



De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en indirecte belangen < 5%

Een onderzoek naar de vormgeving van de wetswijziging en de overeenstemming van deze wetswijziging met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Naam: Anne Hilge BSc.

Studentennummer: 182526

Studie: Master Fiscale Economie

Universiteit: Tilburg University

Faculteit: Tilburg School of Economics and Management

Datum: december 2017

Begeleider: Mevr. mr. S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst

Examencommissie:

Mevr. mr. S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst

Mevr. prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

0. Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie die ik heb geschreven ter afronding van mijn studie Fiscale Economie aan Tilburg University.

Als scriptieonderwerp heb ik gekozen voor de wetwijziging per 1 juli 2016 tot aanpassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956. Mijn interesse voor de bedrijfsopvolging is in de eerste plaats gewekt door mijn werkstudentschap bij Deloitte Eindhoven op de afdeling Private Client Services, maar ook het vak Successiewet en WBR heeft een bijdrage geleverd aan mijn onderwerpkeuze voor deze masterscriptie. Het gehele proces van een bedrijfsopvolging boeit mij enorm doordat er een groot (financieel) voordeel valt te behalen als de bedrijfsopvolging fiscaal juist wordt uitgevoerd. Het lijkt mij dan ook een uitdaging om mij in de actuele aanpassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te verdiepen en te onderzoeken of de wetgever er wel goed aan heeft gedaan om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, die toch al enige tijd onder vuur staan, op de gekozen manier aan te passen.

Tijdens het schrijven van mijn scriptie ben ik begeleid door mevrouw mr. S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst. Graag wil ik haar bedanken voor haar begeleiding en kritische blik. Daarnaast wil ik mevrouw prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken bedanken voor het plaatsnemen in de examencommissie.

Anne Hilge
Tilburg, december 2017

Inhoudsopgave

0. Voorwoord.....	3
1. Inleiding.....	6
1.1. Aanleiding tot het onderzoek.....	6
1.2. Probleemstelling	6
1.3. Verantwoording van de opzet.....	6
1.4. Doelstelling	7
2. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de periode voor juli 2016	8
2.1. Inleiding	8
2.2. De bedrijfsopvolgingsregeling en de doorschuifregelingen algemeen	8
2.2.1. Uitgangspunten, totstandkoming en doelstellingen van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001	8
2.2.2. Uitgangspunten, totstandkoming en doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956	11
2.2.3. Voorbeeld.....	15
2.3. Voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	16
2.3.1. Voorwaarden voor toepassing van beide bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	16
2.3.1.1. Ondernemingsvermogen.....	16
2.3.1.2. Toerekening.....	18
2.3.1.3. De AB-aandelen behoren niet tot een meetrek aanmerkelijk belang bij de vervreemder	21
2.3.2. Aanvullende voorwaarden voor toepassing van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001.....	21
2.3.2.1. Eisen met betrekking tot de vervreemder en de verkrijger.....	21
2.3.3. Aanvullende voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956	23
2.3.3.1. Bezitseis	23
2.3.3.2. Voortzettingseis	24
2.4. Indirect belang < 5% en de bezits- en voortzettingseis.....	24
2.5. Tussenconclusie	25
3. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de periode vanaf juli 2016	26
3.1. Inleiding	26
3.2. Aanleiding tot de wetwijziging: het arrest BNB 2016/167	26
3.2.1. De casus	26
3.2.2. Uitspraak rechtbank Den Haag.....	27
3.2.3. Uitspraak gerechtshof Den Haag.....	28
3.2.4. Arrest Hoge Raad.....	28
3.3. Vormgeving wetwijziging per 1 juli 2016	29
3.3.1. Formulering wetwijziging.....	29
3.3.2. Positieve aspecten wetwijziging.....	30
3.3.3. Kritiek op de wetwijziging.....	33
3.3.4. De wetwijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.....	36

3.3.4.1. De wetwijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001	36
3.3.4.2. De wetwijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956	39
3.4. Tussenconclusie	40
4. Aanbevelingen.....	42
4.1. Inleiding	42
4.2. Het kleine indirecte belang onder de toerekeningsbepaling laten vallen.....	42
4.3. integrale herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	45
4.4. Tussenconclusie	48
5. Conclusie	49
6. Literatuurlijst.....	51
7. Jurisprudentielijst.....	54
8. Lijst met gepubliceerd beleid	55

1. Inleiding

1.1. Aanleiding tot het onderzoek

Zoals de werknemer ooit in zijn carrière op het punt komt dat hij met pensioen gaat, zo is de tijd een keer daar voor een aanmerkelijkbelanghouder om te stoppen met zijn onderneming. Hij kan de ondernemingsactiviteiten beëindigen door de aandelen in de onderneming te verkopen, maar ook door aandelen in de onderneming te schenken aan bijvoorbeeld de volgende generatie. De bedrijfsoverdracht kan zowel plaatsvinden bij leven als bij overlijden. In beide gevallen krijgt de vervreemder te maken met heffing van inkomstenbelasting. De verkrijger krijgt te maken met heffing van erf- of schenkbelasting. Om bij de overdracht de continuïteit van de onderneming te waarborgen is de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet en de doorschuifregelingen in de Wet inkomstenbelasting opgenomen. Voor de vervreemder en de verkrijger is het van groot belang te weten of zij in aanmerking komt voor deze faciliteiten, omdat dit de belastingdruk aanzienlijk verlaagt.

Op 22 april 2016 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ook op een (niet verwaterd) indirect belang van kleiner dan 5% de bedrijfsopvolgingsregeling uit de Successiewet en de doorschuifregelingen uit de Wet inkomstenbelasting van toepassing kunnen zijn.¹ Als reactie hierop heeft de toenmalige Staatssecretaris van Financiën, Eric Wiebes, op 1 juli 2016 een brief gestuurd naar de Tweede Kamer waarin hij aankondigt dat het kabinet een wetswijziging zal opnemen in het Belastingplan 2017 om de onwenselijk geachte verruiming van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet en de doorschuifregelingen in de Wet inkomstenbelasting te repareren.² Deze wetswijziging is vormgegeven door in de artikelen 4.17a Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en 35c Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) een extra lid op te nemen die luidt: "Tot het vermogen van de onderneming wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam".³

In deze scriptie ga ik de huidige bedrijfsopvolgingsregeling en doorschuifregelingen analyseren. In het bijzonder wordt ingegaan op de inkleding van de wetswijziging. Daarbij zal ik aandacht besteden aan de vraag of de wetswijziging in lijn is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 en de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001.

1.2. Probleemstelling

De hoofdvraag die in deze scriptie centraal staat luidt als volgt:

Hoe heeft de wetgever de wetswijziging met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet en de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting vormgegeven en is deze wetsaanpassing in lijn met de doelstellingen en uitgangspunten van deze bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?

1.3. Verantwoording van de opzet

Om een goed antwoord te kunnen geven op de hoofdvraag komen in hoofdstuk 2 eerst de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 en de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 aan bod zoals deze voor juli 2016 golden. Daarbij worden de doelstellingen en uitgangspunten van deze regelingen onder de loep genomen om verderop in de scriptie te kunnen beoordelen of de wetswijziging wel past binnen deze doelstellingen en uitgangspunten.

¹ HR 22 april 2016, *BNB* 2016/167.

² *Kamerstukken II* 2015-2016, nr. 34302, 124.

³ Art. 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en art. 35c, lid 6 SW 1956.

Vervolgens ga ik in hoofdstuk 3 het arrest bespreken dat de aanleiding is geweest om de wetswijziging aan te brengen. Allereerst zal daarbij de casus worden besproken om vervolgens de overwegingen van de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad te analyseren. Zo kan ik een goed oordeel geven over de al dan niet juiste beslissingen van de instanties om tot een bepaalde uitspraak te komen. Hoofdstuk 3 wordt vervolgd met de vormgeving van de wetsaanpassing. Eerst zal ik de vormgeving van de nieuwe regeling schetsen, waarna ik dieper in zal gaan op de positieve aspecten, maar ook op de kritiekpunten op de wetsaanpassing. Hoofdstuk 3 sluit ik af met een beoordeling of de wetswijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsregeling en de doorschuifregelingen past binnen deze regelingen. In hoofdstuk 4 zal ik een tweetal aanbevelingen doen aan de wetgever. De hoofdvraag wordt vervolgens in het laatste hoofdstuk, hoofdstuk 5, beantwoord.

1.4. Doelstelling

Door het schrijven van deze scriptie wil ik de wetgever nog eens aan het denken zetten over het bestaan van de bedrijfsopvolgingsregeling. De bedrijfsopvolgingsregeling houdt de gemoederen flink bezig. Ook in de praktijk is men huiverig over de toekomst van de bedrijfsopvolgingsregeling. Juist omdat deze regeling zo scherp op het netvlies staat van menig fiscalist, lijkt het mij goed om me in deze problematiek te verdiepen. Daarnaast ga ik een voorstel schrijven omtrent een alternatieve wijze van inkleding van de bedrijfsopvolgingsregeling en de doorschuifregelingen.

2. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de periode voor juli 2016

2.1. Inleiding

Om duidelijk voor ogen te krijgen of de wetswijziging binnen de doelstellingen en uitgangspunten van de regelingen valt, is het belangrijk dat er een goed en helder beeld wordt gevormd over de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 enerzijds en de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 anderzijds (hierna samen te noemen: de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten). Allereerst zal ik in dit hoofdstuk stilstaan bij de algemene aspecten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, waarbij ik kort de totstandkoming de revue laat passeren, maar uitvoeriger in zal gaan op de uitgangspunten en de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik vervolg dit hoofdstuk met het benoemen van de voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, waarbij ik als eerste de gezamenlijke voorwaarden bespreek en vervolgens de aanvullende voorwaarden per regeling behandel. Ik sluit dit hoofdstuk af met een tussenconclusie. Voor de volledigheid merk ik op dat ik mij in deze thesis enkel focus op de schenking of vererving van aanmerkelijkbelangaandelen.

2.2. De bedrijfsopvolgingsregeling en de doorschuifregelingen algemeen

Indien een aanmerkelijkbelanghouder (hierna: AB-houder) zijn aandelen in een onderneming vervreemdt, moet hij in beginsel afrekenen over dit vervreemdingsvoordeel.⁴ De doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 maken een inbreuk op deze hoofdregel indien er aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. In deze paragraaf zal ik aandacht besteden aan de totstandkoming, de uitgangspunten en de doelstellingen van deze doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. Daarnaast zal ik tevens bespreken wat de reden voor de wetgever is geweest om de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 op te nemen.

2.2.1. Uitgangspunten, totstandkoming en doelstellingen van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001

Uitgangspunten

Zoals hierboven beschreven dient een AB-houder bij vervreemding van zijn aandelen af te rekenen over het vervreemdingsvoordeel. De Hoge Raad heeft de volgende definitie gegeven voor vervreemding: “een vervreemding is elke rechtshandeling waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen die aandelen of winstbewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan.”⁵ *Rijkers* en *Van Dijck* zijn echter van mening dat deze definitie bij de wetswijziging van 1997 aan actualisering toe was en hebben derhalve een geactualiseerde definitie van een vervreemding gegeven: “een vervreemding is elke rechtshandeling waardoor een AB-houder het economische belang bij tot zijn AB behorende vermogensbestanddelen of daarin besloten liggende rechten doet overgaan in het vermogen van een ander tenzij daarvoor rechten in de plaats treden die fiscaal en economisch dezelfde plaats innemen in diens vermogen.”⁶ Schenking van aandelen wordt derhalve aangemerkt als een vervreemding omdat dit een rechtshandeling is. Overlijden kan niet worden aangemerkt als rechtshandeling waardoor de overgang van aandelen krachtens erfrecht

⁴ Art. 4.12 sub b jo. art. 4.19, lid 1 Wet IB 2001.

⁵ HR 10 februari 1960, *BNB* 1960/123.

⁶ A.C. Rijkers & J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2002, geciteerd bij A.C. Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht* IB 4.4.2.B.a (online, laatst bijgewerkt op 4 april 2017).

geen vervreemding is in de zin van de Wet IB 2001. Daarom is de overgang van aandelen krachtens erfrecht aangemerkt als een fictieve vervreemding.⁷

Wanneer aandelen krachtens erfrecht overgaan of indien aandelen worden geschonken, ontbreekt de overdrachtprijs, waardoor er geen vervreemdingsvoordeel kan worden bepaald. In dergelijke gevallen wordt de overdrachtprijs gesteld op de waarde die in het economische verkeer aan de aandelen kan worden toegekend ten tijde van de verkrijging.⁸ Het vervreemdingsvoordeel wordt derhalve gelijkgesteld aan de waarde in het economische verkeer van de aandelen verminderd met de verkrijgingsprijs. Over dit vervreemdingsvoordeel is de vervreemder inkomstenbelasting verschuldigd.

Deze heffing van inkomstenbelasting op het moment van schenking of vererving kan worden voorkomen door de doorschuifregelingen, die zijn opgenomen in art. 4.17a t/m. 4.17c Wet IB 2001. Onder de daar gestelde voorwaarden mag de inkomstenbelastingclaim worden doorgeschoven. Om dat te bewerkstelligen wordt de verkrijgingsprijs die gold voor de erflater of schenker doorgeschoven naar de verkrijger.⁹ De Belastingdienst behoudt zo de belastingclaim.

Totstandkoming

De doorschuifregeling voor verkrijgingen krachtens erfrecht bestaat al veel langer dan de doorschuifregeling voor verkrijgingen krachtens schenking. In de resolutie van 10 juli 1942 werd bepaald dat bij overlijden de verkrijgingsprijs voor de verkrijger moest worden gesteld op de waarde ten tijde van het overlijden van de erflater.¹⁰ De Hoge Raad deelde deze mening.¹¹ Omdat er nog geen fictieve vervreemding bestond, was er ook geen afrekenmoment bij overlijden waardoor er een heffingslek ontstond door de aandelen te stellen op de waarde in het economische verkeer ten tijde van het overlijden. Er werd immers geen inkomstenbelasting geheven bij de erflater over de waardevermeerdering en evenmin kon de waardevermeerdering bij de erfgenamen worden belast, omdat zij de aandelen verkregen met een verkrijgingsprijs gelijk aan de waarde in het economische verkeer ten tijde van het overlijden. Dit heffingslek werd bij invoering van de Wet IB 1964 gedicht, door te bepalen dat voor aandelen die krachtens erfrecht werden verkregen, voor de verkrijger dezelfde verkrijgingsprijs gold als voor de erflater.¹² Indien erfgenamen een verzoek om afrekening deden, bleef de doorschuifregeling achterwege en werd de belastingclaim verschuldigd, waarna de erfgenamen de aandelen verkregen tegen de waarde in het economische verkeer ten tijde van het overlijden.¹³ Zo is de doorschuifregeling in geval van overlijden van een AB-houder geboren bij de invoering van de Wet IB 1964. De doorschuifregeling in geval van schenking van AB-aandelen heeft het levenslicht pas op 1 januari 2010 gezien. Voor die tijd had de schenker enkel recht op renteloos uitstel van betaling voor de inkomstenbelasting voor een periode van tien jaar, mits de AB-aandelen werden geschonken aan directe familieleden.¹⁴

⁷ Art. 4.16, lid 1, onderdeel e Wet IB 2001.

⁸ Art. 4.22 Wet IB 2001.

⁹ Art. 4.39a t/m 4.39c Wet IB 2001.

¹⁰ Resolutie 10 juli 1942, B 7706, geciteerd bij: *Kamerstukken II 2009-2010*, 32129, nr. 4, p. 3.

¹¹ HR 9 oktober 1957, BNB 1957/302 en HR 29 april 1959, BNB 1959/222.

¹² Art. 39, lid 9 Wet IB 1964.

¹³ Art. 39, lid 10 Wet IB 1964.

¹⁴ Art. 25, lid 9 IW 1990.

Doelstellingen

De wetgever heeft met de invoering van de doorschuifregelingen in geval van verkrijging krachtens erfrecht of schenking een aantal doelstellingen beoogd te bereiken. Ik onderscheid de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de doorschuifregeling bij verkrijging van AB-aandelen krachtens erfrecht en de redenen die de wetgever geeft voor invoering van de doorschuifregeling bij verkrijging van AB-aandelen krachtens schenking.

De doorschuifregeling bij verkrijging van AB-aandelen krachtens erfrecht is ingevoerd om de belastingclaim veilig te stellen.¹⁵ Zonder doorschuifregeling zou de erflater namelijk moeten afrekenen over zijn vervreemdingsvoordeel, hetgeen tot betalingsproblemen zou kunnen leiden omdat er geen liquiditeiten worden ontvangen door de erfgenamen, maar enkel aandelen. Daarmee komt direct de tweede doelstelling voor invoering van de doorschuifregeling aan het licht, het voorkomen van betalingsproblemen bij de erfgenamen. Het kan namelijk zo zijn dat de erfgenamen onvoldoende liquiditeiten bezitten om de inkomstenbelastingclaim te voldoen. Zij zullen dan dividend moeten uitkeren of aandelen moeten verkopen om de schuld aan de Belastingdienst te kunnen betalen. Dit kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen. De doorschuifregeling bewerkstelligt dus kort gezegd dat (1) de Belastingdienst zijn belastingclaim behoudt (2) zonder dat de erfgenamen in betalingsproblemen komen en (3) zonder dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Deze doorschuifregeling past zodoende binnen het stelsel van de Wet IB 2001, die is gebaseerd op het kasstelsel. Dit houdt in dat in gevallen waarin er sprake is van een belastbaar feit maar er geen gelden beschikbaar komen om de belastingclaim te voldoen, vrijwel altijd wordt voorzien in een regeling waarbij er niet hoeft te worden afgerekend, maar waarbij wel de claim wordt veiliggesteld.¹⁶

Daarnaast haalt de wetgever de voorkoming van belastingcumulatie aan als reden voor invoering van de doorschuifregeling in de Wet IB 2001 voor de verkrijging van AB-aandelen krachtens erfrecht.¹⁷ Indien er krachtens erfrecht aandelen worden verkregen, zal de ontvanger van de aandelen (lees: de erfgenaam) tevens te maken krijgen met de heffing van erfbelasting. Door de inkomstenbelastingclaim uit te stellen wordt deze cumulatie verzacht.

De hoofdreden voor invoering van de doorschuifregeling bij verkrijging van AB-aandelen krachtens schenking is om overdracht bij leven gelijk te behandelen met een overdracht bij overlijden.¹⁸ Doordat er wel een doorschuifregeling bestond voor overdracht krachtens erfrecht, bestond het risico dat AB-houders bewust 'wachten' met de overdracht van hun onderneming tot het moment van overlijden. Dan konden zij zich immers wel beroepen op een doorschuifregeling die directe afrekening voorkwam. Indien de AB-houder de aandelen bij leven krachtens schenking zou overdragen, kreeg hij te maken met directe afrekening over de inkomstenbelastingclaim. Deze ongelijke behandeling was vanuit economisch oogpunt niet wenselijk. Deze ongelijkheid is dan ook weggenomen met de invoering van de doorschuifregeling voor overgang krachtens schenking sinds 1 januari 2010.

Naast de invoering van de doorschuifregeling voor overgang van AB-aandelen krachtens schenking zijn er per 1 januari 2010 meerdere wijzigingen opgetreden in de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. Hierdoor is de faciliteit enkel nog van toepassing voor zover er sprake is van een reële bedrijfsopvolging.¹⁹ Hiermee zijn de doorschuifregelingen veranderd van regelingen die hoofdzakelijk moest zorgen voor

¹⁵ *Kamerstukken II 1958-1959*, 5380, nr. 3, p. 44.

¹⁶ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32129, nr. 4, p. 3.

¹⁷ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32129, nr. 4, p. 3.

¹⁸ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32129, nr. 3, p. 3.

¹⁹ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32129, nr. 3, p. 40.

claimbehoud door de Belastingdienst, in regelingen die reële bedrijfsopvolgingen faciliteren. Er is een aantal voorwaarden gesteld aan de toepassing van de doorschuifregelingen om te waarborgen dat inderdaad enkel reële bedrijfsopvolgingen fiscaal worden gefaciliteerd. Deze voorwaarden bespreek ik in paragraaf 2.3. Daarnaast wordt met deze wijzigingen rechtsvormneutraliteit gecreëerd doordat bijvoorbeeld de vraag of er sprake is van ondernemingsvermogen wordt beantwoord aan de hand van de regels die daarvoor gelden in de winstsfeer voor de inkomstenbelasting.²⁰ Deze vraag wordt behandeld in paragraaf 2.3.1.1.

