse en Duitse bedrijfsopvolgingsregelingen aanbevelingen gedaan kunnen worden voor doeltreffendere wetgeving. Zoals reeds aan de orde is gekomen betreft de doelstelling van de BOR van de Nederlandse wetgever het voorkomen dat schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid een bedreiging vormt voor reële bedrijfsopvolgingen. De wetgever wenst dus uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te

²³⁸ § 13b lid 1 onderdeel 3 ErbStG.

²³⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken', *TFO* 2020/169.2.

²⁴⁰ § 13b lid 1 onderdeel 3 ErbStG.

faciliteren. De wetgever definieert een reële bedrijfsopvolging als een overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer', die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming 'als onderneming voortzet'.²⁴¹

In deze scriptie zijn de volgende criteria gehanteerd waaraan een reële bedrijfsopvolging moet voldoen (zie paragraaf 3.3.1):

1. de overdrager geeft als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt uitdien hoofde de winstgevendheid van die onderneming (betrokkenheidscriterium);
2. de overdrager heeft – via zijn (aanmerkelijkbelang-)aandelenbelang in de vennootschap – recht op de winsten van de vennootschap en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt (winstgevendheidscriterium)
3. de opvolger zet de positie van de overdrager voort (opvolgingscriterium).²⁴²

Aan de hand van bovenstaande criteria wordt dus getoetst of er op basis van de Duitse en/of Vlaamse bedrijfsopvolgingsregelingen aanbevelingen kunnen worden gedaan voor doeltreffendere wetgeving ten aanzien van de Nederlandse BOR.

6.5.1 Verhoging bezitspercentage an sich?

In hoofdstuk 3 heb ik reeds toegelicht dat het 5%-criterium mijns inziens aanzienlijk te laag is om van 'echt' ondernemerschap te kunnen spreken en dat met dit criterium de bovenstaande aspecten van een reële bedrijfsopvolging niet terugkomen. Alhoewel Nederland, Vlaanderen en Duitsland alle drie voor het ondernemersbegrip aansluiting wensen te zoeken bij een bezitspercentage, heeft de Nederlandse wetgever een beduidend lager bezitspercentage gehanteerd.

Voorop moet worden gesteld dat in feite elke bezitsgrens arbitrair is. Het is immers van belang met welke intentie de aandelen gehouden worden. Aangezien het achterhalen van de intentie nagenoeg onmogelijk is en bovendien tot aanzienlijke uitvoeringslasten bij de Belastingdienst zal leiden, heeft een objectief criterium toch de voorkeur.²⁴³ Duidelijk is dat een te laag bezitspercentage oneigenlijk gebruik van de faciliteit in de hand werkt: de faciliteit zal vaker kunnen worden toegepast in gevallen waar geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Aan de andere kant zal aansluiting bij een te hoog bezitspercentage het gevolg hebben dat meer reële bedrijfsopvolgingen de faciliteit mislopen.

Mijns inziens is het Vlaamse bezitspercentage van 50% - al dan niet binnen familieverband – te hoog. Ook bij een lager bezitspercentage kan de overdrager immers als (mede)beleidsbepaler leidinggeven aan de onderneming van de vennootschap en de winstgevendheid van die onderneming uit dien hoofde beïnvloeden. Bovendien kan ook bij een lager percentage aan het winstgevendheidscriterium worden voldaan. In de volgende paragraaf wordt teruggekomen op de mogelijkheid om in lijn met de Vlaamse gunstregeling voor de berekening van het bezitspercentage aan te sluiten bij het aandelenbezit van de

²⁴¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 17.

²⁴² A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

²⁴³ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', Deventer: Kluwer 2013, p. 393.

erflater of schenker en diens familie tezamen. Het Duitse bezitspercentage van 25% vormt volgens de Duitse wetgever een indicatie dat de aandeelhouder ondernemend betrokken is bij de onderneming en niet alleen handelt als belegger.²⁴⁴ Ik kan mezelf vinden in de gedachtegang van de Duitse wetgever. Stubbe stelt naar aanleiding van het oude bezitspercentage voor een aanmerkelijk belang op grond van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 een belang van 1/3 in het nominale aandelenkapitaal voor.²⁴⁵ Tigelaar-Klootwijk stelt voor om het aanmerkelijkbelangcriterium an sich te verhogen naar minimaal 20%. Mijns inziens zal het gewenste bezitspercentage hiertussen liggen. De vaststelling van een exact bezitspercentage moet echter aan de wetgever worden gelaten. Hiervoor is nader onderzoek vereist.

6.5.1.1 Verhoogd bezitspercentage voor overdrager en verkrijger

Voor toepassing van de Nederlandse BOR is het voldoende dat de aandelen bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang hoorden. Ook voor de toepassing van de Duitse BOR geldt dat de erflater of schenker minimaal 25% van het nominale aandelenkapitaal moet bezitten.²⁴⁶ Voor toepassing van de Vlaamse gunstregeling wordt de voorwaarde gesteld dat de schenker of erflater en zijn familie tezamen ten minste 50% van de stemrechten in de vennootschap vertegenwoordigen.²⁴⁷ Indien vader 40% van de aandelen met stemrecht schenkt aan zijn zoon, en zijn zoon al 15% van de aandelen met stemrecht in zijn bezit had, wordt dus aan de participatievoorwaarde voldaan en kan de Vlaamse gunstregeling worden toegepast. Deze voorwaarde heeft veel weg van de meetrekregeling ex artikel 4.10 Wet IB 2001. De meetrekregeling is van toepassing wanneer de belastingplichtige zelf geen aanmerkelijk belang heeft, maar zijn bloed- of aanverwant in de rechte lijn wel een aanmerkelijk belang bezit. Als dit familielid een aanmerkelijk belang heeft, wordt het belang van de belastingplichtige ook gekwalificeerd als een aanmerkelijk belang. Zoals ik reeds in paragraaf 3.3.1.5 heb toegelicht kan een meetrekaanmerkelijkbelanghouder niet als ondernemer worden aangemerkt, louter om het feit dat een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige een aanmerkelijk belang houdt. Dezelfde redenering kan mijns inziens worden toegepast bij de vraag of bij de berekening van het bezitspercentage voor toepassing van de Nederlandse BOR ook moet worden aangesloten bij het aandelenbezit van de erflater of schenker en de familie tezamen. Ik zie daarom geen reden om het aandelenbezit van de erflater of schenker en zijn familie gezamenlijk mee te nemen bij het berekenen van het bezitspercentage.

