



De voortzettingsvereisten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956

**Een onderzoek naar de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten,
mede in rechtsvergelijkend perspectief**

Masterscriptie Fiscaal Recht

Auteur: T.T.J. (Toon) Giezen
Opleiding: Master Fiscaal Recht
SNR: 2006673
ANR: U944439
Scriptiebegeleidster: R.J.M. Kamphuis MSc
Examencommissie: R.J.M. Kamphuis MSc &
Prof. Mr. Dr. I.J.F.A. van Vijfeijken
Instelling: Tilburg University
Faculteit: Tilburg Law School
Afstudeerdatum: 2 november 2018

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie inzake ‘de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956’. In deze scriptie is een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten. Het stuk vormt de afsluiting van mijn masteropleiding Fiscaal Recht aan Tilburg University. Deze opleiding heb ik het afgelopen jaar met veel enthousiasme en interesse gevolgd.

Tijdens de master hebben de colleges van mevrouw Van Vijfeijken over de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 indruk op mij gemaakt. De keuze voor dit onderwerp was om die reden snel gemaakt. Het schrijven van mijn scriptie heb ik als zeer leerzaam ervaren. Dat het schrijven van de scriptie al met al goed is verlopen heb ik te danken aan een aantal mensen dat mij heeft bijgestaan.

Mijn ouders, maar ook de rest van mijn familie wil ik bij deze graag bedanken voor hun steun en motivatie tijdens mijn studie. Daarnaast verdient mevrouw Kamphuis als scriptiebegeleidster een zeer warm dankwoord. Haar inspirerende zienswijze en kritische feedback hebben mij telkens verder gebracht in het schrijfproces. Ook haar enthousiasme heeft mij zeker goed gedaan. Mevrouw Van Vijfeijken wil ik graag bedanken voor het plaatsnemen in de examencommissie. De heer Nabuurs en mevrouw Kuijpers van Kempen Küppers accountants & belastingadviseurs verdienen een dankwoord voor de mogelijkheden die zij mij hebben geboden om deze opleiding te volbrengen. Tot slot gaat mijn dank uit naar de hoogleraren van Tilburg University, bij wie ik het afgelopen jaar college heb mogen volgen. Mede dankzij hen kijk ik met veel plezier terug op mijn tijd op Tilburg University.

Rest mij eenieder veel leesplezier toe te wensen!

Toon Giezen

Boxmeer, 2 november 2018

Samenvatting

Een bedrijfsopvolging kan leiden tot verschuldigde schenk- en erfbelasting. De wetgever wil voorkomen dat ten gevolge van de heffing van schenk- en erfbelasting een liquiditeitsprobleem ontstaat dat de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. De gedachte van de wetgever is dat bij een overdracht krachtens schenking of vererving van een onderneming veelal geen liquiditeiten vrijkomen en de opvolger daardoor ondernemingsvermogen aan de onderneming zou moeten onttrekken om de verschuldigde belasting te voldoen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 zet de wetgever in als middel om deze doelstelling te realiseren. Aangezien de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen beoogt te faciliteren, worden eisen gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de verkrijger.

In dit onderzoek is beoordeeld of de voortzettingseisen aan de verkrijger in samenhang bezien afdoende doeltreffend zijn. Daarbij is, mede vanuit een rechtsvergelijkend perspectief, onderzocht of er mogelijkheden zijn om de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten te verhogen. Hiervoor zijn allereerst de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uiteengezet. Daarna is de invulling van de huidige voortzettingsvereisten in kaart gebracht. Vervolgens is geanalyseerd of zich op basis van de huidige voortzettingsvereisten situaties voordoen die niet stroken met de doelstellingen van de wetgever. In het laatste inhoudelijke hoofdstuk is een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten.

De uiteindelijke conclusie is dat de voortzettingsvereisten in samenhang bezien niet afdoende doeltreffend zijn. De huidige invulling van de voortzettingsvereisten heeft namelijk tot gevolg dat zich situaties kunnen voordoen die zowel strijdig zijn bevonden met de liquiditeits- en continuïteitsdoelstelling als met de doelstelling om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. De specifieke situaties waarin daarvan sprake is, zijn uitvoerig onder de aandacht gebracht. Op basis van deze conclusie is met betrekking tot de inhoudelijke voortzettingsvereisten aanbevolen om de faciliteiten niet in te trekken als de verkrijger op een gelijkwaardig niveau het verkregen ondernemingsvermogen in de zin van de BOF blijft voortzetten, ondernemer blijft in de zin van de BOF én ter zake van de verkregen onderneming geen liquiditeiten realiseert. Daarnaast is in combinatie met deze aanbeveling voorgesteld om de voortzettingstermijn te verlengen van vijf naar tien jaar. Bij de aanbevelingen is aangegeven welke rol is weggelegd voor de wetgever, de rechter en/of de staatssecretaris van Financiën.

Inhoudsopgave

VOORWOORD	2
SAMENVATTING	3
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN	6
1 INLEIDING	8
1.1 PROBLEEMANALYSE	8
1.2 RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK	10
1.2.1 Maatschappelijke relevantie	10
1.2.2 Wetenschappelijke relevantie	10
1.3 PROBLEEMSTELLING	11
1.4 THEORETISCH KADER	11
1.4.1 Het wettelijke kader	11
1.4.2 Het toetsingskader	11
1.4.3 Rechtsvergelijking	12
1.5 DEELVRAGEN EN OPZET	13
2 DE DOELSTELLINGEN VAN DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEIT IN DE SW	14
2.1 INLEIDING	14
2.2 DE GESCHIEDENIS VAN DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEIT	14
2.2.1 Rentedragend uitstel van betaling (1956)	14
2.2.2 Betaling in jaarlijkse termijnen (1979)	15
2.2.3 Gefaseerde renteloze betalingsregeling (1984)	15
2.2.4 Uitbreiding naar betaling in tien jaarlijkse termijnen (1996)	16
2.2.5 Een kwijtscheldingsfaciliteit (1997)	17
2.2.6 Een vrijstelling in de SW (2002)	18
2.2.7 De huidige BOF (2010)	20
2.3 DE DOELSTELLINGEN IN DE CONTEXT VAN DE VOORTZETTINGSVEREISTEN	21
2.4 TUSSENCONCLUSIE	21
3 DE VOORTZETTINGSVEREISTEN IN DE SW	22
3.1 INLEIDING	22
3.2 KORTE INTRODUCTIE FACILITEITEN (ART. 35B SW)	22
3.3 EISEN AAN DE VERKRIJGING (ART. 35C SW)	24
3.4 EISEN AAN DE ERFLATER/SCHENKER (ART. 35D SW)	27
3.5 EISEN AAN DE VERKRIJGER (35E SW)	27
3.5.1 Voortzettingsvereisten IB-onderneming	28
3.5.1.1 Ophouden winst te genieten	28
3.5.1.2 Aangaan samenwerkingsverbanden	31
3.5.2 Voortzettingsvereisten AB-aandelen	32
3.5.2.1 Eisen aan de verkrijger	32
3.5.2.2 Eisen aan het lichaam	35
3.5.2.3 Holdingstructuren	36
3.5.2.4 Ter beschikking gestelde onroerende zaken	38
3.5.3 Overlijden of verdeling nalatenschap	39
3.5.4 Overgang krachtens huwelijksvermogensrecht	39
3.6 TUSSENCONCLUSIE	40