Daarnaast is er een toerekeningsbepaling opgenomen in zowel de doorschuifregeling voor de verkrijging krachtens erfrecht als in de doorschuifregeling voor verkrijging krijgen schenking die bewerkstelligt dat de verkrijging van indirecte AB-aandelen niet nadeliger wordt behandeld dan de verkrijging van directe AB-aandelen.²¹ Een gelijke behandeling van indirecte en directe AB-aandelen is dan ook een doelstelling van de doorschuifregelingen die niet onbesproken mag blijven.²²

2.2.2. Uitgangspunten, totstandkoming en doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956

Uitgangspunten

Indien er aandelen in een vennootschap worden geschonken of krachtens erfrecht overgaan, dan is er sprake van een belastbaar feit voor de SW 1956, mits de schenker of erflater ten tijde van de schenking/het overlijden in Nederland woonachtig is.²³ Dit betekent dat er over de waarde van de schenking schenkbelasting verschuldigd is en over de waarde van de erfenis erfbelasting moet worden afgedragen.

Deze heffing van schenk- of erfbelasting op het moment van schenking of vererving kan worden geminimaliseerd door toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling, die is opgenomen in artikel 35b t/m 35f SW 1956. Om de faciliteit toe te kunnen passen, moet de omvang van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming worden bepaald. Voor het beleggingsvermogen van de onderneming geldt geen faciliteit en zal dan ook moeten worden afgerekend. Als eerste dient de going-concern waarde van de onderneming te worden bepaald. Indien de liquidatiewaarde hoger ligt dan de going-concernwaarde van de onderneming, wordt een 100% vrijstelling verleend voor het verschil tussen deze twee waarden. Vervolgens is de going concernwaarde bepalend voor de bepaling van omvang van het ondernemingsvermogen. Het ondernemingsvermogen wordt op verzoek voorwaardelijk vrijgesteld van schenk- of erfbelasting tot een bedrag van ruim € 1.000.000 per objectieve onderneming. Indien het ondernemingsvermogen meer bedraagt dan ruim € 1.000.000, wordt voor de resterende waarde van het ondernemingsvermogen een vrijstelling verleend van 83%.²⁴

Indien na toepassing van de voorwaardelijke vrijstellingen van de bedrijfsopvolgingsregeling nog schenk- of erfbelasting is verschuldigd, dan kan hiervoor uitstel van betaling worden aangevraagd. Dit uitstel geldt voor de duur van maximaal tien jaar en is rentedragend. Iedere verkrijger krijgt een eigen conserverende aanslag opgelegd indien er om uitstel van betaling

²⁰ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32129, nr. 3, p. 5 en 43.

²¹ Art. 17a, lid 5 Wet IB 2001 en art. 4.17c, lid 3 Wet IB 2001.

²² Voor een uitgebreide bespreking van de toerekeningsbepaling volsta ik door de verwijzen naar paragraaf 2.3.1.2.

²³ Art. 1, lid 1 SW 1956.

²⁴ Art. 35b, lid 1 SW 1956.

wordt verzocht.²⁵ Deze uitstelregeling geldt enkel voor het ondernemingsvermogen. Voor de verschuldigde belasting over het beleggingsvermogen kan geen beroep worden gedaan op de uitstel van betalingsregeling.

Totstandkoming

De bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 kent een lange geschiedenis. Al in 1923 is de eerste uitstelfaciliteit opgenomen in de Invorderingswet 1845. Deze uitstelfaciliteit hield in dat er renteloos uitstel van betaling werd verleend voor de te betalen schenk- of erfbelasting voor ten hoogste vijf jaar. Aan deze uitstelfaciliteit zijn in de loop der jaren veranderingen aangebracht. In 2002 is de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 geboren. De vrijstelling bedroeg bij invoering 30% van het ondernemingsvermogen. Daarnaast werden ook de voortzettingstermijn en de bezitstermijn al in het leven geroepen om te bewerkstelligen dat enkel reële bedrijfsopvolgingen werden gefaciliteerd. De bezitstermijn werd enkel gesteld bij de vrijstelling van schenkingsrecht, omdat bij overlijden de verschuldigde successierechten (lees: erfbelasting) tot financiële problemen kunnen leiden, ook wanneer de erflater het aanmerkelijk-belangenpakket gedurende korte periode heeft gehouden. Een andere reden voor het aangebrachte onderscheid op het gebied van de bezitstermijn is dat aan een erfrechtelijke verkrijging doorgaans geen keuze ten grondslag ligt in tegenstelling tot een schenking. Derhalve dienen een aan een schenking vanuit het oogpunt van oneigenlijk gebruik zwaardere eisen te worden gesteld.²⁶

De staatssecretaris merkt bij het Belastingplan 2005 op dat de vrijstelling van 30% als ontoereikend wordt ervaren voor de liquiditeitsproblemen bij bedrijfsoverdrachten. Daarom stelt hij voor om de vrijstelling te verhogen tot 50%.²⁷ De staatssecretaris geeft daarbij ook aan dat hij niet met zekerheid kan zeggen dat de verhoging van de vrijstelling naar 50% alle liquiditeitsproblemen oplost.²⁸ Derhalve is bij amendement een verhoging van het percentage aangenomen van 60% voor de jaren 2005 en 2006 en 75% vanaf 2007.²⁹ De staatssecretaris heeft bij de verhoging van het vrijstellingspercentage van 30% naar 50% aangegeven dat naar zijn mening een vrijstellingspercentage van meer dan 50% zijn doel voorbij zou schieten en daarmee in strijd zou kunnen komen met het gelijkheidsbeginsel.³⁰ Toch is met ingang van 1 januari 2010 het vrijstellingspercentage nog verder verhoogd tot 90%.³¹ Uiteindelijk is bij amendement de vrijstelling ingevoerd zoals we deze nu kennen, namelijk een 100% vrijstelling voor ondernemingsvermogen tot een waarde van € 1.000.000, gecombineerd met een 83% vrijstelling voor het meerdere.³² Door de vrijstelling afhankelijk te maken van de omvang van de objectieve onderneming is beoogd om het mkb-bedrijf meer van de vrijstelling te laten profiteren dan het grootbedrijf.³³

Overigens is de angst van de staatssecretaris dat deze dusdanig hoge vrijstelling in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel onterecht gebleken. De Hoge Raad heeft namelijk in 2013 geoordeeld dat de bedrijfsopvolgingsregeling niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.³⁴

²⁵ Art. 35b, lid 2 SW 1956 jo. art. 35b, lid 3 SW 1956 jo. art. 25 lid 12 IW 1990.

²⁶ *Kamerstukken II* 1997-1998, 25688, nr. 3, p. 8.

²⁷ *Kamerstukken II* 2004-2005, 29767, nr. 3, p. 17-18.

²⁸ *Kamerstukken II* 2004-2005, 29767, nr. 14, p. 39.

²⁹ *Kamerstukken II* 2004-2005, 29767, nr. 58, p. 3.

³⁰ *Kamerstukken II* 2004-2005, 29767, nr. 14, p. 38.

³¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 5.

³² *Kamerstukken II* 2009-2010, 31930, nr. 79, p. 2.

³³ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)', *WFR* 2016/183, p.1.

³⁴ HR 22 november 2013, *BNB* 2014/30.

Doelstellingen

Al bij de invoering van de renteloze uitstelregeling in 1984 werd de waarborging van de continuïteit van de onderneming als voornaamste reden gegeven.³⁵ Derhalve kon men zich ook enkel op deze uitstelregeling beroepen indien er sprake zou zijn van betalingsproblemen, wanneer men zich niet op de regeling zou beroepen. Als de erfrechtelijke verkrijging naast ondernemingsvermogen ook nog uit andere vermogensbestanddelen bestond waarmee de belasting kon worden voldaan, was een beroep op de regeling niet mogelijk. Er bestonden immers ook geen betalingsproblemen.³⁶ Ook wanneer de onderneming niet werd voortgezet, kon men geen renteloos uitstel aanvragen, omdat ook in deze situatie geen betalingsproblemen optraden. In eerste instantie was de regeling enkel in geval van overlijden van de AB-houder en kon er geen beroep op de regeling worden gedaan indien de AB-aandelen bij leven werden overgedragen. Maar omdat de staatssecretaris ongelijkheid tussen verkrijgingen middels schenking en verkrijgingen middels vererving onwenselijk vond, strekte de regeling zich ook tot het schenkingsrecht.³⁷

Dat de waarborging van de continuïteit van de onderneming de voornaamste reden is voor het bestaan van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 wordt ook bij de wijzigingen van de regelingen in 2002 en 2010 benadrukt. Schenk- of erfbelasting mag vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging vormen voor reële bedrijfsoverdrachten. De werkgelegenheid moet behouden blijven. De betaling van schenk- of erfbelasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien daarvoor liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken.³⁸ Ook hier wordt uitdrukkelijk genoemd dat het de bedoeling is om enkel reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren, zoals in 1984 al werd gesproken over de verplichte voortzetting om gebruik te kunnen maken van de faciliteit.

Met ingang van 1 januari 2010 is de gehele SW 1956 gewijzigd, zo ook de bedrijfsopvolgingsregeling. Een belangrijke doelstelling van de wijzigingen was om de SW 1956, en met name de bedrijfsopvolgingsregeling, eenvoudiger te maken.³⁹ Daarnaast is de nadruk nog meer komen te liggen op het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten. Onder een reële bedrijfsopvolging wordt verstaan: “een overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet.”⁴⁰ Om te bereiken dat de regeling uitdrukkelijk enkel reële bedrijfsopvolgingen faciliteert, zijn de eisen voor de verkrijging van ondernemingsvermogen aangescherpt. De staatssecretaris geeft terecht aan dat de doelstelling om de bedrijfsopvolgingsregeling te vereenvoudigen op gespannen voet staat met de doelstelling dat enkel reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden.⁴¹ Gedetailleerde wetgeving is namelijk niet te vermijden indien er een bepaalde doelgroep bereikt moet worden. Overigens heeft de staatssecretaris in 2014 aangegeven dat er wordt afgezien van vereenvoudiging van de bedrijfsopvolgingsregeling, omdat de complexe berekening voor de bepaling van de omvang van de objectieve onderneming niet leidt tot onoplosbare problemen bij de Belastingdienst.⁴² *De Beer en Hoogeveen* plaatsen echter hun

³⁵ *Kamerstukken II* 1983-1984, 18226, nr. 3, p. 3.

³⁶ *Kamerstukken II* 1983-1984, 18226, nr. 3, p. 4.

³⁷ *Kamerstukken II* 1983-1984, 18226, nr. 3, p. 4.

³⁸ *Kamerstukken II* 1997-1998, 25688, nr. 3, p. 7 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 4.

³⁹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 3.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 17 en art. 35b, lid 5 SW 1956.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 4 en 5.

⁴² Brief van de staatssecretaris van Financiën, 25 april 2014, nr. AFP/2014/302, V-N 2014/25.5.

twijfels bij de juistheid van deze veronderstelling door de staatssecretaris.⁴³ Naast het bereiken van eenvoud en het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten heeft de wetgeving met de aanpassing van de bedrijfsopvolgingsregeling rechtsvormneutraliteit willen bereiken. Zowel bij de schenking of vererving van een IB-onderneming als van AB-aandelen moeten de vermogensetiketteringsregels worden toegepast. Voor het ondernemingsbegrip in de SW 1956 wordt dan ook aangesloten bij het ondernemingsbegrip van de IB 2001.⁴⁴ In paragraaf 2.3.1.1. zal ik nader ingaan op dit ondernemingsbegrip.

Daarnaast is ook in de SW 1956 de toerekeningsbepaling opgenomen die bewerkstelligt dat de verkrijging van indirecte AB-aandelen niet nadeliger wordt behandeld dan de verkrijging van directe AB-aandelen.⁴⁵ Een gelijke behandeling van indirecte en directe AB-aandelen is dan ook een doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling die niet onbesproken mag blijven.⁴⁶

In de literatuur wordt kritisch gereageerd op de bedrijfsopvolgingsregeling. Zo is *Hoogeveen* van mening er in beginsel geen rechtvaardiging bestaat voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956. De te betalen schenk- of erfbelasting bedraagt in het ongunstigste geval 40% van de waarde van de onderneming. Indien de verkrijger niet in staat is om een lening van dusdanige omvang aan te trekken, dan zal de belastingverplichting leiden tot staking van de onderneming. Voor het overgrote deel van de ondernemingen bestaat dit financieringsprobleem niet. Voor de ondernemingen die deze belastingverplichting niet kunnen nakomen, is het bestaan van een betalingsuitstelregeling al voldoende. Daarnaast worden kopers van ondernemingen geconfronteerd met de grootste financieringslast, terwijl de kopers niet kunnen profiteren van de bedrijfsopvolgingsregeling. Zij dienen namelijk 100% van de waarde van de onderneming te financieren. De verkrijger krachtens erfrecht of schenking dient in het meest ongunstige geval 40% van de waarde van de onderneming te financieren en verkrijgt daarvoor faciliteiten. In lijn met de hiervoor opgenomen zwaardere financieringslast voor kopers, leidt de bedrijfsopvolgingsregeling tot dwangondernemers, daar de verkrijger van een onderneming krachtens vererving/schenking een beroep kan doen op de faciliteit en derhalve minder belasting verschuldigd is. Verkopen van de onderneming aan een derde is derhalve minder gunstig dan schenken aan een familielid.⁴⁷

Overigens lijkt een onderzoek van belastingadvieskantoor EY en University of St. Gallen uit te wijzen dat de 'hoge' erfbelasting Nederlandse ondernemers wel degelijk treft. De erfbelasting in Nederland is hoger dan in omliggende landen. Het onderzoek lijkt aan te tonen dat er een verband is tussen de ondernemingsactiviteiten en het tarief van de erfbelasting in een land, waarna de onderzoekers de conclusie trekken dat het erop lijkt dat de hoge erfbelasting ondernemerschap in de weg zit. Maar doordat er bij dit onderzoek veel onzekere factoren als aanname zijn gebruikt, is het niet overbodig om deze uitkomst wat te nuanceren.⁴⁸

⁴³ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)', *WFR* 2016/183.

⁴⁴ *Kamerstukken II*, 2008-2009, nr. 31930, nr. 9, blz. 95 en *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31930, nr. 3, blz. 42 en 43.

⁴⁵ Art. 35c, lid 5 SW 1956.

⁴⁶ Voor een uitgebreide bespreking van de toerekeningsbepaling volsta ik door de verwijzen naar paragraaf 2.3.1.2.

⁴⁷ Voor een uitgebreide analyse naar de effectiviteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving volsta ik door te verwijzen naar: M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Deventer: SDU 2011.

⁴⁸ EY Belastingadviseurs en University of St. Gallen, *Preserve your legacy: a global study on inheritance tax for family business*, 2017, te raadplegen via <http://www.familybusinessstaxindex.com>.

2.2.3. Voorbeeld

Zoals in voorgaande paragrafen is aangegeven, leidt toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten tot een enorme belastingbesparing. In deze paragraaf wil ik met behulp van een voorbeeld de impact duidelijk maken van het al dan niet kunnen toepassen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Casus

Mevrouw X is enig aandeelhouder van BV 1. De aandelen hebben een totale waarde van € 1.500.000. Mevrouw X heeft 20 jaar geleden € 10.000 voor de aandelen betaald. De onderneming bezit enkel ondernemingsvermogen. Mevrouw X komt te overlijden en haar zoon Y is haar enig erfgenaam.

Gevolgen voor de Wet IB 2001

Het overlijden van mevrouw X wordt voor de Wet IB 2001 aangemerkt als een fictieve vervreemding, wat betekent dat mevrouw X wordt geacht haar aandelen te hebben vervreemd ten tijde van het overlijden. Haar vervreemdingswinst bedraagt op grond van artikel 4.19, lid 1 Wet IB 2001 $\text{€ } 1.500.000 - \text{€ } 10.000 = \text{€ } 1.490.000$. Mevrouw X is inkomstenbelasting verschuldigd van 25% over $\text{€ } 1.490.000 = \text{€ } 372.500$.

Indien ten tijde van het overlijden van mevrouw X wordt voldaan aan de voorwaarden voor de doorschuiffaciliteit, wordt de verkrijgingsprijs van mevrouw X doorgeschoven naar haar zoon ex artikel 4.17a jo art. 4.39a Wet IB 2001. Hij verkrijgt immers de aandelen. Dat betekent dat mevrouw X geen inkomstenbelasting is verschuldigd bij haar overlijden, en haar zoon de aandelen overneemt voor dezelfde verkrijgingsprijs als die gold voor mevrouw X, € 10.000. Zo behoudt de Belastingdienst de belastingclaim.

Gevolgen voor de SW 1956

Door het overlijden van mevrouw X verkrijgt zoon Y 100% van de aandelen in BV 1. Dit is een verkrijging krachtens erfrecht met als gevolg dat er sprake is van een belastbaar feit voor de erfbelasting. Het tarief voor de erfbelasting bedraagt in dit geval 10% over de eerste € 122.269 en 20% over het meerdere. Ook krijgt de erfgenaam in casu een vrijstelling van € 20.209. Indien de bedrijfsopvolging niet van toepassing is, is zoon Y een erfbelasting verschuldigd over de waarde van verkrijging. Deze bedraagt € 1.500.000 verminderd met de inkomstenbelasting⁴⁹ van € 372.500 = € 1.127.500. Vervolgens mag zoon Y hier zijn vrijstelling op in mindering brengen, waardoor er een belaste verkrijging overblijft van € 1.107.291. De totale erfbelasting bedraagt derhalve $(10\% * \text{€ } 122.269) + (20\% \text{ over het meerdere}) = \text{€ } 209.231$.

Indien ten tijde van het overlijden van mevrouw X wordt voldaan aan de voorwaarden voor de bedrijfsopvolgingsregeling, kan de erfbelasting worden verminderd tot een bedrag van € 4.939.⁵⁰

⁴⁹ De inkomstenbelasting wordt gezien als een schuld. Een schuld mag ex art. 5 jo. 20 lid 3 SW 1956 in mindering worden gebracht op de erfrechtelijke verkrijging.

⁵⁰ Omvang ondernemingsvermogen: € 1.500.000. 100% vrijstelling ex artikel 35b lid 2 SW 1956: € 1.063.479. Het meerdere, € 436.521 wordt voor 83% vrijgesteld. Belaste verkrijging: € 74.208, waarop een latente inkomstenbelastingclaim in mindering kan worden gebracht. De latente inkomstenbelastingclaim bedraagt 6,25% van € 1.490.000 = € 93.125. Niet dit gehele bedrag kan in mindering worden gebracht, maar enkel het deel van de latentie dat kan worden toegerekend aan het deel van de onderneming dat niet is vrijgesteld in de SW 1956 (Zie voor een uitgebreide behandeling van de latente IB-schuld A.J. Janssen, 'Latentie binnen de bedrijfsopvolgingsregeling', FBN 2014/09

Conclusie

	Zonder faciliteiten	Met faciliteiten
Waarde aandelen	€ 1.500.000	€ 1.500.000
-/- IB over vervreemdingswinst	€ 372.500	-
-/- Latente IB-claim over niet vrijgesteld deel	-	€ 4.607
	€ 1.127.500	€ 1.495.393
-/- 100% vrijstelling	-	€ 1.063.479
-/- 83% vrijstelling	-	€ 362.313
-/- Kindvrijstelling	€ 20.209	€ 20.209
Belastbaar bedrag voor de SW	€ 1.107.291	€ 49.393
Verschuldigde erfbelasting	€ 209.231	€ 4.939

De totale belastingafdracht indien de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet van toepassing zijn bedraagt € 372.500 inkomstenbelasting + € 209.271 erfbelasting = € 581.771. Indien de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wel kunnen worden toegepast, bedraagt de totale belastingafdracht € 4.939 aan erfbelasting. Wel dient hier de kanttekening bij te worden gemaakt dat de inkomstenbelastingclaim enkel is uitgesteld, en dus in de toekomst wel betaald moet worden. Zo blijkt dat het al dan niet van toepassing zijn van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van groot belang kan zijn voor de continuïteit van de onderneming.