De vraag die opkomt is of het (verhoogd) bezitspercentage een voorwaarde moet zijn die zowel ziet op de overdrager als op de verkrijger. Met andere woorden: moet zowel de overdrager als de verkrijger individueel een bepaald percentage aandelen bezitten dan wel verkrijgen. Naar mijn mening moet dit inderdaad het geval zijn. Op die manier wordt recht gedaan aan het opvolgingscriterium. Vanaf een bepaald bezitspercentage wordt de erflater of schenker immers geacht te kwalificeren als ondernemer. Op basis van het opvolgingscriterium dient de opvolger deze positie – de ondernemerspositie – van de

²⁴⁴ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28. januari 2008, p. 35.

²⁴⁵ J.P.M. Stubbé, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet', *NTFR Beschouwingen* 2008/3.

²⁴⁶ Dit volgt uit § 13b lid 1 onderdeel 3 ErbStG.

²⁴⁷ Artikel 2.8.6.0.3. § 1, ten tweede VCF.

overdrager voort te zetten. Naar mijn mening is hiervoor vereist dat de verkrijger dan ook voldoet aan het bezitspercentage om als opvolger – en derhalve als ondernemer – te kunnen worden aangemerkt.

6.5.1.2 Opvolgende verkrijgingen

De volgende vraag die opkomt is hoe dient te worden omgegaan met opvolgende verkrijgingen. Indien aansluiting wordt gezocht bij een hoger bezitspercentage als voorwaarde die zowel ziet op de verkrijger als op de overdrager, kunnen opvolgende verkrijgingen als onderdeel van een gefaseerde bedrijfsopvolging buiten de boot vallen. In de praktijk kan de volgende situatie zich voor doen. Stel vader houdt 100% van de aandelen in een vennootschap. Vader heeft twee kinderen en is voornemens zijn aandelen in de toekomst aan hen over te dragen. Vader wenst echter zijn aandelen geleidelijk aan zijn kinderen over te dragen. In het eerste jaar schenkt hij ieder van zijn kinderen 15% van de aandelen. In het tweede jaar schenkt hij ieder nog eens 15% van de aandelen. Stel vervolgens dat een bezitspercentage van 20% voor toepassing van de BOR geldt, die zowel ziet op de overdrager als op de verkrijger. In beginsel zou de BOR dan niet kunnen worden toegepast, omdat de kinderen telkens maar 15% geschonken krijgen. Deze situatie acht ik ongewenst. Om die reden ben ik van mening dat een uitzondering voor gefaseerde bedrijfsopvolgingen moet worden opgenomen. Bij de verkrijger moet derhalve het totale aandelenbezit in de onderneming in aanmerking worden genomen. In bovenstaand voorbeeld komen de kinderen van vader bij de schenking in jaar 2 dus voor toepassing van de BOR in aanmerking. Ze bezitten immers al 15% en krijgen er dan nog eens 15% bij. Aangezien zij dan 30% van de aandelen bezitten, voldoen zij ten aanzien van de tweede schenking aan het bezitspercentage en kunnen zij als ondernemer voor de BOR worden aangemerkt. Vanwege uitvoeringstechnische redenen en om te voorkomen dat telkens kleine belangen worden geschonken, wordt de BOR alleen toegepast voor de schenking waarvoor het vereiste bezitspercentage is behaald. In bovenstaand voorbeeld wordt de BOR dus alleen toegepast ten aanzien van de tweede schenking van 15% van de aandelen.

Bij de uitzondering voor gefaseerde bedrijfsopvolgingen is het voor de overdrager vereist om bij de eerste schenking het vereiste bezitspercentage te bezitten. In het hierboven gegeven voorbeeld kan de BOR dus van toepassing zijn op het moment waarop de vader zijn laatste 10%-belang schenkt.

6.5.2 Aansluiten bij stemrecht?

Alhoewel het bij een hoger bezitspercentage wel meer aannemelijk is dat sprake is van een reële bedrijfsopvolging, is dit niet zonder meer het geval. Een hoger bezitspercentage is derhalve ook geen heilige graal. Bovendien volstaat voor toepassing van de Nederlandse BOR een economische benadering ten aanzien van het aanmerkelijk belang. Het louter bezit aan winstbewijzen, certificaten, vruchtgebruikersrechten en koopopties op aandelen kan dus al voldoende zijn. Een optiehouder kwalificeert dus al als ondernemer voor toepassing van de BOR, zelfs als hij nooit aandeelhouder wordt.²⁴⁸ Ook een houder van een winstbewijs kwalificeert voor toepassing van de BOR. Een houder van een winstbewijs neemt echter niet

²⁴⁸ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.

deel in het kapitaal van de vennootschap. De houder van een winstbewijs is derhalve niet eens aandeelhouder.²⁴⁹ Het heeft diens gevolg mijn voorkeur om net zoals bij de Vlaamse gunstregeling aan te sluiten bij reguliere aandelen met stemrecht waarmee daadwerkelijk ondernemersrisico wordt gelopen. Deze mogelijkheid is ook al door de Minister van Economische Zaken en Klimaat in de kabinetsreactie betreffende de evaluatie fiscale bedrijfsopvolgingsregelingen opgeworpen.²⁵⁰

De keuze van de Vlaamse wetgever om alleen aandelen met stemrecht te laten kwalificeren, vindt haar oorsprong in het waarborgen van de continuïteit van de onderneming, waarbij de controle over de onderneming van wezenlijk belang is voor de bedrijfscontinuïteit. Volgens de Vlaamse wetgever staat stemrecht dus gelijk aan controle hebben over de onderneming. Uitgaande van de wens dat de controle moet worden overgedragen, wordt dus vereist dat aan de aandelen stemrecht is gekoppeld.²⁵¹

Op basis van het betrokkenheids criterium geeft de overdrager als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt uitdien hoofde de winstgevendheid van die onderneming. Mijns inziens sluit een vereiste van aandelen met stemrecht beter aan bij dit criterium. Dit vereiste ligt derhalve beter in lijn met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

6.5.2.1 Certificaten van aandelen

In het kader van bedrijfsopvolging en continuïteit van de onderneming is certificering van aandelen een veelgebruikt instrument. Certificering van aandelen is het aanbrengen van ‘een scheiding’ tussen de zeggenschapsrechten en de financiële rechten die zijn verbonden aan een aandeel in een bv. De juridische eigendom blijft bij de certificaatgever, terwijl de economische eigendom overgaat op de certificaathouders. Bijna altijd is een STAK de certificaatgever.²⁵² De aandelen worden bij de certificering dan fiscaal geruisloos overgedragen aan de STAK, waarbij de STAK de zeggenschap over de bv verkrijgt. De STAK oefent het stemrecht op de aandelen uit en bepaalt daarmee het beleid in de onderneming. De certificaathouders hebben doorgaans geen stemrechten, maar enkel de financiële rechten op de aandelen.²⁵³ In de statuten van de STAK kan bepaald worden wie de bestuurder is.