4 TOETSING VOORTZETTINGSVEREISTEN OP DOELTREFFENDHEID.....	42
4.1 INLEIDING.....	42
4.2. TOETSING VOORTZETTINGSTERMIJN.....	42
4.2.1 Een voortzettingstermijn?	42
4.2.2 Een voortzettingstermijn van vijf jaar?.....	43
4.3 TOETSING VOORTZETTINGSVEREISTEN IB-ONDERNEMING.....	47
4.3.1 Ophouden winst te genieten	47
4.3.2 Aangaan samenwerkingsverbanden.....	51
4.4 TOETSING VOORTZETTINGSVEREISTEN AB-AANDELEN	52
4.4.1 Eisen aan de verkrijger	52
4.4.2 Eisen aan het lichaam	55
4.4.3 Holdingstructuren	56
4.4.4 Ter beschikking gestelde onroerende zaken.....	56
4.5 TUSSENCONCLUSIE	58
5 RECHTSVERGELIJKING TUSSEN DE NEDERLANDSE EN VLAAMSE VOORTZETTINGSVEREISTEN.....	63
5.1 INLEIDING.....	63
5.2 DE DOELSTELLINGEN VAN DE GUNSTREGELING IN VLAANDEREN	63
5.2.1 De geschiedenis en doelstellingen van de gunstregeling	63
5.2.2 De doelstellingen in de context van de voortzettingsvereisten.....	65
5.3 DE VOORTZETTINGSVEREISTEN VAN DE GUNSTREGELING IN VLAANDEREN.....	66
5.3.1 Korte introductie faciliteiten	66
5.3.2 Eisen aan de verkrijging.....	66
5.3.3 Eisen aan de erflater/schenker	69
5.3.4 Eisen aan de verkrijger	70
5.3.4.1 Voortzettingstermijn.....	70
5.3.4.2 Voortzettingsvereisten familiale onderneming.....	70
5.3.4.3 Voortzettingsvereisten familiale vennootschap.....	71
5.4 RECHTSVERGELIJKENDE ANALYSE.....	73
5.5 TUSSENCONCLUSIE	78
6 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN.....	80
6.1 INLEIDING.....	80
6.2 DE DOELSTELLINGEN VAN DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEIT IN DE SW	80
6.3 DE VOORTZETTINGSVEREISTEN IN DE SW	81
6.4 DOELTREFFENDHEID VOORTZETTINGSVEREISTEN	82
6.4.1 Algemeen	82
6.4.2 Voortzettingstermijn.....	82
6.4.3 Voortzettingsvereisten IB-onderneming	83
6.4.4 Voortzettingsvereisten AB-aandelen	84
6.5 WAT LEERT EEN RECHTSVERGELIJKING MET DE VLAAMSE VOORTZETTINGSVEREISTEN?	86
6.6 AANBEVELINGEN VOOR VERVOLGONDERZOEK	87
LITERATUURLIJST	89
REGELGEVING EN PARLEMENTAIRE STUKKEN	95
JURISPRUDENTIEREGISTER	97

Lijst van gebruikte afkortingen

aant.	aantekening
AB	aanmerkelijk belang
AB-aandelen	aanmerkelijkbelangaandelen
AB-houder	aanmerkelijkbelanghouder
AFT	Algemeen Fiscaal Tijdschrift
art.	artikel(en)
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
BOF	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1959
BS	Belgisch Staatsblad
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CV	commanditaire vennootschap
e.v.	en verder
EER	Europese Economische Ruimte
EIM	Economisch Instituut Midden- en Kleinbedrijf
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Gedr. St.	gedrukte stukken
GW	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HVJ EG	Hof van Justitie Europese Gemeenschappen
IB	inkomstenbelasting
IB-onderneming	verwijzing naar een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet inkomstenbelasting 2001
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IW	Invorderingswet 1990
jo.	juncto
m.nt.	met noot van
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MKB	Midden- en kleinbedrijf
NJ	Nederlandse jurisprudentie
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NV	naamloze vennootschap
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. St.	parlementaire stukken
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
Stb.	Staatsblad
Stert.	Staatscourant
SW	Successiewet 1956
T. Not	Tijdschrift voor Notarissen

T&C	Tekst en Commentaar
TB	Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv.reg. IW	Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990
Uitv.reg. S&E	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
Uitv.reg. Wet IB	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
V-N	Vakstudie Nieuws
VCF	Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013
VEP	Vakblad Estate Planning
VL Parl.	Vlaams Parlement
VLABEL	Vlaamse Belastingdienst
VOF	vennootschap onder firma
Wet IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WEV	Waarde economische verkeer
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1 Inleiding

1.1 Probleemanalyse

Op grond van de Successiewet 1956 (hierna: SW) worden belastingen geheven vanwege een verkrijging krachtens schenking (schenkelasting) en krachtens erfrecht (erfbelasting). In de SW zijn verschillende vrijstellingen opgenomen met elk een achterliggende rechtvaardigingsgrond.¹ Voor het schenken en vererven van ondernemingsvermogen in het kader van bedrijfsopvolging kent de SW een bedrijfsopvolgingsfaciliteit (hierna: BOF). In dit onderzoek staat deze bedrijfsopvolgingsfaciliteit centraal.

Bij bedrijfsopvolgingen in Nederland zijn drie belangrijke knelpunten te onderscheiden, namelijk:

- het vinden van een bedrijfsopvolger;
- de tijdige planning en voorbereiding van de bedrijfsopvolging;
- de financiering van de overname.²

Uit onderzoek blijkt dat de financiering veruit het belangrijkste knelpunt vormt.³ Bij schenking of vererving van ondernemingsvermogen zal de ‘overnamesom’ van de opvolger worden veroorzaakt door de verschuldigde belasting. De belastingheffing is dus van invloed op de financieringsbehoefte van de opvolger en daarmee mogelijk een oorzaak van het genoemde financieringsprobleem. De BOF kan geplaatst worden in het kader van het laatstgenoemde knelpunt, aangezien de BOF van invloed kan zijn op de belastingheffing bij de opvolger. Het voornaamste doel van de BOF is te voorkomen dat ten gevolge van de heffing van schenk- en erfbelasting een liquiditeitsprobleem ontstaat dat de continuïteit van de onderneming in gevaar zou kunnen brengen.⁴ Als dit doel wordt gerealiseerd wordt in essentie ook een mogelijk financieringsprobleem voorkomen.⁵

Om de doelstellingen te realiseren zijn verschillende criteria en voorwaarden in de SW opgenomen. Belangrijk hierbij zijn de voortzettingsvereisten in art. 35e SW en de uitzonderingen in art. 10 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: Uitv.reg. S&E). De kern van de voortzettingsvereisten is dat de verkrijger de onderneming gedurende minimaal vijf jaar voortzet. De voorwaardelijke faciliteit wordt ingetrokken indien gedurende deze termijn niet meer aan de voortzettingsvereisten wordt voldaan. De wetgever heeft namelijk uitdrukkelijk beoogd om alleen reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren, omdat deze van groot belang zijn voor de economische bedrijvigheid.⁶ Het belang van de voortzettingsvereisten wordt benadrukt doordat bij de BOF geen sprake is van uitstel, maar van afstel van belastingheffing.

¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 4. De rechtvaardigingsgronden voor de schenk- en erfbelasting vormen ook het toetsingskader voor het opnemen van vrijstellingen in de SW.

² M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid is onder de maat’, *TFO* 2012/118, p. 4.

³ W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009, p. 11.

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

⁵ In dezelfde zin merkt Hoogeveen op dat een liquiditeitsprobleem in essentie ook een financieringsprobleem is. De benodigde liquiditeiten zouden namelijk eventueel door middel van financiering verkregen kunnen worden. Als dat het geval is, concludeert Hoogeveen dat geen sprake is van een financieringsprobleem en daarmee ook niet (meer) van een liquiditeitsprobleem. M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 122 (voetnoot 368) en p. 405-406.

⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19.

Daar de wetgever uitdrukkelijk het belang onderkent van het faciliteren van economisch gewenste bedrijfsoverdrachten komen in de literatuur geregeld bezwaren over de BOF naar voren. De BOF blijkt op gespannen voet te staan met het gelijkheidsbeginsel.⁷ Daarnaast maakt de BOF een inbreuk op het draagkrachtbeginsel dat de dragende rechtsgrond van de SW vormt.⁸ In de literatuur heerst de opvatting dat de faciliteit haar doelstelling te buiten gaat. Gesteld wordt dat een redelijke proportionaliteit ontbreekt tussen het middel en het doel.⁹ Hoogeveen stelt dat er weliswaar sprake is van een liquiditeitsprobleem, maar dat dit het beste kan worden weggenomen door middel van een betalingsfaciliteit.¹⁰ In het SEO-rapport wordt geconcludeerd dat een uitstelregeling een goed alternatief vormt voor de vrijstelling.¹¹ Ondanks de kritiepunten in de literatuur blijft de wetgever de BOF tot op heden 'rechtvaardigen' met verwijzing naar de doelstellingen.

Zoals hiervoor aangestipt, dienen de voortzettingsvereisten als belangrijk middel om de doelstellingen te verwezenlijken. Uit eerder onderzoek komt echter naar voren dat de voortzettingsvereisten in de praktijk als grootste knelpunt worden gezien met betrekking tot de voorwaarden van de BOF.¹² Niet is onderzocht welke eis van het voortzetten het grootste probleem oplevert.¹³ Dit roept bij mij de vraag op of de doelstellingen van de wetgever juist zijn omgezet in wetgeving, zodat in de praktijk daadwerkelijk de uitwerking ontstaat die door de wetgever is beoogd.

Naar aanleiding van het voorgaande is mijn belangstelling gewekt om onderzoek te doen naar de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten van de BOF. Het onderzoek richt zich ook op de vraag of het mogelijk is de voortzettingsvereisten doeltreffender vorm te geven. Om vanuit een breder perspectief na te denken over eventuele effectieve alternatieven voor en/of effectieve aanvulling op de Nederlandse voortzettingsvereisten wordt een rechtsvergelijking gemaakt. De interesse is gewekt om de uitwerking van de Vlaamse voortzettingsvereisten te analyseren. Het Belgische gewest Vlaanderen kent namelijk een soortgelijke faciliteit om de continuïteit bij bedrijfsopvolgingen niet in gevaar te brengen, maar waarbij op een andere wijze dan in Nederland invulling wordt gegeven aan de voortzettingsvereisten.¹⁴

⁷ Als algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving, zoals neergelegd in art. 1 GW, art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM.

⁸ In een toepasselijk geval wordt immers geen schenk- of erfbelasting geheven naar de subjectieve draagkrachtvermeerdering van de verkrijger. Het draagkrachtbeginsel is een verdelingsbeginsel op basis waarvan een rechtvaardige verdeling van de belastingdruk plaatsvindt. M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Den Haag: SDU 2011, p. 66 en I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus belastingrecht schenk- en erfbelasting, Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017, p. 6.

⁹ Onder andere I.J.F.A. van Vijfeijken, *De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel*, in: J. L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247 en M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 515-516.

¹⁰ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 392.

¹¹ SEO Economisch onderzoek, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, SEO-rapport, nr. 2014-39, september 2014, bijlage 1 bij brief staatssecretaris van Financiën van 27 mei 2016, nr. AFP/2016/312M, p. 68.

¹² W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009, p. 37-39.

¹³ W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009, p. 38.

¹⁴ F. Sonneveldt & B.B.A. de Kroon, 'Bedrijfsopvolging in België en Duitsland', *WPNR* 2009/6808, p. 659-662.

1.2 Relevantie van het onderzoek

1.2.1 Maatschappelijke relevantie

Hoogeveen leidt uit verschillende onderzoeken af dat het aantal jaarlijks verrichte bedrijfsoverdrachten ligt tussen de 11.000 en 15.000 per jaar.¹⁵ Uit onderzoek blijkt dat de toenemende vergrijzing van de ondernemingspopulatie een positief effect heeft op het aantal bedrijfsoverdrachten.¹⁶ Bedrijfsopvolging, en daarmee ook de fiscale regelingen gericht op bedrijfsopvolging, is maatschappelijk gezien een relevant onderwerp.

Het is van maatschappelijk belang dat de legitimiteit van de belastingwetgeving wordt gewaarborgd.¹⁷ Kwalitatief goede wetgeving (par. 1.4.2) draagt daaraan bij.¹⁸ Het toetsen van de voortzettingsvereisten op doeltreffendheid is daarnaast van belang voor de gefaciliteerde ‘voortzetters’ van de onderneming. De voortzettingsvereisten zijn immers bepalend voor het behouden van de voorwaardelijk verleende faciliteit. Als de doelstelling is om continuïteit van ondernemingen te waarborgen, dienen de voortzettingsvereisten afdoende afgestemd te zijn op de bedrijfsopvolgingen die in de praktijk plaatsvinden.¹⁹ Dit is ook van maatschappelijk belang voor onder meer de economie en werkgelegenheid.

1.2.2 Wetenschappelijke relevantie

Uit de literatuur blijkt dat de wetgever geen onderzoek heeft gedaan naar de noodzaak, de effectiviteit en de doelmatigheid van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.²⁰ Toch is de faciliteit in de loop der jaren uitgegroeid tot een genereuze vrijstellingsfaciliteit. Deze faciliteit kost de overheid jaarlijks ongeveer € 200 miljoen.²¹ Ondanks het budgettaire belang is de noodzaak van de vrijstelling niet aangetoond en blijft deze tot op heden gehandhaafd. Als een deugdelijke rechtvaardiging voor de faciliteit ontbreekt, dreigt gevaar voor willekeur en is volgens sommige auteurs zelfs sprake van een zogenoemd fiscaal (super) privilege.²² Als gevolg van dergelijk instrumentalisme worden dan fundamentele rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, ondermijnd. Aangezien de doelstelling wordt gebruikt als rechtvaardigingsgrond voor de BOF én de voortzettingsvereisten een belangrijk middel zijn om de

¹⁵ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 167. Hoogeveen verwijst onder meer naar J. Meijaard & B.J. Diephuis, *Bedrijfsoverdrachten in het MKB*, Zoetermeer: EIM februari 2004.