2.3. Voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen is, zoals is gebleken, één van de doelstellingen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Om te waarborgen dat enkel deze reële bedrijfsopvolgingen gebruik kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt er een aantal voorwaarden gesteld voor toepassing van deze faciliteiten. Ik zal hieronder de voorwaarden bespreken zoals deze vanaf 2010 gelden. Daarbij zal ik onderscheid maken tussen de voorwaarden die gelden voor beide bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, voorwaarden die enkel gelden voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en voorwaarden die enkel gelden voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956.

2.3.1. Voorwaarden voor toepassing van beide bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

2.3.1.1. Ondernemingsvermogen

Voor zowel de doorschuifregeling bij overgang krachtens erfrecht, de doorschuifregeling bij overdracht krachtens schenking als voor de bedrijfsopvolgingsregeling geldt de voorwaarde dat de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben, een onderneming moet drijven (of medegerechtigdheid houdt).⁵¹ Voor het ondernemingsbegrip wordt aangesloten bij artikel 3.2 Wet IB 2001. Hier heeft de wetgever bewust voor gekozen, met als doel het creëren van

en het recent gewezen arrest HR 14 april 2017, V-N 2017/834, waarin de Hoge Raad heeft bevestigd dat de IB-latentie naar evenredigheid moet worden toegerekend aan het voorwaardelijk vrijgestelde en het niet-vrijgestelde deel van de schenking/vererving). Dit is een bedrag van € 93.125 * (74.208 / 1.500.000) = € 4.607. De belaste verkrijging voor toepassing van de SW 1956 komt hiermee op een bedrag van € 69.601. Na toepassing van de vrijstelling resteert een belaste verkrijging van € 49.392. De totale erfbelasting bedraagt derhalve 10% * € 49.392 = € 4.939.

⁵¹ Art. 4.17a, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001, art. 4.17c, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 en Art. 35b, lid 1, onderdeel c SW 1956.

rechtsvormneutraliteit.⁵² Het ondernemingsbegrip wordt nu voor de AB-houder en de IB-ondernemer identiek uitgelegd. In dit artikel is geen definitie van het begrip ‘onderneming’ opgenomen. De staatssecretaris heeft daar bij de herziening van de Wet IB in 2001 bewust voor gekozen omdat hij van mening was dat het opnemen van een ondernemingsbegrip geen meerwaarde zou hebben ten opzichte van de bestaande jurisprudentie.⁵³ Dit betekent dat de praktijk is aangewezen op de jurisprudentie om te bepalen wat het ondernemingsbegrip inhoudt. Zoals de staatssecretaris ook aangeeft, is in de jurisprudentie aansluiting gezocht bij de bedrijfseconomische omschrijving van het ondernemingsbegrip. Deze omschrijving is als volgt: “een onderneming is een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid waarmee wordt beoogd winst te behalen door deelneming aan het maatschappelijk productieproces.”⁵⁴ Indien een vennootschap meerdere activiteiten verricht, wordt per activiteit afzonderlijk beoordeeld of deze activiteit kwalificeert als onderneming. Het kan dus zijn dat één objectieve onderneming meerdere subjectieve ondernemingen drijft. Bij de beoordeling of er sprake is van een onderneming wordt uitsluitend gelet op de feiten en omstandigheden.⁵⁵ Dat is de reden waarom er wordt gesproken over een objectieve onderneming.

Indien men heeft geconstateerd dat er aandelen worden overgedragen in een vennootschap die een onderneming drijft, moet worden beoordeeld welk deel van de overdrachtprijs daadwerkelijk is toe te rekenen aan het ondernemingsvermogen. Enkel voor het deel van de overdrachtprijs dat ziet op het ondernemingsvermogen, kan worden verzocht om toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.⁵⁶ In artikel 4.17a, lid 6 Wet IB 2001, artikel 4.17c, lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c, lid 1, onderdeel c, ten eerste en ten tweede SW 1956 wordt vervolgens nader toegelicht wat er onder ondernemingsvermogen wordt verstaan. Het ondernemingsvermogen is het bedrag van de bezittingen en schulden voor zover zij toerekenbaar zijn aan de onderneming vermeerderd met 5% van dat ondernemingsvermogen. Dit betekent dat beleggingsvermogen, tot ten hoogste 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen bij fictie ook als ondernemingsvermogen mag worden aangemerkt. Deze fictie is vanwege uitvoeringstechnische redenen opgenomen in de Wet IB 2001 en de SW 1956.⁵⁷ De meningen in de literatuur zijn eenzijdig negatief over deze 5%-marge. Zo zijn zowel *Van Vijfeijken*, *Gubbels*, *Stevens* als *De Wijkerslooth-Lhoëst* van mening dat de 5%-marge een onnodige inbreuk maakt op de rechtsvormneutraliteit.⁵⁸ Ik kan dan ook niet anders dan me volmondig aan te sluiten bij deze schrijvers. De discussie met de Belastingdienst omtrent de kwalificatie als ondernemingsvermogen zal altijd blijven spelen, ondanks de 5%-marge. Dit cadeautje zal gretig in ontvangst worden genomen door bedrijven. Overigens geldt een dergelijke 5%-marge niet voor de overdracht van de onderneming in de IB-winstsfeer, waardoor er inderdaad inbreuk wordt gemaakt op de rechtsvormneutraliteit.

⁵² *Kamerstukken II*, 2008-2009, nr. 31930, nr. 9, blz. 95 en *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31930, nr. 3, blz. 42 en 43

⁵³ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26727, nr. 3, blz. 93.

⁵⁴ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26727, nr. 3, blz. 93, o.a. bevestigd in HR 15 april 2016, *BNB* 2016/166, r.o. 2.3, waarin de HR de vooropstelling omtrent het begrip ondernemingsvermogen van het hof uit hof Arnhem-Leeuwarden, 12 mei 2015 bevestigd.

⁵⁵ HR 21 mei 1958, *BNB* 1958/212.

⁵⁶ Art. 4.17a, lid 2 Wet IB 2001 en art. 4.17c, lid 2 Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956.

⁵⁷ *Kamerstukken I* 2009-2010, 31930, nr. D, p. 34.

⁵⁸ I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, in: *Cursus Belastingrecht* S&E 11.2.0.D.f (online, laatst bijgewerkt op 23 december 2016), S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?’, *WPNR* 2009/6802 en S.A. Stevens, ‘de herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25.

Voor het overige beleggingsvermogen wordt bij de erflater of de schenker een (fictieve) vervreemding geconstateerd waardoor over dat beleggingsvermogen daadwerkelijk moet worden afgerekend. De verkrijgingsprijs die ziet op het afgerekende beleggingsvermogen wordt bij de verkrijger verhoogd om dubbele heffing te voorkomen.⁵⁹

De kwalificatie van vermogen als ondernemingsvermogen geschiedt met behulp van de vermogensetiketteringsregels die gelden in de winstsfeer.⁶⁰ De vermogensetiketteringsregels kennen drie categorieën vermogensbestanddelen, te weten verplicht ondernemingsvermogen, verplicht privévermogen en keuzevermogen.⁶¹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de belastingplichtige, binnen de grenzen van de redelijkheid, vrij is bij de indeling van vermogensbestanddelen in deze categorieën.⁶² Toetsing aan de redelijkheid brengt volgens vaste jurisprudentie mee dat er geen vrije keuze bestaat ingeval een activum uitsluitend of nagenoeg uitsluitend voor de onderneming wordt gebruikt. In dat geval moet het activum verplicht tot het ondernemingsvermogen worden gerekend.⁶³

Indien men geen IB-onderneming heeft, maar aandelen bezit in een VPB-onderneming gelden ook de regels die worden toegepast in de winstsfeer van de inkomstenbelasting. Een afwijking geldt voor het keuzevermogen, omdat als gevolg van artikel 2, lid 5 Wet VPB 1969 het leerstuk van keuzevermogen niet relevant is voor bepaalde VPB-ondernemingen, waaronder de BV en de NV. Al het vermogen dat in de IB-winstsfeer wordt aangemerkt als keuzevermogen, wordt in de AB-sfeer voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aangemerkt als ondernemingsvermogen.⁶⁴ Zowel de Hoge Raad, als de staatssecretaris hebben bevestigd dat liquide middelen die duurzaam overvloedig zijn, tot het beleggingsvermogen dienen te worden gerekend. De staatssecretaris geeft daarbij ook duidelijk aan dat dit beleggingsvermogen is en derhalve niet kwalificeert voor de doorschuiffaciliteiten.⁶⁵ De kwalificatie van vermogensbestanddelen als ondernemings- of beleggingsvermogen blijkt in de praktijk niet zo eenvoudig te zijn als het lijkt. Dit blijkt uit de enorme hoeveelheid jurisprudentie en literatuur die is geweest en geschreven over dergelijke problematiek.⁶⁶

2.3.1.2. Toerekening

In de praktijk komt het nauwelijks voor dat een AB-houder rechtstreeks aandelen houdt in het lichaam dat de onderneming drijft. Vaak houdt de schenker of de erflater AB-aandelen in een

⁵⁹ *Kamerstukken I* 2009-2010, 32128, nr. E, p. 32.

⁶⁰ S.A. Stevens, 'de herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25, p. 8 en A.C. Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht* IB 4.8.1.C.b (online, laatst bijgewerkt op 6 april 2017).

⁶¹ M.L.M. van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB 3.2.7.A.a1 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2017).

⁶² Meermaals bevestigd door de Hoge Raad, o.a. in HR 7 oktober 1953, *BNB* 1953/272, HR 29 september 1954, *BNB* 1954/313 en HR 25 maart 2016, *BNB* 2016/110.

⁶³ M.L.M. van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB 3.2.7.A.a1 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2017). en o.a. Hof Amsterdam 20 januari 2003, *V-N* 2003/22.12 en HR 29 mei 2009, *BNB* 2009/217.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 96.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32129, nr. 3, p. 43 en HR 8 mei 1985, *BNB* 1985/230.

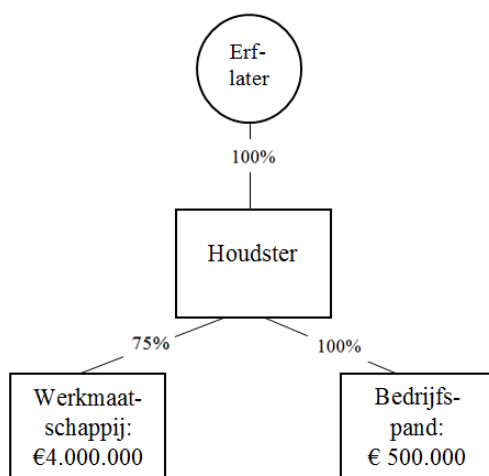
⁶⁶ Vooral de mogelijke kwalificatie als materiële onderneming bij exploitatie van vastgoed door vennootschappen is onderwerp van discussie, zie o.a. O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215 en T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4. Overigens heeft de Hoge Raad beslist in HR 15 april 2016, *BNB* 2016/166, dat verhuurd vastgoed tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend indien er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Rozendal concludeert in A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van de discussie?', *WFR* 2016/127, dat dit arrest waarschijnlijk geen einde gaat maken aan de discussie, omdat het arrest geen concrete richtlijnen biedt op basis waarvan verhuurd vastgoed als ondernemingsvermogen kan worden aangemerkt.

zogenoemde houdstervennootschap. De houdstervennootschap houdt vervolgens de aandelen in het lichaam dat de onderneming drijft, de zogenoemde werkmaatschappij. Dat betekent dat de AB-houder niet direct, maar indirect aandelen houdt in de werkmaatschappij. De wetgever heeft de verkrijging van dergelijke indirecte AB-aandelen niet slechter willen behandelen dan de verkrijging van directe AB-aandelen, waardoor voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een bepaling is opgenomen dat de bezittingen en schulden van de werkmaatschappij worden toegerekend aan de houdstervennootschap. Om met de woorden van de staatssecretaris te spreken bewerkstelligt deze toerekeningsregeling dat de ondernemingsactiviteiten van de werkmaatschappij naar het niveau van de houdster worden getrokken.⁶⁷ De toerekeningsbepaling is voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 opgenomen in de artikelen 4.17a, lid 5 Wet IB 2001 en 4.17c, lid 3 Wet IB 2001. Voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 is de bepaling terug te vinden in artikel 35c, lid 5 SW 1956.

Op grond van de wet vindt de toerekening in twee situaties plaats, te weten (1) ingeval de schenker of de erflater een indirect aanmerkelijk belang houdt in de werkmaatschappij of (2) wanneer de schenker of erflater een belang houdt tussen de 0,5% en de 5% in de werkmaatschappij dat bij de rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd. De voorwaarden bij deze tweede situatie zijn wel dat het oorspronkelijke indirecte aanmerkelijk belang enkel is verwaterd als gevolg van vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking en dat het lichaam waarop het belang betrekking heeft voorafgaand aan de verwatering een onderneming dreef of een kwalificerende medegerechtigdheid hield. Om de toerekeningssystematiek te verduidelijken, zal ik van iedere situatie een voorbeeld geven:

Voorbeeld 1: toerekening omdat de schenker of erflater een indirect belang houdt in de werkmaatschappij:

De erflater houdt 100% van de aandelen in de houdstervennootschap. De houdstervennootschap houdt op haar beurt 75% van de aandelen in de werkmaatschappij. Dat betekent dat de erflater indirect een belang houdt van 75% in de werkmaatschappij. De werkmaatschappij bezit enkel ondernemingsvermogen met een waarde van € 4.000.000. Naast de aandelen in de werkmaatschappij bezit de houdstervennootschap ook nog 100% van de aandelen in een beleggingsmaatschappij waarin het bedrijfspand zit met een waarde van € 500.000. Dit bedrijfspand wordt verhuurd aan de werkmaatschappij. De erflater overlijdt en laat zijn 100%-pakket aandelen in de houdstervennootschap na. De structuur is als volgt:

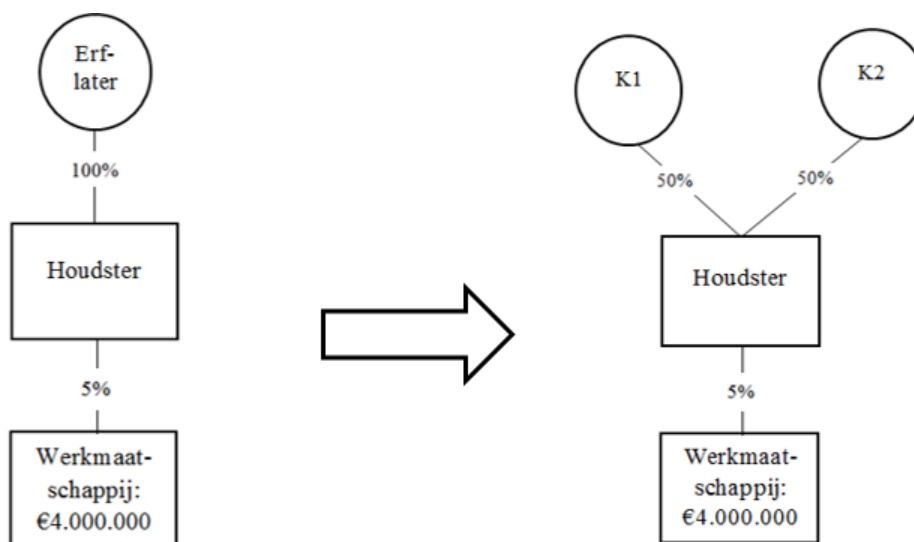


⁶⁷ Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 45.

Door het overlijden van erflater vererven de aandelen in de houdstervennootschap. De houdstervennootschap drijft geen onderneming. Maar omdat erflater indirect een aanmerkelijk belang hield in zowel de werkmaatschappij, als in de onderneming met het bedrijfspand, wordt er toegerekend op het niveau van de houdstervennootschap. Dat betekent dat 75% van de waarde van de werkmaatschappij (€ 3.000.000) en 100% van de waarde van het bedrijfspand (€ 500.000) wordt toegerekend aan de houdstermaatschappij, waardoor zij een onderneming drijft met ondernemingsvermogen van € 3.500.000. Het bedrijfspand is dienstbaar aan de werkmaatschappij. Omdat door de toerekening het bedrijfspand en de werkmaatschappij tot één objectieve onderneming worden gerekend, kwalificeert het pand nu als ondernemingsvermogen. Indien de erflater de aandelen in het bedrijfspand direct zou houden, dus zonder tussenkomst van de houdstervennootschap, zouden de aandelen niet in aanmerking zijn gekomen voor de bedrijfsopvolgingsregeling. De staatssecretaris heeft deze uitwerking van de toerekeningsbepaling bevestigd.⁶⁸

Voorbeeld 2: toerekening omdat de schenker of erflater een belang houdt tussen de 0.5% en de 5% in de werkmaatschappij dat bij de rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd.

De erflater houdt 100% van de aandelen in de houdstervennootschap. De houdstervennootschap houdt op haar beurt 5% van de aandelen in de werkmaatschappij. Dat betekent dat de erflater een indirect belang houdt van 5% in de werkmaatschappij. De werkmaatschappij bezit enkel ondernemingsvermogen met een waarde van € 4.000.000. Indien erflater overlijdt, vererven de aandelen in de houdstervennootschap. Toerekening kan nu nog gewoon plaatsvinden volgens de hoofdregel, omdat erflater een indirect aanmerkelijk belang houdt in de werkmaatschappij. De aandelen van erflater vererven naar zijn twee kinderen, ieder voor de helft. Dat betekent dat ieder van de kinderen indirect nog een belang houdt in de werkmaatschappij van 2,5%. De structuur is als volgt:



Indien kind 1 overlijdt, kan het belang in de houdster niet meer op grond van de hoofdregel worden toegerekend, omdat kind 1 slechts een indirect belang houdt van 2,5%. Maar doordat het oorspronkelijke belang bij de rechtsvoorganger (erflater) een aanmerkelijk belang is geweest, dit belang is verwaterd door vererving en de werkmaatschappij een

⁶⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, V-N 2013/8.17.

onderneming dreef vlak voorafgaand aan de verwatering, kan er toch toegerekend worden. Dat betekent dat de houdstervennootschap ondernemingsvermogen voor een bedrag van € 100.000 (2,5% van € 4.000.000) krijgt toegerekend, wat in aanmerking komt voor de bedrijfsopvolgingsregeling.

2.3.1.3. De AB-aandelen behoren niet tot een meetrek aanmerkelijk belang bij de vervreemder

De AB-aandelen moeten bij de vervreemder op het moment van vervreemding behoren tot een regulier aanmerkelijk belang, een meesleep aanmerkelijk belang of een fictief aanmerkelijk belang. Een meegetrokken aanmerkelijk belang is in artikel 4.17a, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001, artikel 4.17c, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 1, onderdeel c SW 1956 nadrukkelijk uitgezonderd van kwalificatie voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik ben van mening dat meegetrokken AB-aandelen ook gebruik moet kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten omdat een kwalificerend fictief aanmerkelijk belang kan ontstaan uit een niet kwalificerend meetrek aanmerkelijk belang.⁶⁹

2.3.2. Aanvullende voorwaarden voor toepassing van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001

De voorwaarden voor toepassing van de doorschuifregeling bij overgang krachtens erfrecht zijn terug te vinden in artikel 4.17a Wet IB 2001. Voor overdracht krachtens schenking zijn de voorwaarden te lezen in artikel 4.17c Wet IB 2001. De hier gestelde voorwaarden zijn cumulatief, wat betekent dat er enkel verzocht kan worden om toepassing van de doorschuifregelingen indien aan alle voorwaarden wordt voldaan. Uit deze artikelen kunnen we de eis van het ondernemingsvermogen en de toerekeningsbepaling halen, zoals hierboven besproken. Daarnaast kan men de voorwaarden die gesteld worden aan de vervreemder en de verkrijger afleiden, welke ik in de volgende sub paragrafen zal bespreken.

2.3.2.1. Eisen met betrekking tot de vervreemder en de verkrijger

Zoals hierboven is besproken, komen vermogensbestanddelen die bij de vervreemder tot een aanmerkelijk belang behoren in aanmerking voor de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001, mits het lichaam waarin de aandelen worden gehouden een onderneming drijft. Daarnaast zijn er ook nog een aantal voorwaarden waaraan de vervreemder en de verkrijger moeten voldoen om in aanmerking te komen voor de doorschuiffaciliteit. Deze voorwaarden zullen hier nader worden besproken.