Het certificeren van aandelen kent diverse motieven. Met name bij de overdracht aan kinderen in familiebedrijven is de continuïteit van de onderneming een belangrijk motief. Het is bijvoorbeeld niet altijd zeker of de kinderen op dezelfde verantwoorde wijze met de aan de aandelen verbonden rechten omgaan als de ‘vorige generatie’. Het bestuur van de STAK wordt dan vaak eerst gevormd door ‘de vorige generatie’ en na het wegvallen daarvan (deels) door

²⁴⁹ G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Saleminck), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIB. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 6.5.

²⁵⁰ Brief Ministerie van Economische Zaken en Klimaat – directoraat-generaal bedrijfsleven & innovatie 9 december 2022, 2022- 00000001003214369000.

²⁵¹ Ontwerp van het decreet houdende algemene bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, Parl.St. VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25 alsmede Omzendbrief V LABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 8.

²⁵² R. Franken, ‘Juridische aspecten van certificering van aandelen in een bv’, *Tijdschrift Familiebedrijven* 2023/1.

²⁵³ P.J.J.M. Peeters & W. Bosse, ‘Bedrijfsopvolging bij leven vanuit de BV-structuur’, *TFO* 2002/171.

een van de kinderen onafhankelijk bestuur. Ook bij een zeer verspreid aandelenbezit kan de continuïteit een motief zijn voor certificering. De betrokkenheid van aandeelhouders is in een zeer verspreid aandelenbezit veelal minder. Absenteïsme kan de continuïteit van de besluitvorming in gevaar brengen.²⁵⁴ Bovendien kunnen certificaten van aandelen certificaathouders op afstand plaatsen door hen uit te sluiten van zeggenschap en vergaderrechten. Dit motief is vooral relevant in gevallen waarin de verkrijgers van de certificaten niet in staat worden geacht verantwoord om te gaan met de zeggenschap, zoals bij minderjarige kinderen.²⁵⁵

In de praktijk komt de volgende situatie vaak voor. Stel dat vader alle aandelen in een vennootschap houdt en voornemens is om de aandelen te schenken aan zijn kinderen. Zoals zojuist is toegelicht, is het in veel gevallen nog niet gewenst dat de kinderen al direct de zeggenschap in de vennootschap krijgen. Vader kan dan de aandelen overdragen aan een – door hem opgerichte – STAK. De STAK certificeert de aandelen en geeft vervolgens de certificaten van aandelen uit aan vader. De juridische eigendom van de aandelen komt dan bij de STAK te liggen. Vader kan plaatsnemen als bestuurder van de STAK en verkrijgt daarmee dus de zeggenschap in de vennootschap. Onder voorwaarden kan vader daarna de certificaten van aandelen (gedeeltelijk) met toepassing van de BOR schenken aan zijn kinderen.

Indien het voor toepassing van de BOR vereist is dat de aandelen bij de erflater of schenker stemrecht bezitten, zouden certificaten van aandelen uitgesloten kunnen worden van de BOR. De houders van certificaten van aandelen hebben doorgaans geen stemrecht²⁵⁶. In bovengenoemde situatie waarbij vader certificaten van aandelen schenkt zou toepassing van de BOR in gevaar komen. Aangezien deze situatie in de praktijk veelvuldig voorkomt, kan dit grote gevolgen hebben. De Vlaamse wetgever heeft dit probleem opgevangen door op te nemen dat certificaten van aandelen in familiale vennootschappen ook kunnen kwalificeren voor toepassing van het gunstregime. Voorwaarde is wel dat de vennootschap de verplichting heeft om de dividenden en andere vermogensvoordelen onmiddellijk en uiterlijk binnen een maand door te storten aan de certificaathouder. Bovendien moeten de certificaten door een natuurlijk persoon gehouden worden.²⁵⁷ Door aan deze vereisten te voldoen wordt het certificeringsvehikel als fiscaal transparant beschouwd. Daardoor worden de certificaathouders als aandeelhouder of vennoot gezien.²⁵⁸

Het is de vraag of een dergelijke uitzondering gewenst is. De Nederlandse wet kent namelijk een alternatief voor certificering: stemrechtloze aandelen²⁵⁹. Ook bij stemrechtloze aandelen wordt een scheiding gemaakt tussen de zeggenschapsrechten en de financiële rechten. In tegenstelling tot certificaathouders, hebben houders van stemrechtloze aandelen wel

²⁵⁴ R. Franken, 'Juridische aspecten van certificering van aandelen in een bv', *Tijdschrift Familiebedrijven* 2023/1.

²⁵⁵ R. Franken, 'Juridische aspecten van certificering van aandelen in een bv', *Tijdschrift Familiebedrijven* 2023/1.

²⁵⁶ In de administratievoorwaarden kan worden bepaald dat certificaathouders stemrecht hebben bij specifieke besluiten.

²⁵⁷ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, p. 14.

²⁵⁸ T. Dumont, 'Vlaams gunstregime voor de schenking of vererving van een familiebedrijf: de zienswijze van de fiscus', *Registratierechten* 2012/4.

²⁵⁹ Artikel 2:228 lid 5 BW. Vooralsnog zijn stemrechtloze aandelen alleen mogelijk in een bv.

vergaderrecht²⁶⁰ en moeten zij uitdrukkelijk instemmen met besluitvorming buiten vergadering.²⁶¹ Aan certificaten hoeft geen vergaderrecht te zijn verbonden.²⁶² Door aan te sluiten bij aandelen met stemrecht lijken stemrechtloze aandelen niet te kwalificeren voor toepassing van de BOR. Het lijkt mij niet gerechtvaardigd om certificaathouders wel te laten kwalificeren en stemrechtloze aandeelhouders niet.