¹⁶ Y.M. Prince, P. Th. Van der Zeijden & I.A. Matser, *Bedrijfsoverdrachten in een periode van recessie en vergrijzing. Stand van zaken in het MKB anno 2013*, Zoetermeer: EIM februari 2014, p. 11 en M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 36 en 167.

¹⁷ J.L.M. Gribnau, *Vertrouwen, legitimiteit en belastingen*, Tilburg: Prisma Printing Tilburg University 2012, p. 6 en J.P. Boer, *Sturende belastingheffer een monster?*, Den Haag: SDU 2013, p. 2-6.

¹⁸ J.L.M. Gribnau, *Vertrouwen, legitimiteit en belastingen*, Tilburg: Prisma Printing Tilburg University 2012, p. 13.

¹⁹ Ook Hoogeveen stelt dat de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving moet zijn afgestemd op de bedrijfsopvolgingen die in de praktijk plaatsvinden. M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 39.

²⁰ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 29.

²¹ Uit een publicatie van Van Vijfeijken volgt dat de BOF de overheid jaarlijks 185 miljoen kost en Heithuis geeft aan dat dit bedrag voor het jaar 2019 wordt geschat op € 220 miljoen. I.J.F.A van Vijfeijken, *De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel*, in: J. L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247 en E.J.W. Heithuis, ‘Belastinguitgaven’, *NTFR* 2015/1336, p. 2.

²² J.L.M. Gribnau, *Vertrouwen, legitimiteit en belastingen*, Tilburg: Prisma Printing Tilburg University 2012, p. 20-22 en J.L.M. Gribnau, ‘Respect voor het recht: de koninklijke weg’, *NTFR* 2014/444, p. 2-3. Dit is ook opgemerkt door de Raad van State. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 3.

doelstelling te verwezenlijken, is het van essentieel belang dat de voortzettingsvereisten voldoen aan het doel van de BOF. Doeltreffende wetgeving verhoogt de kwaliteit en draagt bij aan rechtvaardige wetgeving. De kwaliteitseisen aan wetgeving (par. 1.4.2) komen namelijk alle voort uit de rechtswaarde rechtvaardigheid.²³ Waar mogelijk worden voorstellen gedaan om de kwaliteit van de voortzettingsvereisten op het punt van doeltreffendheid te verbeteren.

1.3 Probleemstelling

Naar aanleiding van het voorgaande ben ik tot de volgende probleemstelling gekomen:

Zijn de voortzettingsvereisten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW afdoende doeltreffend; welke significante verschillen bestaan tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten en zijn er mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief gezien mogelijkheden om de doeltreffendheid van de Nederlandse voortzettingsvereisten te verhogen?

1.4 Theoretisch kader

1.4.1 Het wettelijke kader

Het vertrekpunt van dit onderzoek is een juridisch en fiscaal leerstuk, te weten de BOF, zoals bepaald in hoofdstuk 3A SW. De BOF is vermeld in art. 35b SW jo. art. 25, twaalfde en dertiende lid, Invorderingswet 1990 (hierna: IW). In art. 35c SW tot en met art. 35f SW wordt deze regelgeving nader bepaald.²⁴ In dit onderzoek staan de voortzettingsvereisten van art. 35e SW centraal. Daarnaast is art. 10 Uitv.reg. S&E relevant, omdat daar situaties zijn vermeld waarin de faciliteiten niet worden ingetrokken op het moment dat in beginsel niet aan de voortzettingsvereisten wordt voldaan.

1.4.2 Het toetsingskader

Voor de beoordeling van de voortzettingsvereisten gebruik ik de kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld. Uit de nota ‘Zicht op wetgeving’ uit 1991 volgt dat de kwaliteit van wetgeving voldoende is als deze aan de volgende zes kwaliteitseisen voldoet²⁵:

1. rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen;
2. onderlinge afstemming;
3. eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid;
4. subsidiariteit en evenredigheid;
5. doeltreffendheid en doelmatigheid;
6. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.²⁶

²³ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 68.

²⁴ Daarnaast wordt de regelgeving nader bepaald in art. 7 tot en met art. 10 Uitv.reg. S&E.

²⁵ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 2, p. 23-30.

²⁶ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 2, p. 23. De eerste drie eisen zijn aan te duiden als juridische eisen en de laatste drie zijn eisen die worden gesteld aan het te voeren beleid.

In dit onderzoek wordt getoetst of de wettelijke voortzettingsvereisten voldoen aan de kwaliteitseis van doeltreffendheid (kwaliteitseis 5).²⁷ De eis van doeltreffendheid houdt in dat de wetgeving het door de wetgever beoogde doel dient te verwezenlijken. Er kan dan gesproken worden van effectieve wetgeving. De kerndoelstelling van de BOF is de liquiditeits- en continuïteitsdoelstelling (par. 2.2). De voortzettingsvereisten vinden haar grond in de doelstelling om uitsluitend te faciliteren bij reële bedrijfsopvolgingen (par. 2.3). Deze genoemde doelstellingen staan centraal in de toetsing. Bij de beoordeling van de voortzettingsvereisten op doeltreffendheid wordt gesteund op ondernemingsvermogen in de zin van de BOF (art. 35c SW) en op ondernemerschap in de zin van de BOF (art. 35d SW). Art. 35c SW vormt daarbij het uitgangspunt. Als uit het onderzoek blijkt dat de voortzettingsvereisten niet aan de kwaliteitseis van doeltreffendheid voldoen, worden aanbevelingen aangedragen op basis waarvan zij daaraan wel kunnen voldoen. Bij de kwalitatieve beoordeling van de voortzettingsvereisten op doeltreffendheid wordt gebruik gemaakt van een bronnen-, literatuur-, en jurisprudentieonderzoek. Hieruit worden de doelstellingen, (beoogde) effecten en kritiekpunten verzameld met betrekking tot de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten.

1.4.3 Rechtsvergelijking

Nadat de voortzettingsvereisten van de BOF zijn getoetst, wordt een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten. Een rechtsvergelijking maakt het mogelijk tot nieuwe kennis en inzichten te komen. Ik maak een onderscheid tussen de verschillende gewesten in België, aangezien de heffing van schenk- en erfbelasting in België al diverse jaren onder de bevoegdheid van de verschillende gewesten valt.²⁸ Er gelden ook per gewest verschillende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bij schenking of vererving van bedrijven.²⁹ De Vlaamse bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt de gunstregeling genoemd. Deze regelgeving staat sinds 13 december 2013 gecodificeerd in de Vlaamse Codex Fiscaliteit (hierna: VCF).³⁰ Ook in Vlaanderen worden eisen gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de verkrijger. Wat zijn de doelstellingen van de gunstregeling? Welke significante verschillen bestaan tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten? Met een onderzoek naar deze vragen kan vanuit een breder perspectief worden nagedacht over eventuele aanbevelingen voor de Nederlandse voortzettingsvereisten.

²⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 25. In de nota ‘Zicht op wetgeving’ wordt aangegeven dat dit een zeer belangrijke kwaliteitseis is, maar dat deze nogal eens uit het oog wordt verloren.

²⁸ België is onder te verdelen in de drie gewesten Vlaanderen, Brussel en Wallonië.

²⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19.

³⁰ De roep naar transparantie, eenvormigheid en vereenvoudiging van de Vlaamse fiscale regelgeving vormden aanleiding voor de invoering van deze codex. *Parl. St.* VI. Parl. 2013/14, nr. 2201/1, p. 3-4.

1.5 Deelvragen en opzet

Om tot een antwoord op de probleemstelling te komen zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. Wat zijn de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW?

Aan de hand van een beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van de BOF worden in hoofdstuk 2 de doelstellingen van de wetgever met de BOF uiteengezet.

2. Welke voortzettingsvereisten gelden bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW?

In hoofdstuk 3 wordt op hoofdlijnen en voor zover van belang voor het onderzoek de algemene werking van de BOF behandeld. In het bijzonder wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de voortzettingsvereisten en de bijbehorende uitzonderingen die gelden in art. 35e SW en art. 10 Uitv.reg. S&E.

3. Zijn de voortzettingsvereisten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW afdoende doeltreffend?

De voortzettingsvereisten worden in hoofdstuk 4 beoordeeld door de in hoofdstuk 3 besproken voortzettingsvereisten te toetsen aan de kwaliteitseis van doeltreffendheid.

4. Welke voortzettingsvereisten gelden bij de gunstregeling in Vlaanderen en welke significante verschillen bestaan tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten?

In hoofdstuk 5 wordt een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten. In het bijzonder worden in dit hoofdstuk de significante verschillen tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten geanalyseerd.

Het geheel wordt in hoofdstuk 6 afgesloten met een conclusie. Waar nodig worden in dit hoofdstuk concrete aanbevelingen aangedragen om de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten te verhogen. Eventuele aanbevelingen kunnen gericht zijn aan zowel de wetgever en de rechter als aan de staatssecretaris³¹.

³¹ In dit onderzoek wordt met de staatssecretaris, de staatssecretaris van Financiën bedoeld.

2 De doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW

2.1 Inleiding

Zoals naar voren is gekomen, staat de BOF op gespannen voet met de dragende rechtsgrond van de schenk- en erfbelasting, zijnde het draagkrachtbeginsel (par. 1.1). Aandacht wordt gevraagd voor de rechtvaardiging (lees: doelstellingen) van de wetgever. In dit hoofdstuk worden de doelstellingen van de BOF uiteengezet. In het kader van dit onderzoek is dit van belang om het toetsingskader te kunnen toepassen (par. 1.4.2).

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Om de doelstellingen van de regeling in kaart te brengen, wordt in par. 2.2 ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van de BOF. In par. 2.3 worden de doelstellingen in de context van de voortzettingsvereisten geplaatst. Ik sluit dit hoofdstuk af met een tussenconclusie in par. 2.4.

2.2 De geschiedenis van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit

In deze paragraaf wordt de ontstaansgeschiedenis van de vrijstelling zoals deze vanaf 1 januari 2010 in de SW is opgenomen, besproken.³²

2.2.1 Rentedragend uitstel van betaling (1956)

Bij de invoering van de SW in 1956 kon al door de minister van Financiën in bijzondere gevallen een rentedragend uitstel van betaling worden verleend, op grond van art. 65 SW (oud).³³ Het eerste lid van dit artikel luidde als volgt:

‘Door of namens onze minister van Financiën kan in bijzondere gevallen uitstel van betaling worden verleend (...).’³⁴

Het werd wenselijk geacht om voor gevallen van vererving van een bedrijf een betalingsregeling te treffen. Beslist werd in een dergelijk geval soepel om te gaan met het toekennen van een betalingsregeling.³⁵ Uit de leidraad Successiewet 1959 (oud) bleek dat de uitstelregeling moest voorzien in het voorkomen van liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing bij een overdracht van een onderneming.³⁶ In de parlementaire behandeling werd opgemerkt dat de erfgenamen aan de soepele betalingsregeling geen enkel recht konden ontlenen en daarnaast zouden geen concrete voorwaarden aan de regeling verbonden zijn.³⁷

³² Vanwege de reikwijdte van dit onderzoek beperk ik mij in deze paragraaf tot de geschiedenis die heeft geleid tot de huidige 100%/83% vrijstelling.

³³ Dit artikel is per 1 juli 1990 vervallen, omdat de daarin geregelde materie sindsdien werd geregeld in art. 25 en 25 IW. *Kamerstukken II* 1954/55, 915, nr. 2, p. 9.

³⁴ Art. 65 SW (oud).

³⁵ *Kamerstukken II* 1954/55, 915, nr. 10, p. 7.

³⁶ In par. 49 van de Leidraad Successiewet 1956 (oud) was uitdrukkelijk bepaald dat de gronden van een verzoek gelegen moesten zijn in liquiditeitsmoeilijkheden van het bedrijf dat is vererfd.

³⁷ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 9, p. 12.

2.2.2 Betaling in jaarlijkse termijnen (1979)

In een wetsvoorstel in 1979 werd gewezen op de ontoereikendheid van de betalingsregeling.³⁸ De betalingsregeling zou de werkelijke liquiditeitsproblemen niet afdoende oplossen. Doordat de uitstelregeling (slechts) een eenmalige uitstelregeling betrof, zou op een te korte termijn vermogen uit de onderneming onttrokken moeten worden. Om daadwerkelijk de continuïteit van de onderneming te waarborgen, werd het wenselijk geacht een ruimere termijn aan de betalingsregeling te verbinden. De staatssecretaris achtte de betalingsregeling daarentegen niet ontoereikend.³⁹ Er zou slechts sporadisch een beroep worden gedaan op de betalingsregeling van art. 65 SW (oud) en daarnaast wees de staatssecretaris op de afschrijvingsmogelijkheid van art. 17 IW 1984 (oud).⁴⁰ Ondanks deze argumenten van de staatssecretaris werd in 1979 bij amendement art. 65 SW (oud) op de volgende wijze uitgebreid:

- ‘1. Door of namens onze minister van Financiën kan uitstel van betaling, waaronder begrepen toestemming tot betaling in termijnen, worden verleend:
- a. in geval van verkrijging van niet ter beurse genoteerde aandelen in een onderneming of van vermogen in een onderneming, indien zonder zodanig uitstel de voortzetting van de onderneming in gevaar zou komen; (...).’⁴¹

Het gevolg van deze wijziging was dat een rentedragend uitstel van betaling van jaarlijkse termijnen kon worden verleend. Met deze uitbreiding werd beoogd om problemen bij vererving van ondernemingen te verlichten.