De verkrijger is binnenlands belastingplichtig

De verkrijger dient overeenkomstig artikel 4.17a, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 en artikel 4.17c, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 binnenlands belastingplichtig te zijn om een beroep te kunnen doen op de doorschuifregelingen. De wetgever stelt hiermee de AB-claim veilig. De verkrijgingsprijs van de vervreemder wordt namelijk doorgeschoven naar de verkrijger. Indien de verkrijger niet binnenlands belastingplichtig is, dan kan claimverlies optreden, omdat de belastingverdragen veelal het heffingsrecht over vervreemdingswinsten op AB-aandelen toewijzen aan de woonstaat.⁷⁰ Indien de verkrijger geen binnenlands belastingplichtige is,

⁶⁹ Zie tevens ook J.P. Hofstra, 'NDFR-commentaar bij artikel 4.17a Wet IB 2001', (online, laatst bijgewerkt op 19 juni 2017). Stevens deelt mijn mening in S.A. Stevens, 'de herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25, p.9. De staatssecretaris is het daarentegen niet met ons eens, zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 20 en 21.

⁷⁰ Art. 13 OESO-modelverdrag.

kan niet worden doorgeschoven en zal de vervreemding afrekening tot gevolg hebben. Er wordt een conserverende aanslag opgelegd om directe afrekening te voorkomen.⁷¹

De verkregen aandelen gaan bij de verkrijger geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en gaan ook niet behoren tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem

In artikel 4.17a, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 en artikel 4.17c, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 staat tevens de voorwaarde opgenomen dat de verkregen aandelen bij de verkrijger geen deel mogen gaan uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en tevens mogen de aandelen niet gaan behoren tot het resultaat uit een werkzaamheid van de verkrijger. Deze bepaling is opgenomen om sfeerovergang van box 2 naar box 1 te voorkomen. In de literatuur wordt opgemerkt dat de verkrijger de AB-aandelen vrijwel nooit in de hoedanigheid van ondernemer verkrijgt. Dit betekent dat de doorschuifregelingen kunnen worden toegepast. Indien de aandelen vervolgens wel tot box 1-inkomen gaan behoren, vindt een fictieve vervreemding plaats op grond van artikel 4.16, lid 1 onderdeel f Wet IB 2001, waardoor er moet worden afgerekend. Claimverlies als gevolg van sfeerovergang treedt dan ook niet op en derhalve lijkt de bepaling dan ook overbodig.⁷²

Voorwaarde enkel bij overgang krachtens erfrecht: de overgang vindt plaats binnen 2 jaar na overlijden

Indien er sprake is van overgang van AB-aandelen krachtens erfrecht, dan dient de overgang onder bijzondere titel, bijvoorbeeld de afgifte van een legaat, binnen twee jaar na het overlijden plaats te vinden, conform artikel 4.17a, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001. Deze doorschuifregeling neemt afrekening als gevolg van de fictieve vervreemding door overlijden weg, maar de verdeling van de nalatenschap binnen twee jaar is vervolgens ook weer een vervreemding. Afrekening als gevolg van deze vervreemding kan tevens weer achterwege blijven door toepassing van de doorschuifregeling van artikel 4.17b, Wet IB 2001. Er hoeft hierbij geen nieuwe verdeling van ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen te worden gemaakt.⁷³

Voorwaarde enkel bij overdracht krachtens schenking: de verkrijger heeft gedurende 36 maanden onmiddellijk voorafgaand aan de vervreemding in dienstbetrekking gewerkt van de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben

De dienstbetrekkingseis die gesteld wordt bij verkrijging van AB-aandelen krachtens schenking is ingevoerd om te waarborgen dat er enkel reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. De staatssecretaris wil met deze eis bereiken dat er een duurzame band bestaat tussen de verkrijger en de onderneming.⁷⁴ Op grond van artikel 26d Uitvoeringsregeling Wet IB 2001 is er ook voldaan aan de dienstbetrekkingseis indien de verkrijger in dienstbetrekking is bij de werkmaatschappij van de houdstervenootschap, terwijl de aandelen in de houdstervenootschap worden geschonken aan de verkrijger.

⁷¹ Art. 2.8, lid 5 en 7 Wet IB 2001 jo. art. 25, lid 8 IW 1990 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 32129, nr. 3, p. 35 en 36.

⁷² J.E.A.M. van Dijck, 'De voorgestelde nieuwe aanmerkelijk-belangregeling, *WFR* 1996/991, p.11. In gelijke zin M.J. Hoogeveen, 'scheiding en aanmerkelijk belang', in: I.J.F.A. Vijfeijken, *Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding*, 's-Gravenhage: SDU 2012, p. 195-224.

⁷³ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32129, nr. 3, p 44.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32129, nr. 14, p. 7.

2.3.3. Aanvullende voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956

De voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling zijn terug te vinden in artikel 35c t/m 35e SW 1956. De hier gestelde voorwaarden zijn cumulatief, wat betekent dat er enkel verzocht kan worden om toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling indien aan alle voorwaarden wordt voldaan. Uit deze artikelen kunnen we de eis van het ondernemingsvermogen en de toerekeningsbepaling halen, zoals hierboven besproken. Daarnaast kan men de bezitseis en de voortzettingseis afleiden, welke ik in de volgende sub paragrafen zal bespreken.

2.3.3.1. Bezitseis

In artikel 35d SW 1956 is de bezitseis terug te vinden. Deze eis houdt in dat de erflater voorafgaand aan de vererving van de AB-aandelen deze aandelen tenminste één jaar in zijn bezit moet hebben gehouden. Indien er sprake is van een schenking, dient de schenker de geschonken aandelen tenminste vijf jaren voorafgaand aan de schenking in zijn bezit te hebben gehad. In artikel 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is een aantal situaties opgenomen waarin er niet wordt voldaan aan de bezitsperiode, maar er wel wordt geacht aan de bezitseis te zijn voldaan. De bezitseis is als onderdeel van de bedrijfsopvolgingsregeling opgenomen om enerzijds misbruik te voorkomen en in het verlengde daarvan, om de doelstelling van het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen kracht bij te zetten. Volgens de staatssecretaris is er namelijk pas sprake van een reële bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven.⁷⁵ Het onderscheid in bezitsperiode is aangebracht omdat een schenking beter te plannen is dan overlijden. Misbruik wordt dan eenvoudiger wanneer de bezitsperiode korter wordt. Bij overlijden is per 1 januari 2010 ook een bezitsperiode ingevoerd omdat in de praktijk bleek dat er misbruik werd gemaakt in situaties waarbij het overlijden voorzienbaar was.⁷⁶ Omdat de bedrijfsopvolgingsregeling enkel reële bedrijfsopvolgingen wenst te faciliteren, achtte de staatssecretaris de invoering van de bezitstermijn noodzakelijk.⁷⁷

De bezitseis is enkel als voorwaarde opgenomen bij de bedrijfsopvolgingsregeling. Bij de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 kennen we een dergelijke bezitseis niet. Dit verschil is te verklaren doordat er bij de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 enkel sprake is van uitstel van de belastingclaim, waar er bij de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 sprake is van afstel van betaling van de belastingclaim door de voorwaardelijke vrijstelling.⁷⁸

Zowel de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) als *De Wijkerslooth-Lhoëst* zijn van mening dat de bedrijfsopvolgingsregeling moet worden toegestaan indien een AB-houder komt te overlijden binnen de bezitstermijn van één jaar, maar uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de AB-aandelen niet zijn aangehouden met misbruik als doel.⁷⁹ Ik deel deze mening, aangezien de bezitseis materieel dient te worden uitgelegd. Indien er dan geen sprake is van misbruik is het mijns inziens niet nodig om een reële bedrijfsoverdracht uit te sluiten van de bedrijfsopvolgingsregeling.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 19 en 102.

⁷⁶ Hof Amsterdam 19 december 2008, *V-N* 2009/23.19.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 46.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32129, nr. 8, p. 9.

⁷⁹ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet 1956 (nr. 31930), 4 september 2009 en S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen', *WPNR* 2010/6841.

2.3.3.2. Voortzettingseis

De bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 bestaat uit een voorwaardelijke vrijstelling indien de verkrijging bestaat uit ondernemingsvermogen. De voorwaardelijke vrijstelling wordt pas een onvoorwaardelijke vrijstelling wanneer er is voldaan aan de voortzettingseis, die terug te vinden is in artikel 35e SW 1956. Op hoofdlijnen houdt de voortzettingseis in dat de verkrijger de onderneming minimaal vijf jaren voortzet. Indien de bedrijfsopvolgingsregeling is toegepast op de verkrijging van AB-aandelen, wordt er niet aan de voortzettingseis voldaan indien de aandelen binnen vijf jaren na verkrijging worden vervreemd⁸⁰, worden omgezet in preferente aandelen of indien de onderneming waarop de aandelen betrekking hebben (voor een gedeelte) ophoudt winst te genieten. De staatssecretaris heeft bevestigd dat de voortzettingseis enkel geldt voor de verkregen aandelen in het kader van de bedrijfsopvolging. Indien de verkrijger al aandelen in de onderneming bezat, kunnen deze binnen vijf jaren worden vervreemd zonder gevolgen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling.⁸¹ Evenals bij de bezitseis, zijn voor de voortzettingseis ook bepalingen opgenomen in de uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting waarin wordt geacht aan te voortzettingseis te zijn voldaan, terwijl dat formeel niet zo is.⁸²

De voortzettingseis is, net zoals de bezitseis, enkel als voorwaarde opgenomen bij de bedrijfsopvolgingsregeling. De reden daarvoor is dan ook gelijk aan die van de bezitseis. Ik volsta hier dan ook door te verwijzen naar paragraaf 2.3.3.1, tweede alinea.

De voortzettingstermijn vangt bij schenking aan op het moment van verkrijging. Bij overlijden begint de voortzettingstermijn te lopen op het moment van overlijden.⁸³ Dit is immers het belastbare feit voor de erfbelasting. Het moment van overlijden is dus bepalend voor de beantwoording van de vraag of er aan het voortzettingseis is voldaan, niet het moment van verdeling.

2.4. Indirect belang < 5% en de bezits- en voortzettingseis

Zoals in paragraaf 2.3.1.2. is besproken vindt er enkel toerekening plaats voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ingeval de erflater/schenker een indirect (verwaterd) aanmerkelijk belang heeft in de werkmaatschappij. Dat betekent dat er bij een indirect belang van kleiner dan 5% geen toerekening plaatsvindt. Het belang in de werkmaatschappij wordt dan met behulp van de vermogensetiketteringsregels aangewezen als ondernemingsvermogen of als beleggingsvermogen. Indien het belang wordt geëtiketteerd als beleggingsvermogen, dan zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet van toepassing. Indien het belang als ondernemingsvermogen wordt geëtiketteerd, dan zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing, zo blijkt uit het hoofdarrest van deze thesis, die in het volgende hoofdstuk uitgebreid besproken wordt⁸⁴. De strikte voorwaarden, zoals de bezits- en voortzettingseis, die de wetgever heeft gekoppeld aan toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn gekoppeld aan het aandelenbelang van de erflater/schenker in de houdstervennootschap. Zij gelden daarom niet voor het indirecte belang dat op grond van de vermogensetiketteringsregels tot het ondernemingsvermogen van de

⁸⁰ Voor het vervreemdingsbegrip wordt aangesloten bij het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB 2001, zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 46. Daarnaast wordt het vervreemdingsbegrip in art. 35e, lid 3 SW 1956 uitgebreid.

⁸¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, V-N 2013/8.17.

⁸² Art. 10 Uitvoeringsregeling Schenk- en erfbelasting.

⁸³ S.A. Stevens, 'de herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25, p.16.

⁸⁴ HR 22 april 2016, *BNB* 2016/167.

houdstervennootschap wordt gerekend.⁸⁵ Dit betekent dus dat de bezits- en voortzettingseis niet geldt voor een indirect belang dat kleiner is dan 5%, omdat de kwalificatie ondernemingsvermogen dan voortkomt vanuit de vermogensetikettering, maar dat de bezits- en voortzettingseis volgens de staatssecretaris wel geldt voor een indirect aanmerkelijk belang, omdat dan de bovengenoemde toerekeningbepaling zijn toepassing vindt.⁸⁶ Dat de staatssecretaris een wetswijziging op zijn plaats vindt, is vanuit zijn perspectief dan ook te begrijpen. Ik zal in paragraaf 3.3.2. nader invulling geven aan de verschillende zienswijzen omtrent het al dan niet gelden van de bezits- en voortzettingseis voor het indirecte (aanmerkelijk) belang.

2.5. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn de uitgangspunten, doelstellingen en voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan de orde geweest. De doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 bewerkstelligen dat de Belastingdienst zijn belastingclaim behoudt zonder dat de erfgenamen in betalingsproblemen komen en zonder dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Daarnaast is met de wijzigingen in 2010 beoogd rechtsvormneutraliteit te bereiken, om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en geen onderscheid aan te brengen tussen de vererving/schenking van directe AB-aandelen ten opzichte van indirecte AB-aandelen. Vrijwel identieke doelstellingen liggen ten grondslag aan de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956. Ook hier staan waarborging van de continuïteit van de onderneming, rechtsvormneutraliteit en het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen hoog in het vaandel.

De doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 kunnen worden toegepast indien er ondernemingsvermogen wordt verkregen, de aandelen niet als AB-aandelen worden aangemerkt op grond van een meetrek aanmerkelijk belang, de verkrijger binnenlands belastingplichtig is en er geen sprake is van sfeerovergang van box 2 naar box 1. Indien de aandelen worden geschonken moet daarnaast nog voldaan zijn aan de dienstbetrekkingseis. Bij vererving van aandelen moet de overgang onder bijzondere titel plaatsvinden binnen twee jaar na overlijden. De bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 kan enkel worden toegepast indien er ondernemingsvermogen wordt verkregen en er is voldaan aan zowel de bezitseis als de voortzettingseis.

Om indirecte belangen en directe belangen zoveel mogelijk gelijk te behandelen, is er een toerekeningbepaling opgenomen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, die bepaalt dat er wordt toegerekend indien de erflater/schenker een (verwaterd) indirect aanmerkelijk belang heeft in de werkmaatschappij. Een indirect belang van kleiner dan 5% kan kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien dit belang wordt geëtiketteerd als ondernemingsvermogen van de houdstervennootschap. Het gevolg is dat dit belang niet onderworpen is aan de strikte voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die gekoppeld zijn aan het aandelenbelang van de erflater/schenker in de houdstervennootschap. De reactie van de staatssecretaris is vanuit deze optiek dan ook te begrijpen.

⁸⁵ N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 2.

⁸⁶ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

3. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de periode vanaf juli 2016

3.1. Inleiding

Op 22 april 2016 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waar de staatssecretaris het benauwd van kreeg.⁸⁷ Reparatiwetgeving was volgens hem dan ook de enige manier om het arrest van de Hoge Raad ongedaan te maken. Deze reparatiwetgeving is opgenomen in het pakket Belastingplan 2017 en heeft terugwerkende kracht tot en met het tijdstip waarop deze reparatiwetgeving bij persbericht bekend is gemaakt: 1 juli 2016.⁸⁸ In dit hoofdstuk bespreek ik eerst het hoofdarrrest van deze thesis. Vervolgens neem ik de wetsaanpassing onder de loep en hierbij schenk ik aandacht aan zowel de positieve aspecten van de wetsaanpassing als aan de kritiek die kan worden geuit op de wetsaanpassing. Alvorens ik eindig met een tussenconclusie, zal ik de wetwijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bekijken.

3.2. Aanleiding tot de wetwijziging: het arrest BNB 2016/167

Wanneer de erflater/schenker een (verwaterd) indirect aanmerkelijk belang houdt in een werkmaatschappij, dienen de activiteiten van de werkmaatschappij voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te worden toegerekend aan de houdsterverenning waarin de erflater/schenker direct aandelen houdt.⁸⁹ Deze toerekeningsbepaling brengt met zich mee dat er geen toerekening van activiteiten van de werkmaatschappij plaatsvindt indien er geen (verwaterd) indirect aanmerkelijk belang wordt gehouden. Als de toerekening al dan niet heeft plaatsgevonden worden de bezittingen en schulden van de houdsterverenning geëtiketteerd met behulp van de vermogensetiketteringsregels. In *BNB 2016/167* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat onder voorwaarden een indirect aandelenbelang dat niet kwalificeert als (verwaterd) aanmerkelijk belang als ondernemingsvermogen kan worden aangemerkt en dus kan kwalificeren voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik begin deze paragraaf met het schetsen van de casus van het arrest. Vervolgens behandel ik de uitspraak van rechtbank Den Haag, de uitspraak van het gerechtshof Den Haag en het arrest van de Hoge Raad.

3.2.1. De casus

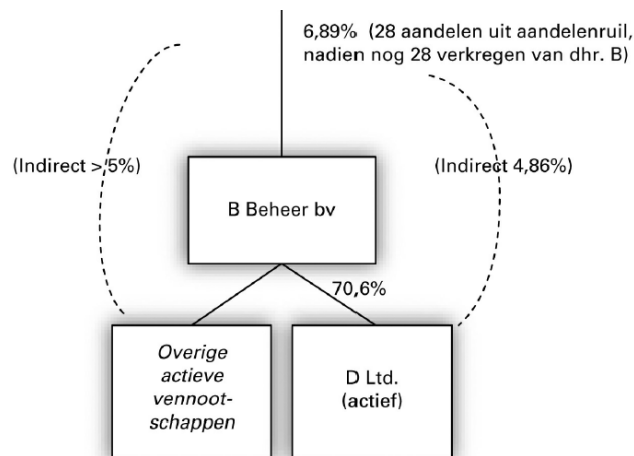
Belanghebbende verkrijgt als erfgenaam en tevens weduwe van de erflater 6,89% van de aandelen in een houdsterverenning, genaamd B Beheer B.V.. B Beheer B.V. houdt meerdere actieve deelnemingen. Al deze deelnemingen vormen bij erflater een indirect aanmerkelijk belang, behalve de deelneming in D Ltd.. B Beheer B.V. houdt direct een belang van 70,6% in D Ltd., waardoor erflater indirect slechts een aandelenbelang van 4,86% heeft in D Ltd.. De structuur kan versimpeld als volgt worden weergegeven⁹⁰:

⁸⁷ HR 22 april 2016, *BNB 2016/167*.

⁸⁸ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-000092955, V-N 2016/35.13.

⁸⁹ Zie paragraaf 2.3.1.2. voor een uitgebreide behandeling van de toerekeningsbepaling.

⁹⁰ J.P. Hofstra, 'NDFR-commentaar bij artikel 4.17c Wet IB 2001', (online, laatst bijgewerkt op 18 juni 2017).



Alle bezittingen en schulden van de overige actieve vennootschappen worden door toepassing van de toerekeningsbepaling toegerekend aan B Beheer B.V.. De indirecte belangen van de erflater in deze deelnemingen zijn namelijk groter dan 5%, waardoor deze aandelenbelangen als kwalificerende indirecte aanmerkelijk belangen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen worden aangemerkt. De overige actieve vennootschappen dreven met hun gehele vermogen een onderneming. De toegerekende vermogensbestanddelen vormden dus voor B Beheer B.V. ondernemingsvermogen waarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing waren. In geschil was of de deelneming in D Ltd., waarin de erflater geen indirect aanmerkelijk belang houdt maar slechts een belang van 4,86%, ook in aanmerking komt voor deze bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De toerekeningsbepaling is immers niet van toepassing op dit indirecte aandelenbelang.