Daarnaast zouden houders van stemrechtloze aandelen en van certificaten van aandelen op grond van het betrokkenheids criterium moeten worden uitgesloten voor toepassing van de BOR. Een houder van een stemrechtloos aandeel dan wel een certificaathouder kan immers niet als (mede)beleidsbepaler leidinggeven aan de onderneming van de vennootschap en uit dien hoofde de winstgevendheid van die onderneming beïnvloeden. Een certificaathouder zou dit bijvoorbeeld kunnen indien hij tevens als bestuurder van de STAK, waarin de certificaten worden gehouden, kan worden aangemerkt. In bovengenoemd voorbeeld is vader certificaathouder, en kan daarnaast ook als bestuurder van de STAK worden aangemerkt. In die situatie geeft vader als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt hij uit dien hoofde de winstgevendheid van die onderneming én heeft hij via zijn belang in de vennootschap (in dit geval in de STAK) recht op de winsten van de vennootschap. Een dergelijke uitzondering voor certificaathouders is mijns inziens wel gerechtvaardigd. Bovendien zou dit het geschetste probleem dat in de praktijk zal ontstaan door uitsluitend aandelen met stemrecht voor de BOR in aanmerking te laten komen in dergelijke situaties opvangen. Het is naar mijn mening gewenst om een bedrijfsopvolging zoals in het geschetste voorbeeld met vader en zijn kinderen fiscaal te faciliteren, omdat sprake is van een reële bedrijfsopvolging.

6.6 Tussenconclusie

Nadat in de voorgaande hoofdstukken de Nederlandse BOR, de Vlaamse gunstregeling en de Duitse BOR uitgebreid aan bod zijn gekomen, is in dit hoofdstuk geanalyseerd in hoeverre de kwalificatie van het kwalificerend belang voor de Nederlandse BOR ten opzichte van de Vlaamse en Duitse bedrijfsopvolgingsregelingen van elkaar verschillen en of dit verschil te verklaren is vanuit de ratio's van de desbetreffende regelingen. Op basis van deze analyse is een antwoord geformuleerd op de achtste deelvraag: *“In hoeverre verschilt de kwalificatie van het kwalificerend aandelenbelang voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling ten opzichte van de Vlaamse gunstmaatregel en de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling en is dit verschil te verklaren uit de ratio's van de desbetreffende regelingen?”*

De continuïteitsgedachte die de kern vormt voor de Nederlandse BOR, zien we ook terug in de doelstelling van de Vlaamse wetgever. Ook de ratio van de Duitse BOR ligt in beginsel in lijn met die van de Nederlandse BOR. Waar de Nederlandse regeling meer aansluit bij de objectieve ondernemingscontinuïteit, is de Duitse regeling meer gericht op persoonlijke situaties, zoals werkgelegenheid, zzp'ers en familiebedrijven. Alle drie de wetgevers wensen uitsluitend bedrijfsovergangen te faciliteren waarbij sprake is van een 'echte' ondernemer. Hierbij koppelen ze het ondernemersbegrip aan een vereist aandelenpercentage. Desondanks

²⁶⁰ Artikel 2:227 lid 2 BW.

²⁶¹ Artikel 2:238 lid 1 BW.

²⁶² R. Franken, 'Juridische aspecten van certificering van aandelen in een bv', *Tijdschrift Familiebedrijven* 2023/1.

stellen de Vlaamse en Duitse wetgevers een aanzienlijk strengere eis aan het kwalificerende aandelenbelang om voor toepassing van de regelingen in aanmerking te komen. Of sprake is van een kwalificerend aandelenbelang is onder de Vlaamse gunstregeling afhankelijk van het aandelenbelang én het stemrecht dat de schenker of erflater samen met zijn familie in een familiale vennootschap heeft. Op basis van de participatievoorwaarde moeten de geschonken of vererfde aandelen van de vennootschap die op het moment van schenking dan wel overlijden in volle eigendom toebehoren aan de schenker of erflater en zijn familie, ten minste 50% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen. In tegenstelling tot bij de Nederlandse BOR moeten de aandelen voor toepassing van de Vlaamse gunstregeling dus ook voldoende stemrecht in de vennootschap vertegenwoordigen. Dit heeft als reden dat de schenker of erflater volgens de Vlaamse wetgever dient te beschikken over de controle van de onderneming en dus over aandelen waaraan stemrecht gekoppeld is. Daar staat tegenover dat de schenker of erflater tezamen met zijn familie aan het bezitspercentage kan voldoen. Voor toepassing van de Nederlandse en Duitse BOR dient de erflater of schenker individueel het toepasselijke bezitspercentage te behalen. Voor toepassing van de Duitse BOR moet de erflater of schenker een direct belang van meer dan 25% in het nominale aandelenkapitaal van de vennootschap op het moment van overlijden dan wel schenken bezitten.

Zowel de Duitse als de Vlaamse wetgever hebben een uitzondering voor familiebedrijven geformuleerd. Geredeneerd uit hoofde van de doelstelling van de Duitse wetgever om werkgelegenheid te stabiliseren, ligt een soepelere benadering voor familiebedrijven in de rede.

Vervolgens is geanalyseerd welke onderdelen uit de Vlaamse gunstregeling en de Duitse BOR aanknopingspunten kunnen bieden voor de Nederlandse BOR, om een antwoord te formuleren op de laatste deelvraag: *“Welke onderdelen uit de Vlaamse gunstregeling en de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling kunnen aanknopingspunten bieden voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling?”*

In hoofdstuk 3 heb ik reeds beargumenteerd dat het 5%-criterium aanzienlijk te laag is om van ‘echt’ ondernemerschap te kunnen spreken en dat daarmee de doelstelling uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren niet wordt gerealiseerd. In principe is elke bezitsgrens arbitrair, maar aangezien het achterhalen van de intentie nagenoeg onmogelijk is en bovendien tot aanzienlijke uitvoeringslasten zal leiden, heeft een objectief criterium toch de voorkeur. De wetgever zal mijns inziens dus net als de Vlaamse en Duitse wetgever een hoger bezitspercentage moeten invoeren. Naar mijn mening is het Vlaamse bezitspercentage van 50% te hoog. Immers, ook bij een lager bezitspercentage kan de overdrager als (mede)beleidsbepaler leidinggeven aan de onderneming van de vennootschap en de winstgevendheid van die onderneming uitdien hoofde beïnvloeden. De vaststelling van een exact bezitspercentage moet aan de wetgever worden gelaten. Mijns inziens zou het bezitspercentage een voorwaarde moeten zijn die zowel ziet op de overdrager als op de verkrijger. Hierbij zou een uitzondering voor gefaseerde bedrijfsopvolgingen moeten gelden. In tegenstelling tot de Vlaamse wetgever, zie ik geen reden om bij de berekening van het bezitspercentage aan te sluiten bij het aandelenbezit van de erflater of schenker en zijn familie tezamen.