2.2.3 Gefaseerde renteloze betalingsregeling (1984)

De staatssecretaris leek in 1983 zijn ‘nuancering’ bij de uitbreiding van art. 65 SW (oud) te hebben losgelaten en betoogde dat zich ongewenste situaties voordeden die met de regeling dienden te worden voorkomen:

- ‘De voorgestelde regeling heeft met name het doel een knelpunt weg te nemen dat zich voordoet bij bedrijfsopvolging ten gevolge van overlijden van een ondernemer.’⁴²

Het knelpunt, zoals de staatssecretaris betoogde, werd omschreven als het probleem dat de betaling van belasting bij het overlijden van de ondernemer voor liquiditeitsproblemen kan zorgen, indien de verkrijger voornemens is de onderneming voort te zetten.⁴³ Dit liquiditeitsprobleem wordt gezien als een gevaar voor de continuïteit van de onderneming. Door een renteloze betaling over een periode van vijf jaar, kon de continuïteit van de onderneming bij het overlijden van de ondernemer beter worden gewaarborgd.

³⁸ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 9, p. 12

³⁹ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 7, p. 28.

⁴⁰ Als de betalingsregeling niet voldoende uitkomst bood kon door de directeur der rijksbelastingen geheel of gedeeltelijk afschrijving van de belasting worden verleend.

⁴¹ Art. 65, eerste lid, onderdeel a SW (oud). *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 24, p. 1.

⁴² *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 3.

⁴³ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 3.

Met ingang van 1 januari 1984 werd de faciliteit dan ook opnieuw gewijzigd. Art. 59a SW (oud) werd in de wet opgenomen. De aanhef van dit artikel luidde als volgt:

‘(...) de belastingaanslagen, welke worden opgelegd voor de rechten van successie en van schenking wegens verkrijgingen welke geheel of gedeeltelijk bestaan uit ondernemingsvermogen, [zijn] invorderbaar in vijf gelijke jaarlijkse termijnen (...). Het hiervoor bepaalde vindt alleen toepassing indien en voor zover ten tijde van het opleggen van de aanslag de waarde van dat deel van de verkrijging dat niet tot het ondernemingsvermogen behoort, wordt overschreden door het bedrag van de verschuldigde belasting (...).’⁴⁴

Opmerkelijk is dat sinds 1984 uitdrukkelijk in de wettekst is opgenomen dat ook een betalingsregeling kan worden getroffen indien ondernemingsvermogen wordt verkregen krachtens schenking.⁴⁵ De reden hiervoor leek destijds te zijn dat de wetgever wilde voorkomen om een overdracht bij overlijden gunstiger te behandelen dan een overdracht bij leven.⁴⁶

De termijn van vijf jaar was ingevoerd vanuit de overweging dat de termijn enerzijds vanwege uitvoeringstechnische redenen niet te lang en anderzijds met het oog op het doel van de regeling ook niet te kort mag zijn.⁴⁷ De regeling was alleen van toepassing voor zover de waarde van eventueel andere verkregen vermogensbestanddelen (niet-ondernemingsvermogen) niet toereikend was om de belasting te voldoen.⁴⁸ Vanwege de continuïteitsgedachte kon de regeling eveneens van toepassing zijn op een verkrijging van aandelen die bij de erflater tot een aanmerkelijk belang behoorden.⁴⁹ Tevens werden tijdens deze renteloze betalingsregeling voortzettingseisen gesteld aan de verkrijger. De voortzettingstermijn werd gekoppeld aan de duur van de destijds geldende betalingsregeling en bedroeg vijf jaar.⁵⁰

2.2.4 Uitbreiding naar betaling in tien jaarlijkse termijnen (1996)

De gefaseerde betalingsregeling bleek slechts een gering financieel belang te hebben. Uit onderzoek bleek namelijk dat de regeling van art. 59a SW (oud) sinds de invoering tot 1 juli 1986, gemiddeld slechts 16 maal per jaar werd toegepast.⁵¹ Desalniettemin werd bij de Wet van 18 december 1995 de termijn met ingang van 1 januari 1996 verlengd van vijf naar tien jaar.⁵² Het georganiseerde bedrijfsleven was namelijk van mening dat de periode van vijf jaar te kort was om een mogelijk

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 2, p. 1.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 4.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 2.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 4. Een verlenging van de uitsteltermijn van vijf naar acht jaar was afgewezen met de motivering dat dit tot te veel complicaties in de uitvoeringspraktijk zou leiden. De problemen met betrekking tot de uitvoering van de regeling zouden zijn, dat het verkregen ondernemingsvermogen gedurende de termijn dat de betalingsregeling van kracht was zou moeten worden gevolgd. *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 8, p. 1.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5 en *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 6, p. 1. De betalingsregeling was alleen van toepassing indien en voor zover ten tijde van het opleggen van de aanslag de waarde van dat deel van de verkrijging dat niet tot het ondernemingsvermogen behoorde werd overschreden door het bedrag van de verschuldigde belasting, mits deze overschrijding meer bedroeg dan € 2.269.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5, p. 2. Het moest bij de verkrijging van aandelen expliciet gaan om een aanmerkelijk belang, omdat dan door de wetgever werd geacht dat voldoende invloed kan worden uitgeoefend op de continuïteit van de onderneming.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5, p. 3.

⁵¹ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 75.

⁵² *Stb.* 1995, 660, p. 4.

liquiditeitsprobleem weg te nemen. Op basis daarvan werd door de wetgever aangenomen dat de termijn van vijf jaar te kort was:

‘Gezien het belang dat moet worden toegekend aan het wegnemen dan wel verminderen van knelpunten bij de bedrijfsopvolging in het midden- en kleinbedrijf wordt voorgesteld de uitsteltermijn te verlengen van vijf naar tien jaar.’⁵³

In de literatuur wordt naar mijn mening terecht gesteld dat deze verruiming slechts op vooronderstellingen berust.⁵⁴ Dat zich daadwerkelijk liquiditeitsproblemen voordeden, werd namelijk niet onderbouwd, maar eerder tegengesproken doordat volgens onderzoek betrekkelijk weinig gebruikt werd gemaakt van de regeling.⁵⁵ Desalniettemin is de bedoeling van de wetgever helder: de continuïteit van een onderneming beter waarborgen bij een overgang van een onderneming krachtens erfrecht of schenking.

2.2.5 Een kwijtscheldingsfaciliteit (1997)

Nog voor de verlenging van de uitsteltermijn van vijf naar tien jaar waren er al geluiden over een kwijtscheldingsfaciliteit.⁵⁶ In de parlementaire behandeling werd het volgende genoemd:

‘Deze leden vragen zich af, of de continuïteit van de onderneming niet nog meer geholpen zal zijn door een gedeeltelijke kwijtschelding van successierechten volgens een geleidelijke schaal.’⁵⁷

De werkgroep fiscale maatregelen had een bondig ‘antwoord’ op hetgeen werd genoemd in de parlementaire behandeling:

‘(...) een dergelijke regeling is in strijd met de basisgedachte van de Successiewet 1956, die inhoudt dat al hetgeen krachtens erfrecht wordt verkregen in beginsel aan de heffing van successierecht is onderworpen en bovendien voorbijgaat aan het feit dat tot de nalatenschap andere vermogensbestanddelen kunnen behoren, die een zodanige omvang hebben dat er in het geheel geen reden is enigerlei tegemoetkoming te verlenen.’⁵⁸

Uiteindelijk werd een dergelijke kwijtscheldingsfaciliteit dan ook niet ingevoerd, maar er werd gekozen voor een uitbreiding van de betalingsregeling (par. 2.2.4). In 1993 herhaalde de staatssecretaris bovendien het standpunt van de Werkgroep fiscale maatregelen dat een dergelijke faciliteit niet in de systematiek van de SW past.⁵⁹

In 1997 ging de wetgever toch ‘overstag’. Met ingang van 1 januari 1997 werden namelijk twee nieuwe maatregelen ingevoerd, waaronder (effectief) een vrijstelling in de vorm van een

⁵³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 428, nr. 3, p. 14.