3.2.2. Uitspraak rechtbank Den Haag

Rechtbank Den Haag oordeelt dat het indirecte belang van de erflater in D Ltd. kwalificeert als ondernemingsvermogen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, hoewel het indirecte belang kleiner is dan 5% en het geen verwaterd aanmerkelijk belang vormt.⁹¹ De indirecte belangen die erflater houdt in de overige actieve vennootschappen vormen namelijk wel indirecte aanmerkelijke belangen, waardoor de toerekeningsbepaling van toepassing is op deze belangen. De bezittingen en schulden van de overige actieve vennootschappen worden toegerekend aan B Beheer B.V. Vervolgens worden deze bezittingen en schulden op de balans van B Beheer B.V. geëtiketteerd als ondernemingsvermogen of beleggingsvermogen. Omdat de overige actieve vennootschappen allemaal een onderneming drijven, wordt B Beheer B.V. geacht ook een onderneming te drijven. Indien de activiteiten van de vennootschap waarin het (niet voor toerekening kwalificerende) indirecte belang wordt gehouden, D Ltd., in het verlengde liggen van de activiteiten van de houdstervenootschap, B. Beheer B.V., dan moet het indirect gehouden belang tenminste als keuzevermogen worden geëtiketteerd. Keuzevermogen wordt vervolgens aangemerkt als ondernemingsvermogen.⁹² Volgens de rechtbank is in casu tenminste sprake van keuzevermogen waardoor het belang in D Ltd. kwalificeert als ondernemingsvermogen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De vraag of een deelneming automatisch als beleggingsvermogen kwalificeert indien de toerekeningsbepaling niet van toepassing is, beantwoordt de rechtbank dus ontkennend.

⁹¹ Rb. Den Haag 22 april 2014, V-N 2014/39.22. Zie ook D. Fluijt, 'De BOR: indirecte aandachtspunten, direct oppassen!', *KWEP* 2016/29, p. 13.

⁹² *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 96.

De inspecteur stelt hoger beroep in.

3.2.3. Uitspraak gerechtshof Den Haag

Het gerechtshof Den Haag komt tot een afwijkend oordeel.⁹³ Het indirecte belang van erflater in D Ltd. kan volgens het hof niet worden aangemerkt als ondernemingsvermogen en derhalve niet kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat er geen sprake is van een indirect (verwaterd) aanmerkelijk belang. Het indirecte belang is namelijk niet voortgekomen uit een vroeger indirect aanmerkelijk belang dat door verwatering onder de 5%-eis is gekomen. Hierdoor wordt er niet toegekomen aan de toerekeningsbepaling en derhalve wordt er, volgens het hof, ook niet toegekomen aan de vermogensetikettering zoals die bij de fiscale winstbepaling geldt.

Belanghebbende stelt cassatieberoep in.

Redactie Vakstudie Nieuws reageert vol verbazing op de uitspraak van het hof.⁹⁴ Het hof gaat wel in op de vraag over de toerekening. Dat er in casu geen sprake is van een indirect verwaterd aanmerkelijk belang en dat er derhalve niet wordt toegekomen aan de toerekeningsbepaling, is een juiste constatering van het hof. Tot zover kan *Redactie Vakstudie Nieuws* het oordeel van het hof volgen. Vervolgens oordeelt het hof dat, als de onderliggende vermogensbestanddelen niet kunnen worden toegerekend, niet wordt toegekomen aan de vermogensetikettering zoals die geldt bij de fiscale winstbepaling. *Redactie Vakstudie Nieuws* ziet dit anders. Als eerste dient er, aldus *Redactie Vakstudie Nieuws*, beoordeeld te worden of de houdstervennootschap, B Beheer B.V., een onderneming drijft. Omdat B Beheer B.V. al meerdere toegerekende belangen heeft in de overige actieve vennootschappen, dient dit bevestigend beantwoord te worden. De tweede vraag is vervolgens welke activa van B Beheer B.V. als ondernemingsvermogen moeten worden aangemerkt. Volgens *Redactie Vakstudie Nieuws* speelt daarbij de toerekeningsbepaling geen enkele rol meer. *Redactie Vakstudie Nieuws* had dan ook gedacht dat het hof tot hetzelfde oordeel zou komen als de Rechtbank. *Hofstra* reageert in woorden van gelijke strekking.⁹⁵ Volgens hem zit de onjuistheid van de hofuitspraak in het tweede deel van de beslissing, namelijk dat er niet wordt toegekomen aan de vermogensetikettering indien er niet aan de toerekening wordt toegekomen. Ook *Ganzeveld* levert kritisch commentaar.⁹⁶ Naar haar mening vliegt het hof twee keer uit de bocht bij deze uitspraak. Ten eerste door een primaat toe te kennen aan de toerekeningsbepaling in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ten tweede door een discutabele uitleg van de verwateringsbepaling in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ook zij concludeert dat het vermogen van de houdstervennootschap moet worden geëtiketteerd indien voorafgaand aan deze etikettering is vastgesteld dat de houdstervennootschap een onderneming drijft.

3.2.4. Arrest Hoge Raad

Het laatste woord is aan de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en bevestigt de uitspraak van de rechtbank.⁹⁷ Hij redeneerde als volgt:

⁹³ Hof Den Haag 13 mei 2015, V-N 2015/28.21. Zie ook D. Fluijt, 'De BOR: indirecte aandachtspunten, direct oppassen!', *KWEP* 2016/29, p. 13.

⁹⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, arrest hof Den Haag 13 mei 2015, V-N 2015/28.21.

⁹⁵ J.P. Hofstra, 'NDFR-commentaar bij artikel 4.17c Wet IB 2001', (online, laatst bijgewerkt op 18 juni 2017).

⁹⁶ J. Ganzeveld, noot bij hof Den Haag 13 mei 2015, *NDFR* 2015/1797.

⁹⁷ HR 22 april 2016, *BNB* 2016/167.

1. Voor de indirecte aanmerkelijk belangen van de erflater in de overige actieve vennootschappen worden de bezittingen en schulden van deze vennootschappen toegerekend aan B Beheer B.V. door de toerekeningsbepaling.
2. Omdat buiten geschil is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing zijn op de overige actieve vennootschappen, is het gevolg dat B Beheer B.V. wordt geacht een onderneming te drijven.
3. Gevolg is dat op grond van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van B Beheer B.V. zelf tot het ondernemingsvermogen behoren. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de parlementaire geschiedenis waarin de staatssecretaris het volgende heeft gezegd: 'Indien na consolidatie met de werkmaatschappij de holding wordt geacht een onderneming te drijven en de vordering op grond van de vermogensetiketteringsregels tot het ondernemingsvermogen behoort, kwalificeert de vordering'.⁹⁸
4. Een aandelenbelang hoeft niet anders te worden behandeld dan andere vermogensbestanddelen van B Beheer B.V.

De Hoge Raad concludeert dus ook dat eerst de vraag beantwoordt dient te worden of B Beheer B.V. een onderneming drijft. Zo ja, dan gelden de vermogensetiketteringsregels om vast te stellen met welke bezittingen en schulden B Beheer B.V. een onderneming drijft.

3.3. Vormgeving wetswijziging per 1 juli 2016

De staatssecretaris kreeg het, zoals gezegd, benauwd van dit arrest van de Hoge Raad. Volgens hem maakte het arrest van de Hoge Raad het mogelijk om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ook volledig toe te passen op beleggingsvermogen, iets dat niet past binnen de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarnaast zou dit arrest een budgettaire derving van enkele tientallen miljoenen betekenen, die nog op zou kunnen lopen omdat de praktijk kwalificerende situaties gaat creëren. Op 1 juli 2016 heeft de staatssecretaris dan ook reparatiewetgeving aangekondigd om de gevolgen van het arrest ongedaan te maken.⁹⁹ Deze paragraaf trap ik af met de vormgeving van de wetswijziging. Vervolgens bespreek ik zowel de positieve aspecten als de kritiekpunten van de wetswijziging. Als laatste bekijk ik de wetswijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

3.3.1. Formulering wetswijziging

De reparatiewetgeving is opgenomen in het Belastingplan 2017 en is vormgegeven door een lid toe te voegen aan artikel 4.17a Wet IB 2001 en artikel 35c SW 1956. In artikel 4.17c Wet IB 2001 wordt verwezen naar het extra lid dat aan artikel 4.17a Wet IB 2001 wordt toegevoegd. Het toegevoegde lid luidt als volgt:

"Tot het vermogen van de onderneming wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam".¹⁰⁰

De wetswijziging betekent dat een indirect belang kleiner dan 5%, met uitzondering van het verwaterde indirecte aanmerkelijke belang, niet meer onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten valt. Een direct gehouden belang kleiner dan 5% kwalificeert immers ook niet, tenzij er sprake is van een fictief aanmerkelijk belang. De wetgever heeft bij de wijziging van de SW 1956 per 1 januari 2010 ook aangegeven dat de erflater/schenker met een belang van kleiner dan 5% niet is aan te merken als ondernemer. Om enkel reële bedrijfsopvolgingen te

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2009-2010, 31930, nr. 13, p. 27.

⁹⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

¹⁰⁰ Art. 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en art. 35c, lid 6 SW 1956.

faciliteren dient de erflater/schenker ondernemer te zijn en derhalve minimaal 5% van de aandelen in zijn bezit te hebben.¹⁰¹

Door een belang in ander lichaam niet meer tot het ondernemingsvermogen van de houdstervennootschap te rekenen, worden alle door de houdstervennootschap gehouden belangen tot het beleggingsvermogen gerekend. Indien het belang van de houdster in de werkmaatschappij een indirect aanmerkelijk belang vormt voor de erflater/schenker, blijft de toerekeningsbepaling onverminderd gelden. Hierdoor worden alsnog de bezittingen en schulden van dit indirecte aanmerkelijke belang toegerekend aan de houdstervennootschap. De staatssecretaris heeft nadrukkelijk aangegeven dat uitsluiting van het belang zelf als gevolg van het nieuwe art. 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en art. 35c, lid 6 SW 1956 geen gevolgen heeft voor de toerekeningsbepaling.¹⁰² Het wordt een ander verhaal indien het belang dat de houdster in de werkmaatschappij bezit geen (verwaterd) indirect aanmerkelijk belang vormt voor de erflater/schenker. In dat geval geldt de toerekeningsbepaling niet en wordt het gehele belang aangemerkt als beleggingsvermogen, met als gevolg dat kwalificatie voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is uitgesloten. Dit is precies wat de wetgever heeft willen bereiken met deze wetwijziging.

Voor een direct aanmerkelijk belang verandert er niets. Een dergelijk belang blijft kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Voor een direct belang kleiner dan 5% verandert er eveneens niets. Een dergelijk belang kwalificeert niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, met uitzondering van een direct fictief aanmerkelijk belang. Het indirecte (verwaterde) aanmerkelijk belang blijft kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten door middel van de toerekeningsbepaling. Ook hiervoor blijft de oude regeling dus ongewijzigd voortbestaan.

3.3.2. Positieve aspecten wetwijziging

Het arrest van de Hoge Raad heeft volgens de staatssecretaris een verruiming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten tot gevolg die niet aansluit bij de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Met de wetwijziging wordt beoogd de reikwijdte van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten weer in lijn te krijgen met de uitleg van de wet zoals de Belastingdienst die hanteert. De staatssecretaris ziet een aantal onwenselijke gevolgen van het arrest van de Hoge Raad.

Beleggingsvermogen

In de eerste plaats kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als gevolg van het arrest ook worden toegepast op het in het kleine indirecte belang aanwezige beleggingsvermogen. De vermogensetiketteringsregels worden immers op het indirecte aandelenbelang van kleiner dan 5% als geheel toegepast met als gevolg dat het belang als geheel wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Het beleggingsvermogen dat eventueel aanwezig is in het indirecte belang wordt daardoor ook als ondernemingsvermogen aangemerkt waardoor dat beleggingsvermogen kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De staatssecretaris meent dat hierdoor zelfs oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten mogelijk wordt.¹⁰³

Bezits- en voortzettingseis

In de tweede plaats gelden de bezits- en voortzettingseis niet voor het indirecte kleine belang. Als gevolg van het arrest van de Hoge Raad kwalificeren de aandelen van de

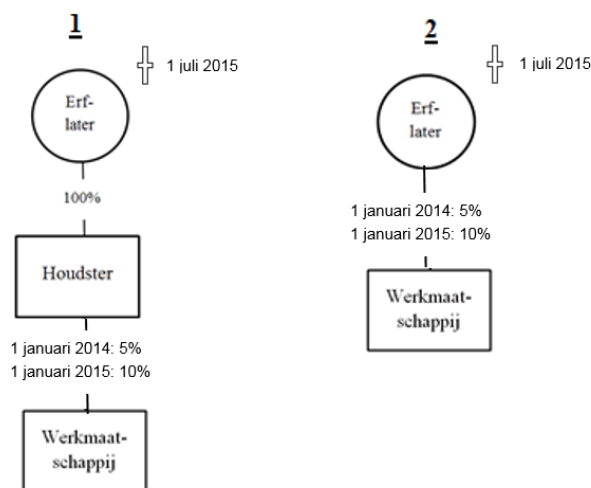
¹⁰¹ *Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 44.*

¹⁰² Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

¹⁰³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

dochtervennootschap, waarin het belang kleiner dan 5% was, als bedrijfsmiddel. Het gevolg daarvan is dat er geen onderscheid kan worden aangebracht tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Daarnaast kunnen de bezits- en voortzettingseis niet gelden voor de in de dochtervennootschap gedreven onderneming.¹⁰⁴ Indien een indirect aandelenbelang op grond van de vermogensetiketteringsregels kwalificeert als ondernemingsvermogen, zijn hier de bezits- en voortzettingseis niet op van toepassing, zo heeft ook de staatssecretaris bevestigd.¹⁰⁵ Dit is één van de redenen geweest om tot de wetwijziging over te gaan.

De staatssecretaris heeft dus duidelijk aangegeven dat de bezits- en voortzettingseis niet van toepassing zijn op een indirect klein aandelenbelang dat op grond van de vermogensetiketteringsregels kwalificeert als ondernemingsvermogen. De vraag die dan bij mij opkomt is of de bezits- en voortzettingseis wel geldt voor een indirect belang dat op grond van de toerekeningsbepaling aan de houdstervennootschap wordt toegerekend. Op grond van de wettekst worden de bezits- en voortzettingseis getoetst op het niveau van het directe belang dat de erflater/schenker houdt in de houdstervennootschap. De staatssecretaris, en daarmee ook de Belastingdienst is echter van mening dat de bezits- en voortzettingseis ook van toepassing zijn op de toegerekende onderneming indien de toerekeningsbepaling van toepassing is.¹⁰⁶ Bezien vanuit het willen bereiken van gelijke behandeling van directe en indirecte belangen is dit een logische gedachte. Immers, indien de bezits- en voortzettingseis niet zullen gelden voor het indirecte belang, dan zal een erflater/schenker met een direct belang slechter worden behandeld dan een erflater/schenker met een indirect belang waarop de toerekeningsbepaling van toepassing is. Deze voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wettelijke verschillende behandeling van economisch dezelfde situaties past niet binnen bovengenoemd uitgangspunt van de staatssecretaris, zo merken ook *De Wijkerslooth-Lhoëst* en *Swank* op.¹⁰⁷ Ter verduidelijking geef ik onderstaand voorbeeld¹⁰⁸.



¹⁰⁴ W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'NDFR-commentaar bij artikel 35c SW 1956', (online, laatst bijgewerkt op 27 januari 2017).

¹⁰⁵ *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34553, nr. 7, p. 18.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34553, nr. 7, p. 18.

¹⁰⁷ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst en P.J. Swank, 'Knelpunten in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *Estate Planner Digitaal* 2011/02, p. 5.

¹⁰⁸ Dit voorbeeld is ontleent aan voorbeeld in S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst en P.J. Swank, 'Knelpunten in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *Estate Planner Digitaal* 2011/02.

Beide situaties zijn in beginsel gelijk, behalve dat de erflater in situatie 1 een indirect belang houdt en in situatie 2 een direct belang. In situatie 2 is op grond van de wettekst de bedrijfsopvolgingsregeling slechts van toepassing op 5%. Voor de overige 5% is namelijk niet aan de bezitseis van één jaar voldaan. In situatie 2, zou, indien er voldaan is aan de bezitseis voor het belang in de houdstervennootschap, de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing zijn op het gehele belang omdat op grond van de wettekst de bezitseis niet doorwerkt naar het indirecte belang.¹⁰⁹

Ik kan me dan ook vinden in de visie van de staatssecretaris dat het wenselijk is om beide situaties hetzelfde te behandelen en dat dus in situatie 1 de bedrijfsopvolgingsregeling ook slechts op 5% van toepassing is. Dit wordt bereikt door de bezitseis wel door te trekken naar het indirecte belang. Anderzijds kan ik me ook vinden in de visie van de belastingplichtigen dat de bezits- en voortzettingseis niet voor het indirecte belang geldt. Op grond van de wettekst is dit namelijk niet zo. Het belang dat de houdstervennootschap in de deelneming heeft, het indirecte belang voor de erflater/schenker, is een bezitting van die houdstervennootschap. De overige bezittingen van de houdstervennootschap worden ook niet allemaal apart onderworpen aan de bezits- en voortzettingseis. Hof Den Haag heeft recentelijk geoordeeld dat de bezitseis niet voor iedere bezitting van de werkmaatschappij apart getoetst hoeft te worden¹¹⁰. Hof Den Haag lijkt in deze uitspraak de zienswijze van de staatssecretaris te bevestigen dat de bezits- en voortzettingseis ook geldt voor het indirecte aanmerkelijk belang dat onder de toerekeningsbepaling valt.¹¹¹ Ik kan me wel verplaatsen in de zienswijze van de staatssecretaris en de Belastingdienst. Immers, indien het indirecte belang niet ook apart is onderworpen aan de bezits- en voortzettingseis is misbruik op grote schaal mogelijk. Zo kan een belastingplichtige met een 100%-belang in een houdstervennootschap een werkmaatschappij aankopen en binnen een dag weer overdragen aan de volgende generatie met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien de bezitseis niet voor het indirecte belang geldt. Daarnaast worden indirecte en directe belangen ongelijk behandeld indien de bezits- en voortzettingseis niet doorwerken naar het indirecte belang, zoals hierboven al bevestigd door *De Wijkerslooth-Lhoëst* en *Swank*.

Kortom, genoeg onduidelijkheden die in de praktijk discussie met de Belastingdienst kunnen opleveren aangezien de wettekst niet overeenkomt met de handelswijze van de Belastingdienst.

Verschillende behandeling directe en indirecte belangen/rechtsvormneutraliteit

In de derde plaats is de staatssecretaris van mening dat het arrest van de Hoge Raad een verschil in behandeling veroorzaakt tussen direct en indirect gehouden belangen van minder dan 5%. Een direct belang van kleiner dan 5% kwalificeert in beginsel namelijk niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, terwijl, als gevolg van het arrest van de Hoge Raad, een indirect belang van kleiner dan 5% wel kan kwalificeren, mits de activiteiten in elkaars verlengde liggen en de houdstervennootschap een onderneming drijft.¹¹²

Preferente aandelen

Als laatste haalt de staatssecretaris het oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in combinatie met preferente aandelen aan. Als gevolg van het arrest van de Hoge Raad kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alsnog van toepassing zijn

¹⁰⁹ Artikel 35d, lid 1, onderdeel c SW 1956.

¹¹⁰ Hof Den Haag 19 juli 2017, *NTFR* 2017/2109.

¹¹¹ Hof Den Haag 19 juli 2017, *NTFR* 2017/2109, r.o. 5.5.

¹¹² Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, *V-N* 2016/35.13.

op indirecte preferente aandelen die niet zijn uitgegeven in het kader van een bedrijfsoverdracht. Omdat ik mij in mijn thesis enkel richt op het vererven/schenken van gewone AB-aandelen, laat ik deze reden verder onbesproken.

De staatssecretaris heeft zijn best gedaan om verschillende onwenselijke gevolgen van het arrest van de Hoge Raad aan te voeren. Hierdoor heeft het parlement ingestemd met de uitbreiding van de artikelen 4.17a Wet IB 2001, 4.17c Wet IB 2001 en art. 35c SW 1956. In de volgende paragraaf ga ik de argumenten van de staatssecretaris kritisch onderzoeken.

3.3.3. Kritiek op de wetwijziging

De staatssecretaris is van mening dat een wetwijziging de enige manier is om oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te voorkomen. Zoals *Janssen* terecht opmerkt ontbreekt enige onderbouwing van dit scenario.¹¹³ In deze paragraaf onderzoek ik daarom nader of het arrest van de Hoge Raad wel oneigenlijk gebruik met zich mee kan brengen. Ik onderzoek hierbij of de angsten van de staatssecretaris al dan niet terecht zijn.