Alhoewel het bij een hoger bezitspercentage wel aannemelijker is dat sprake is van een reële bedrijfsopvolging, is dit niet zonder meer het geval. Bovendien volstaat voor de toepassing van de Nederlandse BOR een economische benadering ten aanzien van het aanmerkelijk belang, waardoor het louter bezit aan winstbewijzen, certificaten, vruchtgebruikersrechten en koopopties op aandelen al voldoende kan zijn. Het heeft dientengevolge mijn voorkeur om net zoals bij de Vlaamse gunstregeling aan te sluiten bij reguliere aandelen met stemrecht waarmee daadwerkelijk ondernemingsrisico wordt gelopen. De Vlaamse wetgever heeft deze keuze gemaakt omdat het de bedoeling is de continuïteit van de onderneming te verzekeren, waarbij de continuïteit van een onderneming voor een belangrijk deel samenhangt met de controle. Volgens de Vlaamse wetgever staat stemrecht dus gelijk aan controle hebben over de onderneming. Mijns inziens sluit een vereiste van aandelen met stemrecht beter aan bij het betrokkenheids criterium. Dit vereiste ligt derhalve beter in lijn met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Indien het voor toepassing van de BOR vereist is dat de aandelen bij de erflater of schenker stemrecht bezitten, kunnen certificaten van aandelen worden uitgesloten van de BOR. De Vlaamse wetgever heeft ervoor gekozen om onder voorwaarden een uitzondering te maken voor certificaten van aandelen. Ik ben echter van mening dat in lijn met het betrokkenheids criterium de houders van certificaten van aandelen zonder stemrecht net als de houders van stemrechtloze aandelen uitgesloten zouden moeten worden voor de toepassing van de BOR. Een houder van een stemrechtloos aandeel dan wel een certificaathouder zonder stemrecht kan immers niet als (mede)beleidsbepaler leidinggeven aan de onderneming van de vennootschap en uitdien hoofde de winstgevendheid van die onderneming beïnvloeden. Een uitzondering in het geval de certificaathouder tevens bestuurder is van de STAK en op die manier leidinggeeft aan de onderneming is mijns inziens gerechtvaardigd.

Hoofdstuk 7: Conclusie en aanbevelingen

7.1 Inleiding en onderzoeksvraag

In deze scriptie stond de kwalificatie van het begrip kwalificerend aandelenbelang voor de toepassing van de BOR voor de SW 1956 centraal. Aanleiding voor het schrijven van deze scriptie is de kritiek die in de literatuur is opgekomen ten aanzien van dit vereiste, alsmede de recente politieke en maatschappelijke discussie over de BOR. Opvallend is dat in vergelijking met de bedrijfsopvolgingsregelingen bij onze buurlanden Vlaanderen en Duitsland beduidend sneller sprake is van een kwalificerend aandelenbelang. Het bovenstaande heeft de vraag doen rijzen of de uitwerking van het vereiste van een kwalificerend aandelenbelang onder toepassing van de Nederlandse BOR wel in lijn met de doelstelling van de wetgever is om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Dit heeft ertoe geleid dat de volgende onderzoeksvraag centraal heeft gestaan:

“In hoeverre is de kwalificatie van het in artikel 35c lid 1 sub c van de Successiewet 1956 opgenomen begrip kwalificerend aandelenbelang in lijn met het doel uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en welke aanbevelingen kunnen worden gedaan voor doeltreffendere wetgeving?”

Om een antwoord te kunnen formuleren op de onderzoeksvraag is in het eerste deel van deze scriptie een uitgebreide analyse naar het kwalificerend aandelenbelang voor de toepassing van de Nederlandse BOR uitgevoerd. Vervolgens is in het tweede deel van deze scriptie een rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd ten aanzien van de Vlaamse en Duitse bedrijfsopvolgingsregelingen.

In dit hoofdstuk wordt allereerst een samenvatting gegeven van de hoofdstukken die in deze scriptie aan bod zijn gekomen. Met behulp van de beantwoording van de negen deelvragen wordt vervolgens een antwoord op de onderzoeksvraag geformuleerd. Aan de hand daarvan zullen tot slot aanbevelingen worden gedaan.

7.2 Samenvatting

7.2.1 Nederlandse BOR

De eerste verschijning van een regeling voor bedrijfsopvolging voor de schenk- en erfbelasting, zien we terug in de vorm van een betalingsregeling. Hier werd de continuïteitsgedachte als rechtvaardiging voor een faciliteit voor het eerst aangehaald. In 1984 werd de betalingsregeling vervangen door een nieuwe betalingsregeling, waarbij ook het voortzetten van de onderneming als vereiste voor toepassing van de regeling werd geïntroduceerd. Nadat de betalingsregeling uit de SW 1956 werd overgeheveld naar de IW 1990, werd voor het eerst een kwijtscheldingsfaciliteit in de wet opgenomen. Vanaf 1 januari 2002 werd de kwijtscheldingsfaciliteit in de IW 1990 vervangen door een steeds ruimer wordende vrijstelling in de SW 1956. Om meer eenvoud, evenwicht en toegankelijkheid te creëren, werd de vrijstelling met ingang van 1 januari 2010 herzien tot de huidige BOR.

Op basis van de huidige BOR wordt op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling van 100% verleend, indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen niet hoger is dan € 1.205.871 (2023). Het resterende ondernemingsvermogen wordt voor 83% voorwaardelijk vrijgesteld. Voor de belasting over de resterende 17% van de waarde van het ondernemingsvermogen legt de inspecteur op verzoek een conserverende aanslag op, waarvoor tien jaar rentedragend uitstel van betaling kan worden verkregen.

De doelstelling van de BOR is het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten, zodat voorkomen kan worden dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de vennootschap onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Om uitsluitend reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren gelden drie voorwaarden voor toepassing van de BOR: (i) er moet sprake zijn van een kwalificerend belang, (ii) de aandelen dienen bij de erflater of schenker gedurende de bezitsperiode tot het moment van overlijden dan wel schenking tot een aanmerkelijk belang te behoren en (iii) de verkrijger mag de verkregen aandelen gedurende vijf jaar niet vervreemden en de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben mag gedurende vijf jaar niet ophouden winst uit onderneming te genieten.

Voor toepassing van de BOR is aldus vereist dat de verkregen vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 behoorden. Hierdoor is de BOR ook van toepassing op de verkrijging van aandelen die bij de erflater of schenker tot een meesleep-aanmerkelijk belang ex artikel 4.9 Wet IB 2001 en een fictief aanmerkelijk belang ex artikel 4.11 Wet IB 2001 behoren. Een meetrek-aanmerkelijk belang ex artikel 4.10 Wet IB 2001 kwalificeert niet, omdat de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders volgens de wetgever geen ondernemers zijn. Kort gezegd is op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 sprake van een aanmerkelijk belang bij een belang van tenminste 5%. Ook een soort aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet IB 2001 kan kwalificeren voor de BOR.