⁵⁴ I.J.F.A. van Vijfeijken, De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel, in: J.L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247 en M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 301.

⁵⁵ In gelijke zin M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 301.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5, p. 5.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5, p. 5.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5, p. 5.

⁵⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 16 juni 1993, nr. AFP93/165, *V-N* 1993/2011, 3.

kwijtscheldingsfaciliteit.⁶⁰ De eerste maatregel betrof een verruiming van de betalingsregeling op grond waarvan de belasting in tien jaarlijkse termijnen zonder invorderingsrente mocht worden betaald (par. 2.2.4).⁶¹ De verruiming hield in dat niet-ondernemingsvermogen met een zeer gebonden karakter niet meer werd meegenomen voor de toets of voldoende ‘niet-ondernemingsvermogen’ aanwezig was om de verschuldigde belasting te betalen. De wetgever doelde hiermee op vermogensbestanddelen die niet relatief eenvoudig liquide kunnen worden gemaakt, zoals woningen of een woon/winkelpand.⁶² De invoering van de kwijtscheldingsfaciliteit als tweede maatregel vond plaats met een verwijzing naar het algemeen sociaaleconomisch belang:

‘Vanuit het algemeen sociaaleconomisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit. Het is om dezelfde reden onwenselijk dat een ondernemer in situaties waarin het maatschappelijk gebruikelijk is uit te treden, zijn onderneming staakt in plaats van overdraagt aan een of meer opvolgers.’⁶³

De kerndoelstelling is weer dat de faciliteit financiële problemen moet voorkomen die de continuïteit van de onderneming zouden kunnen aantasten. Daarnaast lijkt de faciliteit vooral bedoeld voor familieondernemingen:

‘Het voorstel is door een tweetal maatregelen een bijdrage te leveren aan de continuïteit van familieondernemingen (...).’⁶⁴

De faciliteit werd echter niet met dergelijke voorwaarden omgeven. Ook werd de noodzaak van de overgang van een betalingsregeling naar een kwijtscheldingsfaciliteit niet onderbouwd. De kwijtscheldingsfaciliteit hield feitelijk in dat 25% van het verkregen ondernemingsvermogen werd vrijgesteld van belasting.⁶⁵ Aan de voortzetter werden voortzettingseisen gesteld met het doel om uitsluitend zogenoemde reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Bij vererving of schenking moest de verkrijger vijf jaar respectievelijk tien jaar voortzetten.⁶⁶

2.2.6 Een vrijstelling in de SW (2002)

In 2002 werd de kwijtscheldingsfaciliteit van 25% naar aanleiding van een rapport van de werkgroep Moltmaker overgeheveld van de IW naar de SW.⁶⁷ Bij de kwijtscheldingsfaciliteit werd het probleem onderkend dat de faciliteit door de ontvanger moest worden beoordeeld en niet door een inspecteur.⁶⁸ Het tarief van de faciliteit stond in het rapport overigens niet ter discussie. Vanwege budgettaire

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8. De kwijtscheldingsregeling was geregeld in art. 26, derde tot en met tiende lid, IW jo. art. 6a Uitv.reg. IW (oud).

⁶¹ De uitstelregeling was bepaald in art. 25, negende en tiende lid, IW jo. art. 6 Uitv.reg. IW (oud).

⁶² *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7. Deze nieuwe kwijtscheldingsfaciliteit werkte terug tot en met 1 januari 1997.

⁶³ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8. De wetgever merkte op dat de kwijtscheldingsfaciliteit materieel als een vrijstelling van successie-of schenkingsrecht kon worden gezien.

⁶⁶ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 301.

⁶⁷ Werkgroep modernisering successiewetgeving onder leiding van Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1, p. 24 en *Kamerstukken II* 28 015, nr. 3, p. 2. De vrijstelling werd opgenomen in art. 35b e.v. SW.

⁶⁸ I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘De voorgestelde wijzigingen van de Successiewet 1956’, *WFR* 2001/1381, p. 4.

ruimte werd de vrijstelling in 2002 toch verhoogd naar 30%.⁶⁹ De Raad van State merkte op dat bij deze verruiming van de vrijstelling een toereikende afweging van de verruiming ten opzichte van de niet of beperkt gefaciliteerde verkrijgingen ontbrak.⁷⁰ Een andere betekenisvolle wijziging is de verkorting van de voortzettingstermijn bij schenking van tien naar vijf jaar.⁷¹ Een motivering door de wetgever voor deze laatstgenoemde aanpassing blijkt te ontbreken. Volgens Hoogeveen laat het zich denken dat de wetgever niet langer een onderscheid heeft willen maken tussen de voortzettingstermijn bij vererving en die bij schenking.⁷²

Al tijdens deze verhoging van de vrijstelling van 25% naar 30% in 2002, werd een vrijstelling van 30% niet door alle leden van het kabinet voldoende bevonden:

‘De leden van de fractie van D66 achten het van belang dat het kabinet op fiscaal terrein een sterker signaal afgeeft dat het zich sterk maakt voor de continuïteit en de groei van het midden- en kleinbedrijf en vragen in dat verband wat het budgettair effect is indien het percentage wordt verhoogd naar 50%.’⁷³

De vrijstelling van 30% zou ook in de praktijk niet als toereikend zijn ervaren om liquiditeitsproblemen te voorkomen:

‘Door verschillende organisaties is in de oriënterende gesprekken aandacht gevraagd voor het als een knelpunt ervaren schenkings- en successierecht bij een bedrijfsoverdracht. (...) De huidige vrijstelling in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van 30% van het ondernemingsvermogen wordt niet als toereikend ervaren om liquiditeitsproblemen te voorkomen.’⁷⁴

In 2004 werd door de staatssecretaris daadwerkelijk voorgesteld de vrijstelling van 30% per 1 januari 2005 te verhogen naar 50%.⁷⁵ De ratio achter dit voorstel was het bieden van een aanzienlijke handreiking om mogelijke liquiditeitsproblemen bij ondernemingen te voorkomen. De gedachte was dat de verschuldigde belasting doorgaans niet uit privévermogen kon worden gefinancierd en dus ten laste zou komen van het ondernemingsvermogen. De staatssecretaris merkte hierbij wel op dat een nog verdergaande verhoging de kans op onbedoeld gebruik zou doen toenemen en er mogelijk een spanning zou ontstaan met het gelijkheidsbeginsel.⁷⁶ Om die reden was de staatssecretaris niet voor een nog hogere vrijstelling dan 50%:

‘Wij zijn van mening dat met de nu voorgestelde verhoging van de vrijstelling, in combinatie met de mogelijkheid van uitstel van betaling voor het verschuldigde successie- of schenkingsrecht, de liquiditeitsproblemen bij bedrijfsopvolging in voldoende mate zijn weggenomen voor zover die door deze belasting wordt veroorzaakt.’⁷⁷

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 3, p. 4.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. A, p. 19.