Beleggingsvermogen

Als eerste haalt de staatssecretaris aan dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als gevolg van het arrest van toepassing kunnen zijn op beleggingsvermogen. Ik begrijp de angst van de staatssecretaris, maar, zoals *Redactie Vakstudie Nieuws* terecht opmerkt, hebben indirecte belangen van minder dan 5% in de meeste gevallen een relatief lage waarde, waardoor ook de waarde van het beleggingsvermogen laag zal zijn. Daarnaast worden duurzaam overvloedige liquiditeiten vaak uit de risicosfeer gehaald en in de houdstervennootschap geplaatst.¹¹⁴ Ook is het zo dat de vennootschap waarin het kleine indirecte belang wordt gehouden over het algemeen wel een onderneming zal moeten drijven om tot het ondernemingsvermogen van de houdstervennootschap te kunnen worden gerekend.¹¹⁵ Desalniettemin kan er in het kleine indirecte belang wel beleggingsvermogen aanwezig zijn. Vrees voor oneigenlijk gebruik op grote schaal vindt *Boer* echter onterecht. Zo merkt hij op dat het onderbrengen van beleggingsvermogen in kleine indirect gehouden belangen, die ook nog eens tot het ondernemingsvermogen kunnen worden gerekend, door diverse praktische en economische wetmatigheden wordt beperkt.¹¹⁶

Bezits- en voortzettingseis

Als tweede is reparatiewetgeving volgens de staatssecretaris op zijn plaats omdat de bezits- en voortzettingseis niet gelden voor het kleine indirecte belang dat op grond van de vermogensetiketteringsregels als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt. Aangezien, zoals op de vorige pagina beschreven, de staatssecretaris van mening is dat de bezitseis wel geldt voor indirecte belangen die onder de toerekeningsbepaling vallen, is dit een geldig argument van de staatssecretaris waar ik me, vanuit zijn positie gezien, in kan vinden. Een andere discussie is mijns inziens of de bezitseis wel geldt voor het indirecte aanmerkelijke belang, maar dat laat ik hier verder buiten beschouwing omdat ik dit op de vorige pagina uitgebreid heb behandeld. Wel had de wetgever naar mijn mening kunnen volstaan met het onderwerpen van het indirecte kleine belang aan deze bezits- en voortzettingseis. Dan was het probleem opgelost en waren er geen andere nadelige gevolgen. Op mogelijke

¹¹³ R.L.M.C. Janssen, 'Onverwachte en ongewenste beperkingen in de toepassing van de BOR', *FBN* 2016/09, p. 2.

¹¹⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, *V-N* 2016/35.13.

¹¹⁵ N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 2.

¹¹⁶ J.P. Boer, 'BOR-reparatie: een idee fixe', *WFR* 2016/145, p. 2.

alternatieven van vormgeving van de wetswijziging kom ik in hoofdstuk 4 nog uitgebreid terug.

Verschillende behandeling directe en indirecte belangen/rechtsvormneutraliteit

Als derde argument gebruikt de staatssecretaris de inbreuk op de rechtsvormneutraliteit. Rechtsvormneutraliteit en de gelijke behandeling van directe en indirecte belangen spelen een belangrijke rol in de vormgeving van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Beide doelstellingen kunnen volgens *Gubbels* niet tegelijkertijd gerealiseerd worden.¹¹⁷ De wetgever heeft geprobeerd te kiezen voor de gelijke behandeling van directe en indirecte belangen van minder dan 5%. Ze kwalificeren beide per definitie niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zo was de gedachte.¹¹⁸ De aandeelhouder met een direct belang kleiner dan 5% is gelijk aan een aandeelhouder met een indirect belang kleiner dan 5% en dus zouden zij ook hetzelfde behandeld moeten worden. De missie van de wetgever is mislukt, want ook na de wetswijziging is er nog geen gelijke behandeling van directe en indirecte kleine belangen. Een direct fictief aanmerkelijk belang is namelijk een belang kleiner dan 5% die wel kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. *Gubbels* is van mening dat, wil de lijn van de regering in het wetsvoorstel worden gevolgd, een fictief aanmerkelijk belang en de toerekening van een indirect belang kleiner dan 5% (verwaterd aanmerkelijk belang) moeten worden uitgezonderd van toepassing van de faciliteiten.¹¹⁹ Volgens de regering zijn dergelijke erflaters/schenkers namelijk niet aan te merken als ondernemer.¹²⁰ Nog opmerkelijker is het doortrekken van deze 'gelijke' behandeling naar de inkomstenbelasting. Een indirect belang van kleiner dan 5% wordt als gevolg van de wetswijziging aangemerkt als beleggingsvermogen waardoor er geen beroep mogelijk is op de doorschuifregelingen. Een direct belang kleiner dan 5% valt óf in box 3, waardoor er geen aanmerkelijkbelangclaim verloren kan gaan, óf in box 2 indien er sprake is van een fictief aanmerkelijk belang of meetrekaanmerkelijk belang. Indien er sprake is van een fictief aanmerkelijk belang kunnen de doorschuifregelingen wel toepassing vinden. Zoals *Gubbels* mooi verwoordt: "Directe en indirecte belangen van kleiner dan 5% zijn dus niet te vergelijken vanwege de boxensystematiek (box 2 vs. box 3) en als ze wel te vergelijken zijn, omdat in beide gevallen sprake is van een aanmerkelijk belang, blijkt een direct gehouden belang dat kleiner is dan 5% (een fictief aanmerkelijk belang) anders te worden behandeld dan een indirect gehouden belang dat kleiner is dan 5%."¹²¹ Overigens dient te worden opgemerkt dat deze ongelijke behandeling ook voor de wetswijziging al bestond. Ter verduidelijking geef ik onderstaand voorbeeld.

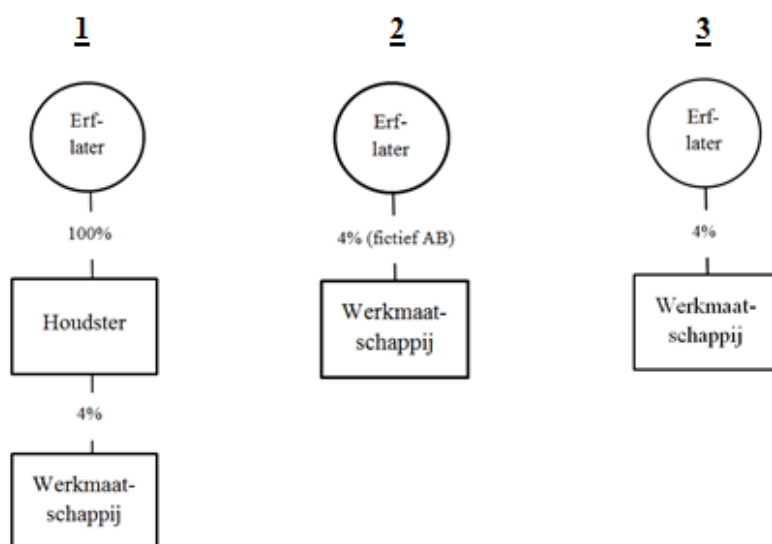
¹¹⁷ N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 4.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2016-2017, 34553, nr. 3, p. 35.

¹¹⁹ N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 4.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 44.

¹²¹ N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 4.



Situatie 1 betreft een houdsterstructuur waarbij we ervan uitgaan dat de houdstervennootschap (al dan niet door toerekening van indirecte aanmerkelijk belangen) een onderneming drijft. Door de wetswijziging kwalificeert het belang van 4% in werkmaatschappij als beleggingsvermogen, waardoor de doorschuifregeling bij overlijden van erf-later in zoverre niet van toepassing is. In situatie 2 wordt direct 4% in de werkmaatschappij gehouden. Deze 4% wordt aangemerkt als fictief AB in de zin van artikel 4.11 Wet IB 2001. Als gevolg hiervan is de doorschuifregeling van toepassing op dit belang bij overlijden. Situatie 3 verschilt van situatie 2 doordat het direct gehouden belang nu niet kwalificeert als fictief AB en derhalve in box 3 in aanmerking wordt genomen. De doorschuifregeling is daarom bij overlijden niet aan de orde. Dat is geen probleem omdat er geen afrekenmoment is.

Daarnaast brengt de wetswijziging ook nog eens een onderscheid tussen de IB- ondernemer en de AB-ondernemer met zich mee. Kleine belangen gehouden door een IB-ondernemer kunnen kwalificeren als ondernemingsvermogen mits het aandelenbezit in het verlengde ligt van de ondernemingsactiviteiten. Kleine indirecte belangen gehouden door een AB-ondernemer kunnen, door toedoen van de wetswijziging, niet meer kwalificeren.¹²² Dit komt doordat bij een IB-ondernemer het aandelenbelang dat op grond van de vermogensetikettering, ongeacht de omvang, kwalificeert als ondernemingsvermogen in aanmerking komt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹²³

Conclusie is dus dat de wetgever een keuze had moeten maken tussen gelijke behandeling van directe en indirecte belangen of rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer, maar dat hij nu beide doelstellingen niet heeft bereikt. Overigens ben ik van mening dat de keuze tussen verwezenlijking van deze twee doelstellingen niet noodzakelijk is. In hoofdstuk 4 zal ik een aanbeveling doen waarbij beide doelstellingen bereikt worden.

Overkill en economische realiteit

Daarnaast lijdt de wetswijziging tot overkill. Niet alleen het beleggingsvermogen, maar ook het ondernemingsvermogen van indirecte belangen van minder dan 5% worden uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹²⁴ De staatssecretaris geeft zelf aan dat hij het arrest

¹²² J.P. Boer, 'BOR-reparatie: een idee fixe', *WFR* 2016/145, p. 2.

¹²³ W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'NDFR-commentaar bij artikel 35c SW 1956', (online, laatst bijgewerkt op 27 januari 2017).

¹²⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, *V-N* 2016/35.13.

van de Hoge Raad vanuit economische optiek begrijpelijk vindt, aangezien het arrest aansluit bij economische realiteit.¹²⁵

Opmerkelijk is dat in de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat de wetswijziging is bedoeld om de wettekst in lijn te brengen met de wijze waarop de Belastingdienst de bedrijfsopvolgingsregeling in de praktijk toepast. Dit lijkt mij de omgekeerde wereld. De uitvoeringspraktijk zou mijn inziens in overeenstemming moeten worden gebracht met de wet en niet andersom. Deze gedachtegang wordt gedeeld door Boer.¹²⁶

Minstens net zo opmerkelijk is dat geen van de experts in de literatuur het eens is met de zienswijze van de wetgever omtrent de wetswijziging van het kleine indirecte belang. Hierboven heb ik een aantal experts genoemd, waaronder *Gubbels*, *Boer*, *Redactie Vakstudie Nieuws* en *Janssen*. Geen van hen kan zich verenigen met de wetgever omtrent de wetswijziging. Dat is zeer opvallend en verstrekt mij dan ook handvatten om tot een gelijklopende conclusie te komen. Maar voordat ik me aansluit bij deze schrijvers, zal ik eerst de wetswijziging gaan onderzoeken in het licht van de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

3.3.4. De wetswijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Nu ik zowel de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als de wetswijziging besproken heb, kan ik gaan toetsen of de wetswijziging wel in lijn is met deze doelstellingen en uitgangspunten. Ik maak hierbij onderscheid tussen de doelstellingen en uitgangspunten van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956.

3.3.4.1. De wetswijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001

Zoals in paragraaf 2.2.1 uitgebreid is besproken, hebben de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 kortgezegd de volgende doelstellingen: (1) belastingclaim veiligstellen door de Belastingdienst, (2) voorkomen van liquiditeitsproblemen bij de erfgenamen, (3) waarborgen van de continuïteit van de onderneming, (4) voorkomen belastingcumulatie, (5) het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, (6) het gelijk behandelen van indirecte en directe belangen en (7) het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer. Als belangrijkste uitgangspunt geldt hierbij dat de doorschuifregelingen enkel van toepassing kunnen zijn indien er sprake is van een reële bedrijfsopvolging waarbij claimverlies voor de Belastingdienst zal optreden indien de doorschuifregelingen niet zouden bestaan.

De wetswijziging voor de kleine indirecte belangen houdt kortgezegd in dat deze belangen zijn uitgesloten van kwalificatie voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. De positieve en de negatieve aspecten van deze wetswijziging zijn in dit hoofdstuk besproken. Ik zal deze gevolgen toetsen aan de doelstellingen en uitgangspunten van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001.

Ad 1: belastingclaim veiligstellen door de Belastingdienst

De wetswijziging brengt geen gevolgen met zich mee voor het al dan niet realiseren van deze doelstelling. Door het kleine indirecte belang per definitie aan te wijzen als

¹²⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

¹²⁶ .P. Boer, 'BOR-reparatie: een idee fixe', *WFR* 2016/145, p. 1.

beleggingsvermogen wordt de belastingclaim vroegtijdig gerealiseerd en derhalve is het niet meer nodig om een regeling op te nemen die voorkomt dat de belastingclaim verloren gaat.

Ad 2 en 3: voorkomen van liquiditeitsproblemen/waarborging continuïteit

Door de wetwijziging worden kleine indirecte belangen volledig tot het beleggingsvermogen gerekend. Hierdoor wordt voorkomen dat het indirecte kleine belang door toepassing van de vermogensetiketteringsleer volledig als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt waardoor de doorschuifregelingen op het gehele belang van toepassing zijn, dus ook op het eventueel aanwezige beleggingsvermogen. Door het kleine indirecte belang volledig tot het beleggingsvermogen te rekenen wordt er in strijd gehandeld met twee doelstellingen van de doorschuifregelingen van de Wet IB 2001, namelijk het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij erfgenamen en het waarborgen van de continuïteit van de onderneming. Kwalificatie als beleggingsvermogen brengt namelijk met zich mee dat de doorschuifregelingen niet van toepassing zijn waardoor er afgerekend moet worden. Dit kan tot betalingsproblemen leiden indien het kleine indirecte belang volledig ondernemingsvermogen bevat en de houdstervennootschap geen liquiditeiten tot zijn beschikking heeft. Het voldoen van de belastingclaim is daardoor onmogelijk zonder dat de continuïteit van de onderneming gevaar loopt.

Ad 4: voorkomen belastingcumulatie

De invoering van de wetwijziging levert strijdigheid op met deze doelstelling van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. De doorschuifregeling is namelijk niet van toepassing op het eventueel aanwezige ondernemingsvermogen in de kleine indirecte belangen, waardoor er wel belastingcumulatie optreedt. Er wordt immers erfbelasting/schenkbelasting geheven en inkomstenbelasting. Tevens treedt deze belastingcumulatie altijd op bij beleggingsvermogen omdat hier de doorschuifregelingen niet voor gelden. Dat deze belastingcumulatie ook optreedt bij ondernemingsvermogen is strijdig met de doelstelling.

Ad 5 en 6: faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen en gelijke behandeling directe en indirecte belangen

Direct gehouden belangen van minder dan 5% kwalificeren per definitie niet voor de doorschuifregelingen, tenzij er sprake is van een fictief aanmerkelijk belang. Dit komt doordat een belastingplichtige met een belang van minder dan 5% wordt gezien als belegger en niet als ondernemer.¹²⁷ Als gevolg van de wetwijziging worden indirecte kleine belangen anders behandeld dan directe kleine belangen. Indirecte kleine belangen zijn per definitie uitgesloten van toepassing van de doorschuifregelingen en directe kleine belangen kunnen kwalificeren indien er sprake is van een fictief aanmerkelijk belang. Op dit punt is de wetwijziging in strijd met de bovengenoemde doelstellingen van de Wet IB 2001. De faciliteit wordt namelijk geweigerd voor bepaalde reële bedrijfsopvolgingen. Indien de houdstervennootschap een onderneming drijft/ een onderneming krijgt toegerekend, dan zouden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op die bedrijfsopvolging van toepassing moeten zijn, ook als er een indirect belang van kleiner dan 5% is. Een reële bedrijfsopvolging is namelijk de verkrijging van ondernemingsvermogen van een ondernemer, mits de verkrijger aan het voortzettingsvereiste voldoet.¹²⁸ Er wordt ondernemingsvermogen verkregen indien de activiteiten van de werkmaatschappij waarin het kleine indirecte belang wordt gehouden in het verlengde liggen van de activiteiten van de houdster. Het arrest van de Hoge Raad is daarmee in lijn met de doelstelling ' het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen'. De

¹²⁷ *Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 44.*

¹²⁸ art. 35b, lid 5 SW 1956.

wetswijziging is in lijn met de consistentie van de fictie dat een belang groter dan 5% wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen en een belang kleiner dan 5% wordt aangemerkt als beleggingsvermogen. De bestaande wetgeving is eveneens in strijd met deze doelstelling aangezien een fictief aanmerkelijk belang in aanmerking kan komen voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. Strikt genomen moet een fictief AB-houder als belegger worden gezien en niet als ondernemer. Zijn aandelenbelang is immers minder dan 5% waardoor er geen ondernemer aanwezig is, een vereiste voor het faciliteren van enkel reële bedrijfsopvolgingen.

Ook leidt de wetswijziging tot overkill omdat niet alleen het beleggingsvermogen, maar ook het ondernemingsvermogen, dat verborgen zit in het indirecte kleine belang, wordt uitgesloten van toepassing van de doorschuifregelingen. Deze overkill kan in strijd zijn met de doelstelling van de regeling, namelijk het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, indien de houdster, naast het houden van het kleine indirecte belang zelf al een onderneming drijft. Als de houdster enkel het kleine indirecte belang houdt zonder daarnaast zelf een onderneming te drijven, dan is er geen sprake van een reële bedrijfsopvolging omdat je voor een reële bedrijfsopvolging zowel een onderneming als een ondernemer nodig hebt. Hier is geen sprake van een ondernemer. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat de overkill in dat laatste geval een wenselijk gevolg is. Daarnaast ontstaat er mogelijk een niet te rechtvaardigen verschil. Als een houdstermaatschappij vermogen liquide aanhoudt om te investeren in een belang van kleiner dan 5% waarvan de activiteiten in het verlengde liggen van de eigen ondernemingsactiviteiten, dan werd dit vermogen tot de wetswijziging aangemerkt als ondernemingsvermogen. Wanneer het vermogen al geïnvesteerd is, dan wordt het belang als gevolg van de wetswijziging aangemerkt als beleggingsvermogen. Het is de vraag in hoeverre deze liquiditeiten kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen indien vaststaat dat deze liquiditeiten in een belang worden geïnvesteerd dat door de wetswijziging niet meer als ondernemingsvermogen kwalificeert.

Ad 7: rechtsvormneutraliteit

Eén van de doelstellingen van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 is het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen enerzijds de IB-ondernemer en anderzijds de AB-ondernemer. Een IB-ondernemer die een belang van kleiner dan 5% houdt, kan in aanmerking komen voor de doorschuifregelingen, mits het aandelenbezit in het verlengde ligt van de ondernemingsactiviteiten. In dat geval wordt het gehele aandelenbelang namelijk aangemerkt als ondernemingsvermogen. Een AB-ondernemer die een (niet verwaterd) indirect belang houdt van kleiner dan 5% komt niet meer in aanmerking voor de doorschuifregelingen. Dit belang wordt namelijk als gevolg van de wetswijziging aangemerkt als beleggingsvermogen.¹²⁹ Op dit punt is de wetswijziging in strijd met de doelstelling van de Wet IB 2001, namelijk het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer.

Economische realiteit

De wetswijziging maakt inbreuk op de economische realiteit. Het arrest van de Hoge Raad sluit namelijk exact aan bij de economische realiteit. Om een indirect belang van minder dan 5% te laten kwalificeren voor de doorschuifregelingen, zoals in het arrest van de Hoge Raad gebeurde, moet er sprake zijn van (1) een houdster die wordt geacht een onderneming te drijven en (2) een werkmaatschappij waarvan de activiteiten in het verlengde liggen van de houdstervennootschap. Om aan het eerste vereiste te kunnen voldoen, moet de houdstervennootschap of zelf een onderneming drijven of meerdere werkmaatschappijen

¹²⁹ J.P. Boer, 'BOR-reparatie: een idee fixe', *WFR* 2016/145, p. 2.

bezitten waarvan tenminste één werkmaatschappij onder de toerekeningsbepaling valt. Vervolgens moeten de activiteiten van de houdster en van de kleine werkmaatschappij in elkaars verlengde liggen. Deze situatie sluit exact aan bij de economische realiteit en daarnaast kunnen er grote financiële belangen mee gemoeid zijn. In dat geval is de reactie van de wetgever terecht omdat de schatkist veel geld kan mislopen. Maar omdat de situatie dus de werkelijkheid goed weerspiegelt en er niets kunstmatig is "gecreëerd" om van de faciliteiten gebruik te kunnen maken, kan voorzichtig worden geconcludeerd dat de wetgever met deze wetswijziging meer kwaad dan goed heeft gedaan.