De verkrijging van preferente aandelen kwalificeert in beginsel niet voor toepassing van de BOR, omdat de preferent aandeelhouder door de wetgever niet als ondernemer maar als kapitaalverschaffer wordt aangemerkt. Een uitzondering geldt voor preferente aandelen die zijn ontstaan bij een gefaseerde bedrijfsopvolging. Hiervoor gelden aanvullende voorwaarden, waarmee de wetgever wil bereiken dat slechts reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd.

Aangezien de wetgever directe en indirecte aanmerkelijk belangen zoveel mogelijk gelijk wenst te behandelen, mogen de materiële onderneming en de bezittingen en schulden van een werkmaatschappij naar rato aan de holdingvennootschap worden toegerekend. Onder voorwaarden kan de toerekening van bezittingen en schulden aan een holdingvennootschap ook plaatsvinden voor lichamen waarin de erflater of schenker een indirect belang heeft van kleiner dan 5%, maar ten minste 0,5%.

Aansluitend is getoetst in hoeverre de kwalificatie van het kwalificerende belang in de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren past. De doelstelling van de BOR is het voorkomen dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang

van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid een bedreiging vormt voor reële bedrijfsopvolgingen.

In deze scriptie zijn de volgende criteria gehanteerd waaraan een reële bedrijfsopvolging moet voldoen (zie paragraaf 3.3.1):

1. de overdrager geeft als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt uitdien hoofde de winstgevendheid van die onderneming (betrokkenheidscriterium);
2. de overdrager heeft – via zijn (aanmerkelijkbelang-)aandelenbelang in de vennootschap – recht op de winsten van de vennootschap en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt (winstgevendheidscriterium)
3. de opvolger zet de positie van de overdrager voort (opvolgingscriterium).²⁶³

Ten aanzien van het 5%-criterium kan worden geoordeeld dat dit aanzienlijk te laag is en dat dit niet in lijn is met de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Een aanmerkelijkbelanghouder met een aandelenbelang van slechts 5% geeft immers geen leiding als (mede)beleidsbepaler aan de onderneming van de vennootschap en kan uitdien hoofde de winstgevendheid ervan niet beïnvloeden. Bovendien is de BOR in het leven geroepen om te voorkomen dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Men kan zich terecht afvragen of liquiditeitsproblemen zullen ontstaan bij een belang van slechts 5%.

Aangezien bij een soort-aanmerkelijk belang ex artikel 4.7 Wet IB 2001 zelfs nog kleinere aandelenbelangen in aanmerking voor de BOR kunnen komen, is de kwalificatie van een dergelijk belang als kwalificerend belang voor de BOR niet doeltreffend. Ook de kwalificatie van het fictief aanmerkelijk belang en het meetrek-aanmerkelijk belang tot kwalificerend belang voor toepassing van de BOR is niet in lijn met doelstelling. Het feit dat de schenker of erfflater in het verleden ooit een ‘echt’ aanmerkelijk belang heeft gehad, maakt hem op het moment van schenken of vererven nog geen ondernemer voor toepassing van de BOR. Bovendien bezitten fictief aanmerkelijkbelanghouders per definitie een belang van minder dan 5%. Een meetrekaanmerkelijkbelanghouder kan mijns inziens niet als ondernemer worden aangemerkt enkel om het feit dat een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner een aanmerkelijk belang in de vennootschap houdt. Hetzelfde geldt voor de indirect gehouden meetrek-aanmerkelijk belang. Het feit dat het indirect gehouden meetrek-aanmerkelijk belang niet voor toepassing van de BOR in aanmerking komt, is naar mijn mening dus in overeenstemming met de doelstelling uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren

Dat de wetgever heeft gekozen om aandelen die door middel van de meesleepregeling tot een aanmerkelijk belang behoren onder het toepassingsbereik van de BOR te brengen, is wel in overeenstemming met de doelstelling. De overige aandelen of winstbewijzen van een belastingplichtige kunnen immers alleen het aanmerkelijk belang in worden getrokken indien de belastingplichtige al een aanmerkelijk belang had, en zo volgens de opvatting van de wetgever als ondernemer voor de BOR werd aangemerkt. Het indirect gehouden meesleep-

²⁶³ A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

aanmerkelijk belang zou mijns inziens ook voor toepassing van de BOR in aanmerking moeten komen.

De uitsluiting van preferente aandelen acht ik doeltreffend, mits de preferente aandelen als financieringsaandelen kunnen worden aangemerkt. De kwalificatie van een preferent aandeel als financieringsaandeel vergt echter een materiële toets.

De verwateringsregeling voor indirecte belangen is niet doeltreffend.

7.2.2 Een blik over de grens

Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, wordt op basis van het Vlaamse gunstregime de verkrijging van aandelen in een familiale vennootschap krachtens schenking of vererving vrijgesteld respectievelijk tegen een verlaagd tarief belast. De continuïteitsgedachte die de kern vormt voor de Nederlandse BOR, zien we ook terug in de doelstelling van de Vlaamse wetgever. Met de invoering van de Vlaamse gunstregeling tracht de Vlaamse wetgever de continuïteit van Vlaamse ondernemingen namelijk te bevorderen en zo een duurzame tewerkstelling te realiseren. Waar de Nederlandse wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen wenst te faciliteren, spreekt de Vlaamse wetgever van alleen die familiale vennootschappen die een maatschappelijke meerwaarde genereren. Of sprake is van een kwalificerend aandelenbelang is onder de Vlaamse gunstregeling afhankelijk van het aandelenbelang én het stemrecht dat de schenker of erflater samen met zijn familie in een familiale vennootschap heeft. Op basis van de participatievoorwaarde moeten de geschonken of vererfde aandelen van de vennootschap die op het moment van schenking dan wel overlijden in volle eigendom toebehoren aan de schenker of erflater en zijn familie, ten minste 50% van de stemrechten in die vennootschap vertegenwoordigen.

Vervolgens is ook de Duitse BOR onder de loep genomen. De Duitse BOR betreft net als de Nederlandse BOR een voorwaardelijke vrijstelling, waarbij de verkrijger van kwalificerend vermogen kan kiezen tussen de Regelverschonung (85%-vrijstelling) en de Optionsverschonung (100%-vrijstelling). Hierbij geldt een bovengrens van € 26 miljoen.

De ratio van de Duitse faciliteit is in beginsel in lijn met die van de Nederlandse, namelijk dat de verschuldigde schenk- of erfbelasting bij een bedrijfsopvolging liquiditeitsproblemen kan opleveren. De Nederlandse regeling sluit echter meer aan bij de (objectieve) ondernemingscontinuïteit, waarbij de Duitse regeling veel meer gericht is op persoonlijke situaties, zoals werkgelegenheid, zzp'ers en familiebedrijven.

Om de Duitse BOR toe te kunnen passen is vereist dat de erflater of schenker een direct belang van 25% of meer in het nominale kapitaal van de vennootschap op het moment van overlijden dan wel schenken moet hebben. Volgens de Duitse wetgever vormt de participatiegrens van 25% een indicatie dat de aandeelhouder ondernemend betrokken is bij de onderneming en niet alleen handelt als belegger.

Alle drie de wetgevers wensen uitsluitend bedrijfsovergangen te faciliteren waarbij sprake is van een 'echte' ondernemer. Hierbij koppelen ze het ondernemersbegrip aan een vereist aandelenpercentage. Desondanks stellen de Vlaamse en Duitse wetgevers een aanzienlijk strengere eis aan het kwalificerende aandelenbelang om voor toepassing van de regelingen in

aanmerking te komen. Bovendien moeten de aandelen voor toepassing van de Vlaamse gunstregeling ook voldoende stemrecht in de vennootschap vertegenwoordigen. Dit heeft als reden dat de schenker of erflater volgens de Vlaamse wetgever dient te beschikken over de controle van de onderneming en dus over aandelen waaraan stemrecht gekoppeld is. Daar staat tegenover dat voor toepassing van de Vlaamse gunstregeling het bezitspercentage tezamen met de familie van de schenker of erflater kan worden behaald. Voor de toepassing van de Nederlandse BOR dient de erflater of schenker individueel²⁶⁴ het aanmerkelijk belang percentage van 5% te behalen.

7.3 Beantwoording van de onderzoeksvraag

Geconcludeerd kan worden dat de kwalificatie van het begrip ondernemingsvermogen ten aanzien van het kwalificerend aandelenbelang in de Nederlandse BOR niet in lijn met het doel van de wetgever is uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Het grootste kritiekpunt ziet op het feit dat aansluiting bij het aanmerkelijk belangregime niet bijdraagt aan de invulling van reële bedrijfsopvolging en dat het 5%-criterium aanzienlijk te laag is om van 'echt' ondernemerschap te spreken. Een blik over de grens naar Vlaanderen en Duitsland biedt aanknopingspunten om de Nederlandse BOR meer in lijn met doelstelling te brengen.

In principe is elke bezitsgrens arbitrair, maar aangezien het achterhalen van de intentie nagenoeg onmogelijk is en bovendien tot aanzienlijke uitvoeringslasten zal leiden, heeft een objectief criterium toch de voorkeur. De wetgever zal mijns inziens dus net als de Vlaamse en Duitse wetgever een hoger bezitspercentage moeten invoeren. Naar mijn mening is het Vlaamse bezitspercentage van 50% te hoog. Immers, ook bij een lager bezitspercentage kan de overdrager als (mede)beleidsbepaler leidinggeven aan de onderneming van de vennootschap en de winstgevendheid van die onderneming uitdien hoofde beïnvloeden. Het Duitse bezitspercentage van 25% vormt volgens de Duitse wetgever een indicatie dat de aandeelhouder ondernemend betrokken is bij de onderneming en niet alleen handelt als belegger.²⁶⁵ Ik kan mezelf vinden in de gedachtegang van de Duitse wetgever. De vaststelling van een exact bezitspercentage moet echter aan de wetgever worden gelaten. Mijns inziens zou het bezitspercentage een voorwaarde moeten zijn die zowel ziet op de overdrager als op de verkrijger. Het verdient aanbeveling om hierbij een uitzondering voor gefaseerde bedrijfsopvolgingen op te nemen. Het ligt mijns inziens niet in lijn met de doelstelling van de wetgever om voor toepassing van de BOR bij de berekening van het bezitspercentage aan te sluiten bij het aandelenbezit van de erflater of schenker en zijn familie tezamen.

Alhoewel het bij een hoger bezitspercentage wel aannemelijker is dat sprake is van een reële bedrijfsopvolging, is dit niet zonder meer het geval. Bovendien volstaat voor de toepassing van de Nederlandse BOR een economische benadering ten aanzien van het aanmerkelijk belang, waardoor het louter bezit aan winstbewijzen, certificaten, vruchtgebruikersrechten en koopopties op aandelen al voldoende kan zijn. Het biedt dientengevolge de aanbeveling om net zoals bij de Vlaamse gunstregeling aan te sluiten bij reguliere aandelen met stemrecht waarmee daadwerkelijk ondernemersrisico wordt gelopen. Mijns inziens sluit een vereiste van

²⁶⁴ De aandelen van de partner tellen op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 wel mee.

²⁶⁵ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28. januari 2008, p. 35.

aandelen met stemrecht beter aan bij het betrokkenheids criterium. Dit vereiste ligt derhalve beter in lijn met de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Het gevolg hiervan is dat certificaten van aandelen uitgesloten zouden kunnen worden voor toepassing van de BOR. Mijns inziens is dat gezien het betrokkenheids criterium terecht. Een houder van een stemrechtloos aandeel dan wel een certificaathouder zonder stemrecht kan immers niet als (mede)beleidsbepaler leidinggeven aan de onderneming van de vennootschap en uitdien hoofde de winstgevendheid van die onderneming beïnvloeden. Ik doe wel de aanbeveling een uitzondering te formuleren voor certificaathouders die tevens bestuurder van de STAK zijn.

Literatuurlijst

Literatuur

A. Bloch, N. Kachaner & G. Stalk, 'What you can learn from family business', *Harvard business review* 2012/90 (11).

A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)', *WFR* 2016/183.

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

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

A.M.A. de Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', *WFR* 2009/1303.

A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.

C.G. Dijkstra, 'Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?', *WFR* 2011/725.

D. Andrews & B. Westmore, 'Managerial capital and business R&D as enablers of productivity convergence', OECD Economics Department Working Papers 2014/1137, https://www.oecd-ilibrary.org/economics/managerial-capital-and-business-r-d-as-enablers-of-productivity-convergence_5jxx3d441knr-en.

D. Fluijt, 'De BOR: indirecte aandachtspunten, direct oppassen!', *KWEP* 2016/29.

F. Sonneveldt & B.B.A. de Kroon, 'Bedrijfsopvolging in België en Duitsland', *WPNR* 2009/6808.

F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: SDU 2021.

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

H. Hoeve & J. Ganzeveld, 'De kwaliteit van het wetgevingsproces: wonderlijke citaten met betrekking tot de nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *Kwartaalbericht Estate Planning*, juni 2010.

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht S&E11.2.0.D.c Preferente aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

J. Meijaard, L. Uhlaner, R. Flören, B. Diephuis & B. Sanders, 'The relationship between successor and planning characteristics and the success of business transfer in Dutch SMEs', *EIM* 2005.