3.3.4.2. De wetswijziging in het licht van de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956

Zoals in paragraaf 2.2.2. uitgebreid is besproken, heeft de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 kortgezegd de volgende doelstellingen: (1) waarborgen continuïteit van de onderneming, (2) het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, (3) het gelijk behandelen van indirecte en directe belangen en (4) het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer. Uitgangspunt bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 is dat de schenker/erflater de over te dragen onderneming enige tijd als ondernemer moet hebben gedreven en dat de bedrijfsopvolger de onderneming ook weer als ondernemer gaat voortzetten. Hiermee wordt beoogd te bereiken dat enkel reële bedrijfsoverdrachten worden gefaciliteerd.

Naast dat de wetswijziging voor de kleine indirecte belangen uitsluiting van kwalificatie van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 tot gevolg heeft, is ook kwalificatie voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 niet langer mogelijk. Onderstaand ga ik de positieve en negatieve aspecten van de wetswijziging toetsen aan bovenstaande doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956.

Ad 1: waarborging continuïteit

Door het kleine indirecte belang volledig tot het beleggingsvermogen te rekenen wordt er in strijd gehandeld met een doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956, namelijk het waarborgen van de continuïteit van de onderneming. Kwalificatie als beleggingsvermogen brengt namelijk met zich mee dat de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing is waardoor er afgerekend moet worden. Dit kan tot betalingsproblemen leiden indien het kleine indirecte belang volledig ondernemingsvermogen bevat en de houdstervennootschap geen liquiditeiten tot zijn beschikking heeft. Het voldoen van de belastingclaim is daardoor onmogelijk zonder dat de continuïteit van de onderneming gevaar loopt.

Ad 2 en 3: faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen en gelijke behandeling directe en indirecte belangen

Aangezien de bedrijfsopvolgingsregeling op dit onderwerp op identieke wijze wordt uitwerkt als de doorschuifregelingen, volsta ik hier dan ook door te verwijzen naar ' *Ad 5 en 6: faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen en gelijke behandeling directe en indirecte belangen* ' in paragraaf 3.3.4.1.¹³⁰

¹³⁰ Volledigheidshalve merk ik op dat waar 'doorschuifregelingen' geschreven staat, 'bedrijfsopvolgingsregeling' gelezen dient te worden.

Ad 4: rechtsvormneutraliteit

Aangezien de bedrijfsopvolgingsregeling op dit onderwerp op identieke wijze uitwerkt als de doorschuifregelingen, volsta ik hier dan ook door te verwijzen naar 'Ad 7:rechtsvormneutraliteit' in paragraaf 3.3.4.1.¹³¹

Echte bedrijfsopvolging, ja of nee?

Het arrest van de Hoge Raad heeft alleen gevolgen als de houdstervennootschap zelf een materiële onderneming drijft of geacht wordt een materiële onderneming te drijven doordat de toerekeningsbepaling toepassing heeft gevonden. De vermogensetiketteringsregels brengen met zich mee dat ook de werkmaatschappij waarin het kleine indirecte belang gehouden wordt een materiële onderneming moet drijven om als ondernemingsvermogen te worden aangemerkt. *Gubbels* ziet in een dergelijk geval niet in waarom er geen sprake is van een echte bedrijfsopvolging. Zij is dan ook, in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad, van mening dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing zouden moeten zijn.¹³² Ik deel deze mening, aangezien het kleine indirecte belang enkel als ondernemingsvermogen kan worden geëtiketteerd indien de activiteiten in het verlengde liggen van de activiteiten die zijn toegerekend aan de houdstervennootschap. Dat betekent dat deze werkmaatschappij met haar activiteiten goed past binnen het concern en dat deze activiteiten wel degelijk onderdeel uitmaken van de standaard business van het bedrijfsconcern dat wordt overgenomen. Daarnaast is het kleine indirecte belang in de materiële onderneming geen vermogen dat kan worden uitgekeerd om de belastingclaim te kunnen voldoen, iets dat een kenmerk is van beleggingsvermogen. Dat geconstateerd hebbend, zet ik mijn vraagtekens bij de handelswijze van de wetgever.

Economische realiteit

Aangezien de bedrijfsopvolgingsregeling op dit onderwerp op identieke wijze uitwerkt als de doorschuifregelingen, volsta ik hier dan ook door te verwijzen naar 'Economische realiteit' in paragraaf 3.3.4.1.¹³³

3.4. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik het arrest besproken dat aanleiding is geweest tot de wetwijziging in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De Hoge Raad heeft de uitspraak van het hof vernietigd en de uitspraak van de rechtbank bevestigt dat de vermogensetiketteringsregels doorslaggevend zijn voor beantwoording van de vraag met welk vermogen een houdstervennootschap die een onderneming drijft, die onderneming drijft. Daarbij wordt een klein indirect belang dat de houdstervennootschap bezit aangemerkt als een vermogensbestanddeel dat kwalificeert als ondernemingsvermogen indien de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van de toegerekende onderneming van de houdstervennootschap.

De wetgever heeft direct ingegrepen en een wetwijziging doorgevoerd. Vanaf 1 juli 2016 valt een indirect belang kleiner dan 5%, met uitzondering van het verwaterde indirecte aanmerkelijke belang, niet meer onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

¹³¹ Volledigheidshalve merk ik op dat waar 'doorschuifregelingen' geschreven staat, 'bedrijfsopvolgingsregeling' gelezen dient te worden.

¹³² N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 4.

¹³³ Volledigheidshalve merk ik op dat waar 'doorschuifregelingen' geschreven staat, 'bedrijfsopvolgingsregeling' gelezen dient te worden.

Deze wetwijziging kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen nu het kleine indirecte belang volledig tot het beleggingsvermogen wordt gerekend. De continuïteit komt in gevaar indien het kleine indirecte belang enkel ondernemingsvermogen vertegenwoordigt en de houdsterverenootschap ook geen liquide middelen bezit. De verplichte afrekening kan tevens liquiditeitsproblemen opleveren voor de belastingplichtige. Daarnaast worden kleine indirecte belangen als gevolg van de wetwijziging anders behandeld dan kleine directe belangen, worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geweigerd voor reële bedrijfsopvolgingen en wordt de IB-ondernemer anders behandeld dan de AB-ondernemer hetgeen de rechtsvormneutraliteit verstoort. Concluderend kan ik dus stellen dat de wetwijziging alles behalve in lijn is met de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

4. Aanbevelingen

4.1. Inleiding

Zoals uit het voorgaande is gebleken, is de wetswijziging waardoor het indirecte belang van kleiner dan 5% is uitgezonderd van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten allesbehalve in lijn met de doelstellingen en uitgangspunten van deze faciliteiten. Toch valt er wat te zeggen voor de beslissing van de wetgever om in te grijpen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad. Het gehele kleine belang wordt door de uitspraak van de Hoge Raad aangemerkt als ondernemingsvermogen, waardoor de faciliteiten ook van toepassing zijn op het aanwezige beleggingsvermogen. Dit is niet beoogd te bereiken met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In dit hoofdstuk bespreek ik een tweetal alternatieven voor de inkleding van de wetswijziging die wellicht meer in lijn liggen met de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik eindig dit hoofdstuk wederom met een tussenconclusie.

4.2. Het kleine indirecte belang onder de toerekeningsbepaling laten vallen

Inleiding

Als eerste alternatief bespreek ik de mogelijkheid om het indirecte belang van kleiner dan 5% onder de toerekeningsbepaling te laten vallen. Toerekening vindt voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten plaats indien de erflater/schenker een indirect (verwaterd) aanmerkelijk belang houdt in de werkmaatschappij. Als de toerekeningsbepaling van toepassing is, gelden volgens de staatssecretaris de vereisten die de wetgever gesteld heeft aan de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten om te waarborgen dat enkel reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd, zoals de bezits- en voortzettingseis. Ook wordt er onderscheid gemaakt tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Toerekening is uitgesloten voor indirecte belangen van kleiner dan 5% die niet verwaterd zijn. Dat betekent dat de vermogensetiketteringsregels van toepassing zijn op deze belangen. De Hoge Raad heeft bevestigd dat de aandelen die de houdstervennootschap in de dochtervennootschap bezit, het indirecte belang dat kleiner is dan 5%, kwalificeren als bedrijfsmiddel.¹³⁴ De vermogensetiketteringsleer brengt vervolgens met zich mee dat het gehele bedrijfsmiddel wordt geëtiketteerd als ondernemingsvermogen of als beleggingsvermogen. Onderscheid kan dan niet worden aangebracht, terwijl dit bij een belang dat onder de toerekeningsbepaling valt wel gebeurt. Ook gelden de bezits- en voortzettingseis niet voor een indirect belang waarvan de kwalificatie 'ondernemingsvermogen' voortkomt vanuit de vermogensetiketteringsleer.¹³⁵ Daartegenover staat dat de bezits- en voortzettingseis, naar de mening van de staatssecretaris, wel gelden voor belangen die onder de toerekeningsbepaling vallen.¹³⁶

Overeenstemming met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

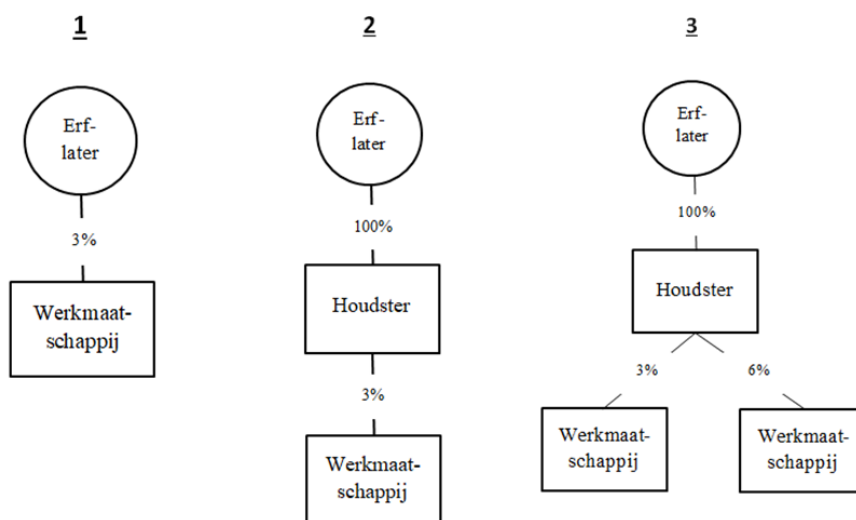
Door het indirecte belang kleiner dan 5% ook onder de toerekeningsbepaling te laten vallen, wordt de grote overkill als gevolg van de wetswijziging weggenomen. Dit alternatief is meer in lijn met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Zo zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten nimmer meer van toepassing op beleggingsvermogen (met uitzondering van de 5%-marge) omdat na de toerekening pas wordt gekeken met welk vermogen de houdstervennootschap de onderneming drijft. Er is dus weer onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen mogelijk, waardoor de continuïteit van de onderneming gewaarborgd blijft en voorkomen wordt dat er liquiditeitsproblemen

¹³⁴ HR 22 april 2016, *BNB* 2016/167.

¹³⁵ *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34553, nr. 7, p. 18.

¹³⁶ *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34553, nr. 7, p. 18.

ontstaan bij de bedrijfsopvolgers. Er hoeft namelijk niet meer afgerekend te worden over ondernemingsvermogen, iets dat wel kan gebeuren met de wetwijziging. Hierbij wordt namelijk het gehele kleine indirecte belang aangemerkt als beleggingsvermogen, ongeacht of er eventueel ondernemingsvermogen aanwezig is. Ook kan de Belastingdienst opgelucht ademen met dit alternatief, omdat de belastingclaim wordt veiliggesteld. Over het beleggingsvermogen wordt afgerekend en voor het ondernemingsvermogen gelden de faciliteiten, waardoor de verkrijgingsprijs van de erflater/schenker overgaat op de bedrijfsopvolger.¹³⁷ Het resultaat is dat de belastingclaim niet verloren gaat. Ook aan de doelstelling ‘voorkomen van belastingcumulatie’ is voldaan. Voor het ondernemingsvermogen gelden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten waardoor belastingcumulatie voorkomen wordt. Voor het beleggingsvermogen is er wel sprake van belastingcumulatie, maar dat is niet erg omdat de verkrijging van beleggingsvermogen ook niet gefaciliteerd hoeft te worden. Daarnaast gelden volgens de staatssecretaris de bezits- en voortzettingsvereisten weer voor het indirecte belang, waardoor wordt gewaarborgd dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten enkel van toepassing zijn op reële bedrijfsoverdrachten. Ook worden de faciliteiten niet meer geweigerd voor reële bedrijfsopvolgingen, nu alle belangen worden toegerekend aan de houdstervennootschap en op dat niveau wordt beoordeeld welke bezittingen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen/beleggingsvermogen. Het toerekenen van indirecte kleine belangen brengt bovenop voorgenoemde voordelen ook nog als voordeel dat er zowel sprake is van gelijke behandeling van directe en indirecte belangen als van gelijke behandeling van de IB-ondernemer en de AB-ondernemer (rechtsvormneutraliteit). De toerekening van belangen kleiner dan 5% vindt namelijk enkel plaats wanneer het belang volgens de vermogensetikeringsregels als ondernemingsvermogen of keuzevermogen van de houdstervennootschap wordt aangemerkt.¹³⁸ Dit is het geval indien de activiteiten van het indirecte belang in lijn liggen met de activiteiten van de houdstervennootschap. Een IB-ondernemer die een belang houdt van 3%, krijgt hier de faciliteiten voor indien het belang in het verlengde ligt van zijn ondernemingsactiviteiten. Voor de AB-houder geef ik ter verduidelijking onderstaand voorbeeld:



In situatie 1 krijgt de AB-houder met een direct belang van 3% geen faciliteiten. Dat komt omdat er geen sprake is van ondernemerschap. De activiteiten van de werkmaatschappij kunnen niet in lijn liggen met de activiteiten van de AB-houder omdat dit een natuurlijk

¹³⁷ Art. 4.39a t/m 4.39c Wet IB 2001.

¹³⁸ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

persoon is. Het is dan ook terecht dat er geen faciliteiten van toepassing zijn in deze situatie. Situatie 2 is vrijwel gelijk aan situatie 1, maar nu houdt de AB-houder een indirect belang van 3%. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gelden niet in deze situatie, omdat er geen sprake is van ondernemerschap. De activiteiten van de werkmaatschappij liggen niet in het verlengde van de activiteiten van de houdstermaatschappij, omdat de houdstermaatschappij enkel beleggingsactiviteiten heeft. Door de bepaling op te nemen in mijn alternatieve voorstel dat de kleine indirecte belangen enkel worden toegerekend indien de activiteiten in het verlengde liggen van de houdsteractiviteiten wordt voorkomen dat het tussenschuiven van een lege houdstervenootschap, zoals in situatie 2 is gedaan ten opzichte van situatie 1, de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten activeert. Derhalve is het dan ook terecht dat in situatie 2 ook geen beroep op de faciliteiten kan worden gedaan. In situatie 3 zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wel van toepassing. De houdstervenootschap wordt namelijk geacht een onderneming te drijven als gevolg van de toerekening van het 6%-belang. Dit belang is groter dan 5%, waardoor er sprake is van ondernemerschap en dus faciliteiten toepassing kunnen vinden, ook voor het 3%-belang, mits deze activiteiten in het verlengde liggen van de activiteiten van de houdstervenootschap. Dus ongeacht de omvang of het direct/indirect houden van het belang gelden de faciliteiten indien er sprake is van ondernemerschap. Doordat het inherent is aan het direct houden van een belang kleiner dan 5% dat er geen sprake is van ondernemerschap, zullen voor een direct belang kleiner dan 5% de faciliteiten niet gelden (met uitzondering van het fictieve aanmerkelijk belang). Maar dit wil niet zeggen dat indirecte en directe kleine belangen ongelijk behandeld worden. Ze worden enkel ongelijk behandeld in ongelijke situaties (bij een indirect belang kleiner dan 5% *met* ondernemerschap geldt de faciliteit, voor een direct belang kleiner dan 5% *zonder* ondernemerschap geldt de faciliteit niet).

Vormgeving

Te beginnen dient de wetswijziging waardoor alle kleine indirecte belangen per definitie worden aangemerkt als beleggingsvermogen geschrapt te worden uit de wet. Dit betekent dat voor de doorschuifregelingen artikel 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en de verwijzing naar dit lid in artikel 4.17c, lid 3 Wet IB 2001 kunnen vervallen en dat voor de bedrijfsopvolgingsregeling artikel 35c, lid 6 SW 1956 overbodig wordt. Daarnaast dient te toerekeningsbepaling, zoals opgenomen in artikel 4.17a, lid 5 Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 5 SW 1956 anders vormgegeven te worden. Deze leden kunnen als volgt gaan luiden:

“ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang heeft direct of indirect een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit artikel de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan het eerstbedoelde lichaam indien:

- De erflater of schenker en aanmerkelijk belang houdt in dat andere lichaam, of
- De erflater of schenker een belang houdt in dat andere lichaam dat volgens de vermogensetiketteringsregels als verplicht ondernemingsvermogen of keuzevermogen dient te worden aangemerkt.”

Bijkomend voordeel van deze vernieuwde toerekeningsbepaling is de eenvoud. De ingewikkelde regeling met betrekking tot verwaterde aanmerkelijk belangen vervalt.

Kritiekpunt

Onder de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vindt toerekening van het indirecte belang aan de houdster enkel plaats indien er sprake is van een (verwaterd) aanmerkelijk belang. Deze toerekeningsbepaling is per 1 januari 2010 in de plaats gekomen van de tot dan geldende beleidseis. Deze beleidseis lag gecodificeerd in art. 7a Uitvoeringsregeling SW 1956 en hield in dat bezittingen en schulden van de werkmaatschappij mochten worden toegerekend aan

de houdstervennootschap indien de houdstervennootschap het beleid uitvoerende in de werkmaatschappij. Hiervan was sprake indien de houdstervennootschap een belang van 50% of meer hield in de werkmaatschappij of (mede) het bestuur voerde van de werkmaatschappij.¹³⁹ Dit leverde een ongelijke behandeling van directe en indirecte belangen op en tevens konden zeer kleine indirecte belangen onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen. Dit strookte niet met de bedoeling van de wetgever om slechts reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Bijvoorbeeld wanneer de erflater 5% van de aandelen in de houdstervennootschap hield en deze houdster op haar beurt 50% van de aandelen in de werkmaatschappij bezat. Het indirecte belang was hiermee 5% van 50 is 2,5%, maar toch konden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden toegepast. Om deze ongelijkheid weg te nemen is bij de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aansluiting gezocht bij het aanmerkelijk belangpercentage van 5%.¹⁴⁰ Indien het indirecte belang in de werkmaatschappij 5% of meer is, dan kan de toerekening plaatsvinden. Tevens kan de toerekening ook plaatsvinden indien er sprake is van een verwaterd aanmerkelijk belang.

Als kritiekpunt op mijn voorstel kan dan ook worden aangedragen dat, door indirecte belangen kleiner dan 5% ook onder de toerekeningsbepaling te laten vallen, de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet meer enkel gelden voor reële bedrijfsopvolgingen en dat er onderscheid wordt aangebracht tussen indirecte en directe belangen kleiner dan 5%. Maar zoals ik op de vorige pagina al aangaf ben ik van mening dat juist mijn alternatief in lijn is met de doelstellingen en dat juist reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd en indirecte en directe belangen hetzelfde behandeld worden. Het doel van de wetgeving is immers om de verkrijging van ondernemingsvermogen op dezelfde wijze te faciliteren, ongeacht de rechtsvorm. Het mag dan niet uitmaken of er direct of indirect aandelen worden gehouden in een ondernemende vennootschap. De crux die de staatssecretaris mijn inziens over het hoofd ziet, is dat er wel sprake moet zijn van ondernemerschap om de faciliteiten toepassing te laten vinden. Een direct gehouden belang van 3% is derhalve niet gelijk aan een indirect gehouden belang van 3% indien de houdstervennootschap al een (toegerekende) onderneming drijft. Daarom is het terecht dat deze ongelijke situaties ook ongelijk behandeld worden (geen faciliteiten voor het directe belang en wel faciliteiten voor het indirecte belang). Een direct gehouden belang van 3% is wel gelijk aan een indirect gehouden belang van 3% indien de houdstervennootschap enkel beleggingsactiviteiten verricht. Daarom is het terecht dat deze gelijke situaties gelijk behandeld worden (voor geen van beide belangen de faciliteiten). Derhalve ontkracht ik het kritiekpunt dat er bij toerekening van kleine indirecte belangen ook irreële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Er wordt enkel gefaciliteerd indien er sprake is van een ondernemer, een kenmerk van een reële bedrijfsopvolging. Ook worden indirecte en directe belangen hetzelfde behandeld, mits er sprake is van gelijke omstandigheden.