J.C.L. Zuiderwijk, 'Praktijkupdate bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956 (zomer 2022)', *KWEP* 2022/17.

M. Bennedsen, K.M. Nielsen, F. Pérez-González & D. Wolfenzon, 'Inside the family firm: The role of families in succession decisions and performance', *The Quarterly Journal of Economics* 2007/122 (2).

M.C.J. Oliemans, 'De herziening van de erf- en schenkbelasting in Duitsland', *KWEP* 2010/53.

M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110.

M.J. Hoogeveen & M.L. Neve, 'Actualiteiten bedrijfsopvolgingsfaciliteiten Deel 1: de ondernemingseis', *WPNR* 7339/2021.

M.J. Hoogeveen & R.C.G. Lindehof, 'Toerekenen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016', *MBB* 2017/10.

M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?', in: P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012.

M.J.A.M. van Gilswijk, M.J. Hoogeveen, T.N. Peters van Neijenhof, Y.J.M. Pijpers & S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de bedoel?', BDO Private Wealth Tax Fund & Tilburg University 2012.

N. Bloom & J. van Reenen, 'Measuring and Explaining Management Practices Across Firms and Countries', *The Quarterly Journal of Economics* 2007/122 (2).

P.G.H. Albert, 'Indirect aanmerkelijk belang en BOR', *WFR* 2017/121.

P.J.J.M. Peeters & W. Bosse, 'Bedrijfsopvolging bij leven vanuit de BV-structuur', *TFO* 2002/171.

R. Franken, 'Juridische aspecten van certificering van aandelen in een bv', *Tijdschrift Familiebedrijven* 2023/1.

R.P. van den Dool, M. Hoogeveen, A.M. Lejour & S.A. Stevens, 'De fiscale positie van de dga', *TFO* 2023/184.1

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

T. Dumont, 'Vlaams gunsteregime voor de schenking of vererving van een familiebedrijf: de zienswijze van de fiscus', *Registratierechten* 2012/4.

T. Lumpkin, H. Brigham & W. Moss, 'Long-term orientation: Implications for the entrepreneurial orientation and performance of family business', *Entrepreneurship & regional development* 2010/22.

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

T.C. Hoogwout, 'FTV 2015/8 – Duitse bedrijfsopvolgingsregeling voor de schenk- en erfbelasting is strijdig met het gelijkheidsbeginsel', *FTV* 2015/8.

T.J. Mellema-Kranenburg, A.H.N. Stollenwerck & P. Blokland, *Compendium Estate Planning* §11.2.4, Den Haag: SDU 2021.

V. Grossmann & H. Strulik, 'Should continued family firms face lower taxes than other estates?', *Journal of Public Economics* 2008/2235 (1-2).

W. Burgerhart & T.C. Hoogwout, Commentaar Artikel 35c Successiewet 1956 – kwalificerend ondernemingsvermogen, bijgewerkt tot 8 maart 2022.

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

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

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De Vlaamse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit met elkaar vergeleken', *WFR* 2022/20.

Jurisprudentie

Bundesverfassungsgericht 17 december 2014, 1 BvL 21/12.

Bundesverfassungsgericht 7 november 2006, 1 BvL 10/2.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1833, *NTR* 2020/885.

Hof van Cassatie 15 oktober 1998, nr. 445.

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

Parlementaire stukken en beleidsbesluiten

Bedrijfsopvolgingsbesluit schenk- en erfbelasting 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M.

Beschlussempfehlung Finanzausschuss Bundestag v. 22 juni 2016, BT-Drs. 18/8911, S. 38.

Besluit staatssecretaris van Financiën 31 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M (*Stcrt.* 2013, 2175).

Besluit staatssecretaris van Financiën 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *V-N* 2018/22.2, onderdeel 4.4.

Bijlage Planning Vaste Kamercommissie Financiën 2023 bij brief Ministerie van Financiën van 10 februari 2023, 2022Z23025/2022D49694.

Brief Ministerie van Economische Zaken en Klimaat – directoraat-generaal bedrijfsleven & innovatie 9 december 2022, 2022- 00000001003214369000.

Brief Minister van Financiën en staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst 8 juli 2022, 2022-0000184898 bij het IBO rapport ‘Licht uit, spot aan: de vermogensverdeling’.

Brief staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst 22 februari 2022, 2022-0000047564.

Decreet van 22 december 1999 – decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2000 (1).

Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28. januari 2008, p. 35.

Gesetzentwurf Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5923, 7 september 2015, p. 16.

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

Kamerstukken II 1987/88, 20 588, nr. 3.

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2.

Kamerstukken II 1993/94, 22 860, nr. 4.

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

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

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 6.

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

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

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

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16.

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 79.

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8.

Kamerstukken II 2020/21, 32 637, nr. 463.

Kamerstukken II 2020/21, 32 637, nr. 466.

Kamerstukken II, 2009/10, 31 930, F.

Ministerie van Economische zaken, *In actie voor ondernemers*, Den Haag: december 2003.

Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015.

Ontwerp van het decreet houdende algemene bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, Parl.St. VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1.

Vlaams Parlement, Stuk 1326 (2011-2012), nr. 1.

Vlaams Parlement, Stuk 428 (1996-1997), nr. 1.

Overig

Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, nr. 94/1069/EG.

Bijlage bij brief van 23 juli 2018, 2018-0000119906, *NTFR* 2018/1985.

Center for Entrepreneurship Nyenrode Business Universiteit, 'Quick scan familiebedrijven en bedrijfsoverdracht, voor Ministerie van Economische Zaken', juli 2013.

Jan Möhlmann & Céline van Essen,
<https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Notitie-Evaluatie-fiscale-regelingen-gericht-op-bedrijfsoverdracht.pdf> (Notitie Centraal Planbureau april 2022).

KPMG Advisory N.V., 'Onderzoek effecten afschaffing bedrijfsopvolgingsregelingen', Amstelveen, april 2021.

L. Lievens, 'De Stichting Administratiekantoor (STAK) Controlebehoud bij overdracht van het familiebedrijf', van Lievens & Co Consulting, geraadpleegd via:

https://www.lievens.be/sites/default/files/editor-uploads/2015_02_de_stichting_administratiekantoor.pdf.

Panteia Research to Progress, 'Bedrijfsoverdrachten: een overschat probleem? Omvang en effecten van bedrijfsoverdrachten, -overnames en -beëindigingen', Zoetermeer, augustus 2014.

Resolutie van het Europees Parlement van 8 september 2015 over familiebedrijven in Europa, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0290_NL.html.