4.3. integrale herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Inleiding

Als tweede alternatief bespreek ik de integrale herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Zoals *Gubbels* aangeeft dreigen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan haar eigen succes ten onder te gaan.¹⁴¹ De regeling is (te) ruim, waardoor de grenzen van de regeling regelmatig worden opgezocht. Hierdoor lijken de

¹³⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, V-N 2007/49.23, p. 6.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31930, nr. 3, p. 44.

¹⁴¹ N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, p. 5.

doelstellingen van de faciliteiten steeds verder uit het oog te worden verloren. *Hoogeveen* heeft in haar proefschrift ook al laten blijken dat er naar haar mening geen rechtvaardiging bestaat voor - in ieder geval - de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956. De belastingverplichting die voortkomt uit de vererving of schenking van een onderneming wordt door de overgrote meerderheid van de ondernemingen, zo blijkt uit haar onderzoek, niet als een probleem gezien. De ondernemingen die niet aan de belastingverplichting kunnen voldoen, hebben voldoende aan een betalingsuitstelregeling. Dit blijkt mede uit gegevens van de Belastingdienst waaruit volgt dat in 70% van de gevallen de te betalen erfbelasting uit de nalatenschap betaald had kunnen worden.¹⁴² De bedrijfsopvolgingsregeling leidt volgens *Hoogeveen* tot dwangondernemers omdat de verkrijger van een onderneming krachtens vererving/schenking een beroep kan doen op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de koper van een onderneming niet.¹⁴³

Als aankomend belastingadviseur ga ik zeker niet pleiten voor een afschaffing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aangezien deze faciliteiten ook essentiële doelstellingen waarborgen.¹⁴⁴ Een herziening is naar mijn mening wel op zijn plaats. De regeling is tot de integrale herziening in 2010 steeds ruimer geworden omdat de grenzen van de regeling regelmatig werden opgezocht. Reparatiewetgeving leidt tot complexe wetgeving waardoor ondernemers zonder fiscale kennis of adviseur hopeloos verstrikt kunnen raken in het doolhof der bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹⁴⁵

Vormgeving

Belangrijk is dat de regeling dusdanig herzien wordt dat de hoofddoelstelling, het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, weer op de voorgrond komt te staan. Het zou een aangenaam bijkomend voordeel zijn als de regelingen ook nog eens vereenvoudigd kunnen worden. Echter, zoals de staatssecretaris al aangaf, gaat vereenvoudiging en het bereiken van een bepaalde doelgroep niet samen.¹⁴⁶ Mijn voorstel zal dan ook zijn om de wettelijke verankering van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wat meer los te laten. Zo kunnen wat mij betreft de bezitseis en de voortzettingseis van artikel 35d en 35e SW vervallen en dient in ieder geval apart vooraf door de Belastingdienst en de ondernemer tezamen te worden beoordeeld of er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Om te voorkomen dat 'misbruik' gefaciliteerd wordt dient een antimisbruikbepaling opgenomen te worden in de bedrijfsopvolgingsregeling, artikel 35b lid 6 SW, waarin de bezits- en voortzettingseis zijn ingebouwd. Deze antimisbruikbepaling dient gelijkenissen te vertonen met de antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting en zal derhalve als volgt horen te luiden:

"De bedrijfsopvolgingsregeling vindt geen toepassing indien de bedrijfsopvolging in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De bedrijfsopvolging wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien:

¹⁴² Staatssecretaris van Financiën, Status diverse fiscale moties en toezeggingen, V-N 2014/25.5. p. 10.

¹⁴³ Voor een uitgebreide analyse naar de effectiviteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving volsta ik door te verwijzen naar: M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Deventer: SDU 2011.

¹⁴⁴ O.a. continuïteitswaarborging/voorkoming betalingsproblemen, het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen en het bereiken van rechtsvormneutraliteit.

¹⁴⁵ Zie ook J.L.M. Gribnau, 'Belastingmoraal en compliance', *WFR* 2008/1325, alinea 2, waaruit blijkt dat belastingplichtigen zich afhankelijk voelen van de Belastingdienst bij te complexe wetgeving.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 4 en 5.

- De erflater gedurende minder dan één jaar tot het overlijden aanmerkelijk belanghouder was van de vermogensbestanddelen zoals bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende die periode van minder dan één jaar de daar bedoelde onderneming dreef;
- De schenker gedurende minder dan vijf jaar tot de schenking aanmerkelijk belanghouder was van de vermogensbestanddelen zoals bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende die periode van minder dan vijf jaar de daar bedoelde onderneming dreef;
- De verkrijger niet aan het voortzettingsvereiste voldoet. De verkrijger voldoet niet aan het voortzettingsvereiste indien zich één van de volgende gebeurtenissen voordoet binnen vijf jaar na overdracht:
 1. De verkrijger vervreemdt vermogensbestanddelen of een gedeelte van de in deze vermogensbestanddelen liggende rechten;
 2. De vermogensbestanddelen worden omgezet in preferente aandelen of op andere wijze wordt de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperkt, of
 3. Het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben, houdt op uit de onderneming of medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten.”

Tevens dient artikel 35b lid 5 SW als volgt gewijzigd te worden:

“Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsopvolging verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c.”

Ik vind het namelijk onverteerbaar dat een echte ondernemer die binnen één jaar na de start van zijn onderneming overlijdt niet onder de bedrijfsopvolgingsregeling kan vallen. Met mijn voorgestelde wijziging wordt de bedrijfsopvolgingsregeling alsnog niet direct toegepast, maar bestaat de mogelijkheid wel voor belastingplichtige om het tegendeel aannemelijk te maken. In de huidige regeling is er geen mogelijkheid om alsnog voor de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking te komen. De eis of er sprake is van een materiële onderneming zal naar mijn mening wel wettelijk vastgelegd moeten blijven, omdat het aanwezig zijn van ondernemerschap inherent is aan een reële bedrijfsopvolging. Of de vrijstelling ook naar beneden moet worden gebracht, is vooral een politiek spel. Zo is het voor ondernemers niet te begrijpen dat faciliteiten die ze eerst hadden zomaar ineens worden ‘afgepakt’. Een drastische verlaging is dan ook niet van de één op de andere dag mogelijk. Maar gelet op de conclusies van onder andere *Hoogeveen* en de staatssecretaris, zoals hierboven beschreven, lijkt het me niet overbodig om de effectiviteit van de hoge vrijstelling nog eens nader te onderzoeken.

Daarnaast zullen ook bij deze integrale herziening de kleine indirecte belangen onder de toerekeningsbepaling moeten vallen. Dit ligt namelijk, zoals in paragraaf 4.2 uitgebreid is behandeld, meer in lijn met de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dan de huidige wetswijziging ten aanzien van de kleine indirecte belangen.

De doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting dienen wat mij betreft ongewijzigd te blijven, met dien verstande dat ook hier de kleine indirecte belangen onder de toerekeningsbepaling moeten vallen.

4.4. Tussenconclusie

Ik heb een poging gedaan tot het formuleren van alternatieven voor de inkleding van de wetswijziging ten aanzien van het kleine indirecte belang. De wet zoals deze nu bestaat is namelijk in strijd met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het meest wenselijke alternatief lijkt mij om het indirecte belang, ongeacht de omvang, te laten vallen onder de toerekeningsbepaling. Een indirect belang kleiner dan 5% dient enkel onder de toerekeningsbepaling te vallen indien de activiteiten in lijn liggen met de activiteiten van de houdstervennootschap. Dit brengt eenvoud met zich mee, zorgt voor rechtsvormneutraliteit en voor een gelijke behandeling tussen directe en indirecte belangen. Daarnaast wordt de continuïteit van de onderneming gewaarborgd en enkel reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd. Mocht dit onuitvoerbaar zijn, dan pleit ik voor herziening van de bedrijfsopvolgingsregeling waarbij het wettelijke kader wat meer los wordt gelaten, zodat enkel reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd worden. Daarom pleit ik voor een antimisbruikbepaling die voorkomt dat de faciliteiten worden toegepast in situaties waar dit niet wenselijk is. Vooroverleg en afstemming met de Belastingdienst zijn hierbij erg belangrijk omdat de feiten nu de doorslag geven of er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Daarnaast past dit vooroverleg ook nog eens uitstekend binnen de huidige tendens van horizontaal toezicht.

5. Conclusie

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn door de wetgever in het leven geroepen om met name de continuïteit van de onderneming te waarborgen en reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, maar ook het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer en de gelijke behandeling van directe en indirecte belangen zijn drijfveren geweest om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan te bieden. De faciliteiten werden tot zijn integrale herziening in 2010 steeds ruimhartiger, waardoor bovengenoemde doelstellingen steeds verder uit het oog verloren werden. Met de herziening in 2010 is getracht de regeling weer in lijn te brengen met de doelstellingen, maar er kunnen vraagtekens worden geplaatst bij deze poging nu de regeling nog steeds ruimhartig is. De recente wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft hier ook niet erg aan bijgedragen. Dit keer was de staatssecretaris van mening dat het arrest van de Hoge Raad, waardoor niet verwaterde indirecte belangen van kleiner dan 5% onder voorwaarden onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen vallen, oneigenlijk gebruik mogelijk zou maken.¹⁴⁷ Een wetswijziging was volgens hem dan ook op zijn plaats. In deze thesis heb ik die wetswijziging onder de loep genomen en onderzocht of deze wetswijziging in lijn is met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dat onderzoek heb ik uitgevoerd aan de hand van de volgende probleemstelling:

Hoe heeft de wetgever de wetswijziging met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet en de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting vormgegeven en is deze wetsaanpassing in lijn met de doelstellingen en uitgangspunten van deze bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?

De wetswijziging met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is opgenomen in het Belastingplan 2017 en is vormgegeven door een lid toe te voegen aan artikel 4.17a Wet IB 2001, artikel 4.17c Wet IB 2001 en artikel 35c SW 1956. Het toegevoegde lid luidt als volgt: "Tot het vermogen van de onderneming wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam".¹⁴⁸

Deze wetswijziging is niet in lijn met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De wetswijziging heeft geen invloed op de doelstelling 'veiligstellen van de belastingclaim'. De wetswijziging heeft wel invloed op alle andere doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De belastingplichtige kan in betalingsproblemen komen en de continuïteit van de onderneming dreigt in gevaar te komen doordat afrekening over het kleine indirecte belang het gevolg is van de wetswijziging. Deze gevaren liggen enkel op de loer indien het kleine indirecte belang enkel ondernemingsvermogen vertegenwoordigt en er in de houdstervennootschap geen liquiditeiten aanwezig zijn om de belastingclaim te kunnen voldoen. Daarnaast treedt belastingcumulatie op als gevolg van de wetswijziging, wordt de rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer verstoord, worden kleine indirecte belangen anders behandeld dan kleine directe belangen en worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geweigerd voor reële bedrijfsopvolgingen. Concluderend kan ik dus stellen dat deze wetswijziging allesbehalve in lijn is met de doelstellingen en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Om te voorkomen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden toegepast op irreële bedrijfsopvolgingen, lijkt me reparatie van het arrest wel passend. Onder irreële

¹⁴⁷ HR 22 april 2016, *BNB* 2016/167.

¹⁴⁸ Art. 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en art. 35c, lid 6 SW 1956.

bedrijfsopvolgingen versta ik een overdracht van een beleggingsentiteit of de overdracht van een onderneming door een niet-ondernemer. Naar mijn mening had de wetgever echter kunnen volstaan met het onderwerpen van het kleine indirecte belang aan de toerekeningsbepaling waarbij deze onderwerping enkel op zijn plaats is indien de activiteiten van de werkmaatschappij waarin het kleine belang wordt gehouden in lijn liggen met de activiteiten van de houdstervennootschap. Dit om te voorkomen dat het tussenschuiven van een lege houdstervennootschap de poort naar de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten open zet. Er dient namelijk wel eerst sprake te zijn van ondernemerschap. Hierdoor wordt de continuïteit van de onderneming gewaarborgd, is er sprake van rechtsvormneutraliteit en zijn de faciliteiten alsnog enkel van toepassing indien er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. De verschillende behandeling tussen kleine directe en kleine indirecte belangen verdwijnt. Wel blijft het 'probleem' met het fictieve aanmerkelijk belang bestaan. Strikt genomen zou een fictief aanmerkelijk belang niet in aanmerking komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit is niet het gevolg van de wetswijziging, maar een reeds bestaand probleem.

De Hoge Raad laat zich de laatste tijd geregeld uit arresten over de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De laatste jaren zijn vooral vastgoedondernemingen procespartij, maar ook procedures over de bezitseis of de voortzettingseis zijn niet uniek. Het arrest over het kleine indirecte belang van april 2016 is wel uniek. De gevolgen die het arrest met zich meebracht waren volgens de staatssecretaris dan ook onwenselijk. Reparatiewetgeving volgde onmiddellijk. Deze reparatiewetgeving is bedoeld om de wettekst in lijn te brengen met de uitvoeringspraktijk. Dit lijkt mij de omgekeerde wereld. De Belastingdienst zou haar werkzaamheden in overeenstemming moeten brengen bij de wet en niet andersom. Het is immers de taak van de wetgever om de aanpassingen in de wet binnen de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te houden. Als dat moeizaam verloopt, wordt het misschien tijd om eens goed na te gaan denken over de toekomst van de huidige bedrijfsopvolgingsregeling.

6. Literatuurlijst

Adriaansens en Rozendal 2014

O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215.

De Beer en Hoogeveen 2016

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

Berkhout en Hoogeveen 2015

T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4.

Boer 2016

J.P. Boer, 'BOR-reparatie: een idee fixe', *WFR* 2016/145.

Burgerhart en Hoogwout 2017

W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'NDFR-commentaar bij artikel 35c SW 1956', (online, laatst bijgewerkt op 27 januari 2017).

Van Dijck 1996

J.E.A.M. van Dijck, 'De voorgestelde nieuwe aanmerkelijk-belangregeling', *WFR* 1996/991.

EY Belastingadviseurs en University of St. Gallen 2017

EY Belastingadviseurs en University of St. Gallen, *Preserve your legacy: a global study on inheritance tax for family business*, 2017, te raadplegen via <http://www.familybusinessstaxindex.com>.

Fluijt 2016

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

Ganzeveld 2015

J. Ganzeveld, noot bij hof Den Haag 13 mei 2015, *NTFR* 2015/1797.

Gribnau 2008

J.L.M. Gribnau, 'Belastingmoraal en compliance', *WFR* 2008/1325.

Gubbels 2016

N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142.

Gubbels en Van Vijfeijken 2016

N.C.G. Gubbels en I.J.F.A. van Vijfeijken, in: *Cursus Belastingrecht S&E 11.2.0.D.f* (online, laatst bijgewerkt op 23 december 2016).

Hofstra 2017

J.P. Hofstra, 'NDFR-commentaar bij artikel 4.17a Wet IB 2001', (online, laatst bijgewerkt op 19 juni 2017).

J.P. Hofstra, 'NDFR-commentaar bij artikel 4.17c Wet IB 2001', (online, laatst bijgewerkt op 18 juni 2017).

Hoogeveen 2011

M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Deventer: SDU 2011.

Hoogeveen 2012

M.J. Hoogeveen, 'scheiding en aanmerkelijk belang', in: I.J.F.A. Vijfeijken, *Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding*, 's-Gravenhage: SDU 2012.

Janssen 2014

A.J. Janssen, 'Latentie binnen de bedrijfsopvolgingsregeling', *FBN* 2014/09.

Janssen 2016

R.L.M.C. Janssen, 'Onverwachte en ongewenste beperkingen in de toepassing van de BOR', *FBN* 2016/09.

Van Kempen 2017

M.L.M. van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB 3.2.7.A.a1 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2017).

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2009

Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet 1956 (nr. 31930), 4 september 2009.

Redactie Vakstudie Nieuws 2015

Redactie Vakstudie Nieuws, arrest hof Den Haag 13 mei 2015, *V-N* 2015/28.21.

Redactie Vakstudie Nieuws 2016

Redactie Vakstudie Nieuws, Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, *V-N* 2016/35.13.

Rijkers 2017

A.C. Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht* IB 4.4.2.B.a (online, laatst bijgewerkt op 4 april 2017).

A.C. Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht* IB 4.8.1.C.b (online, laatst bijgewerkt op 6 april 2017).

Rozendal 2016

A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van de discussie?', *WFR* 2016/127.

Stevens 2010

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

Swank en De Wijkerslooth-Lhoëst 2011

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst en P.J. Swank, 'Knelpunten in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *Estate Planner Digitaal* 2011/02.

De Wijkerslooth-Lhoëst 2009

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', *WPNR* 2009/6802.

De Wijkerslooth-Lhoëst 2010

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen', *WPNR* 2010/6841.

7. Jurisprudentielijst

Uitspraken Hoge Raad

Voor 2000

HR 7 oktober 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY3461, *BNB* 1953/272.
HR 29 september 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2945, *BNB* 1954/313.
HR 9 oktober 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1677, *BNB* 1957/302.
HR 21 mei 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1811, *BNB* 1958/212.
HR 29 april 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0847, *BNB* 1959/222.
HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, *BNB* 1960/123.
HR 8 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8284, *BNB* 1985/230.

2001-2010

HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BB3475, *BNB* 2009/217.

2011-heden

HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, *BNB* 2014/30.
HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:477, *BNB* 2016/110.
HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, *BNB* 2016/166.
HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:705, *BNB* 2016/167.
HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:674, *V-N* 2017/834.

Uitspraken hof

2001-2010

Hof Amsterdam 20 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF3721, *V-N* 2003/22.12.
Hof Amsterdam 19 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BJ5941, *V-N* 2009/23.19.

2011-heden

Hof Den Haag 13 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1196, *V-N* 2015/28.21.
Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429, *NTRF* 2017/2109.

Uitspraken rechtbank

2011-heden

Rb. Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5714, *V-N* 2014/39.22.

8. Lijst met gepubliceerd beleid

Kamerstukken Tweede Kamer

1958-1959

Kamerstukken II 1958-1959, 5380, nr. 3.

1983-1984

Kamerstukken II 1983-1984, 18226, nr. 3.

1997-1998

Kamerstukken II 1997-1998, 25688, nr. 3.

1998-1999

Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3.

2004-2005

Kamerstukken II 2004-2005, 29767, nr. 3.

Kamerstukken II 2004-2005, 29767, nr. 14.

Kamerstukken II 2004-2005, 29767, nr. 58.

2008-2009

Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3.

Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9.

2009-2010

Kamerstukken II 2009-2010, 31930, nr. 13.

Kamerstukken II 2009-2010, 31930, nr. 79.

Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 3.

Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 4.

Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 8.

Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 14.

2015-2016

Kamerstukken II 2015-2016, 34302, nr. 124.

2016-2017

Kamerstukken II 2016-2017, 34553, nr. 3.

Kamerstukken II, 2016-2017, 34553, nr. 7.

Kamerstukken Eerste Kamer

2009-2010

Kamerstukken I 2009-2010, 31930, nr. D.

Kamerstukken I 2009-2010, 32128, nr. E.

Overige gepubliceerd beleid

2007

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, V-N 2007/49.23.

2013

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, V-N 2013/8.17.

2014

Brief van de staatssecretaris van Financiën, 25 april 2014, nr. AFP/2014/302, V-N 2014/25.5.
Staatssecretaris van Financiën, Status diverse fiscale moties en toezeggingen, V-N
2014/25.5, p. 10.

2016

Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N
2016/35.13.