⁷¹ Deze aanpassing is ook aanbevolen in Werkgroep modernisering successiewetgeving onder leiding van Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1, p. 34.

⁷² M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 304.

⁷³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 6, p. 18.

⁷⁴ Dit volgt onder meer uit Ministerie van Financiën, *Rapport Bedrijfsoverdracht. Continuïteit door fiscaliteit*, 21 juli 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 607, nr. 66, par. 7.3.1.

⁷⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2004, nr. WDB 2004-420M, *V-N* 2004/37.7, p. 1.

⁷⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2004, nr. WDB 2004-420M, *V-N* 2004/37.7, p. 17.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 14, p. 38.

Ondanks de opmerking van de staatssecretaris, dat een nog hogere vrijstelling dan 50% niet noodzakelijk zou zijn, heeft de wetgever in 2005 de vrijstelling van 30% zelfs verhoogd naar 60%.⁷⁸ De vrijstelling is vervolgens verder verhoogd naar 75% in 2007.⁷⁹ Een meerderheid van de tweede kamer had namelijk een andere afweging dan de staatssecretaris gemaakt op dit punt.⁸⁰

Naar aanleiding van overleg met maatschappelijke organisaties werd ook de 75% vrijstelling nog als belemmerend ervaren. Deze geluiden leken ook de mening van de staatssecretaris te hebben beïnvloed.⁸¹ In 2009 werd namelijk op voorstel van de staatssecretaris zelf een verhoging van de vrijstelling naar 90% ingevoerd. Deze verhoging moest de in de praktijk ervaren belemmeringen voor reële bedrijfsopvolging wegnemen.⁸² In de parlementaire behandeling werd nogmaals betoogd waar de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor is bedoeld:

‘De bedrijfsopvolgingsregeling beoogt te voorkomen dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Hierbij is het ten eerste uitdrukkelijk de bedoeling dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd; niet minder, maar ook niet meer.’⁸³

2.2.7 De huidige BOF (2010)

In 2010 is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wederom aangepast.⁸⁴ Deze meest recente aanpassing houdt in dat een 100% vrijstelling geldt voor ondernemingsvermogen tot € 1.071.987 (2018). Het overige is voor 83% vrijgesteld. De vraag kan worden gesteld of een 100% vrijstelling noodzakelijk is in het licht van de doelstelling van de faciliteit. De staatssecretaris had bovendien zelf in 2009 betoogd dat een vrijstelling van 100% economisch niet noodzakelijk is:

‘Met het pakket van maatregelen voor de bedrijfsopvolging ontstaat een dusdanig evenwichtige situatie dat verhoging van het percentage tot 100% mijns inziens economisch thans niet noodzakelijk is (...).’⁸⁵

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 58, p. 3 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 36, p. 1. Het voorstel om de vrijstelling te verhogen naar 50%, is uiteindelijk niet tot wet geheven.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 58, p. 3 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 36, p. 1.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. C, p. 7.

⁸¹ Dat de staatssecretaris de vrijstelling ophoogde naar 90% met als rechtvaardiging dat hem een ‘signaal’ had bereikt dat de successie- en schenkingsbelasting belemmerend zouden werken, draagt volgens Van Vijfeijken niet bij aan de geloofwaardigheid van het nut en de noodzaak van de BOF. I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie’, *WFR* 2009/1231, p. 3.

⁸² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 18. Daarnaast had deze verhoging het doel om een door de praktijk ervaren knelpunt, zijnde de waardering van ondernemingsvermogen bij aanwezigheid van goodwill, weg te nemen.

⁸³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79, p. 79 (ter vervanging van amendement nr. 53).

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 18.

Later stelde de staatssecretaris echter dat een 100% vrijstelling beter tegemoetkomt aan het doel van de faciliteit, omdat zo kleinere ondernemingen relatief meer van de vrijstelling gebruik kunnen maken⁸⁶:

‘Ik kan de leden mededelen dat de 100% vrijstelling per objectieve onderneming wordt verleend en niet per verkrijger. Hierdoor zullen het met name kleinere ondernemingen zijn die van de 100% vrijstelling kunnen profiteren. De regeling is ook bedoeld voor het midden- en kleinbedrijf. Juist de grotere bedrijven zullen meer successierecht gaan dragen door een verlaging van het vrijstellingspercentage van 90% naar 83%.’⁸⁷

2.3 De doelstellingen in de context van de voortzettingsvereisten

De doelstellingen van de BOF spelen bij de uitleg van de voortzettingsvereisten een belangrijke rol. Een reële bedrijfsopvolging wordt door de wetgever geformuleerd als: een overdracht van een ‘onderneming’ door een ‘ondernemer’, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die ‘de onderneming als ondernemer voortzet’.⁸⁸ Hieruit volgt dat de voortzettingsvereisten ervoor dienen dat uitsluitend *reële bedrijfsopvolgingen* worden gefaciliteerd. De voortzettingsvereisten dienen bovendien materieel te worden benaderd omdat de wetgever voor het begrip ‘reële bedrijfsopvolgingen’ wenst aan te sluiten bij de economische werkelijkheid.⁸⁹

2.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: ‘Wat zijn de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW?’. Om tot een antwoord op deze vraag te komen, heb ik mij verdiept in de ontstaansgeschiedenis van de BOF. Een bedrijfsopvolgingsfaciliteit strookt niet met het draagkrachtbeginsel als zijnde de dragende rechtsgrond van de SW. Dit betekent niet dat de faciliteit geheel willekeurig is ingevoerd. Met de faciliteit wordt namelijk een beleidsdoelstelling nagestreefd. Het voornaamste doel van de BOF kan worden omschreven als het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij reële bedrijfsopvolgingen als gevolg van de heffing van schenk- en erfbelasting om continuïteit van de ondernemingen te waarborgen. Hierbij is het stimuleren van werkgelegenheid en het behoud van economische diversiteit aan te merken als subdoelstelling. De voortzettingsvereisten worden door de wetgever ingezet als middel om uitsluitend de reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

⁸⁶ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 7. Zie voor kritiek op de 100% vrijstelling A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, ‘De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (I)’, *WFR* 2016/161, p. 8, A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, ‘De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)’, *WFR* 2016/183, p. 10 en E.J.W. Heithuis, ‘Een ongelukkig amendement’, *WFR* 2010/348, p. 1-3. Vanwege de reikwijdte van dit onderzoek wordt niet ingegaan op deze kritiek. Ook wordt de onderbouwing van de wetgever, om het MKB-bedrijf meer van de vrijstelling te laten profiteren, niet meegenomen in mijn onderzoek voor de toetsing van de voortzettingsvereisten.

⁸⁷ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 59 en 60.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 47.

3 De voortzettingsvereisten in de SW

3.1 Inleiding

Uit de doelstelling van de wetgever zijn een drietal voorwaarden te herleiden, die zijn neergelegd in de SW. Volgens de wetgever is sprake van een reële bedrijfsoverdracht ex art. 35b, vijfde lid, SW indien sprake is van:

Een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in art. 35d SW, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in art. 35e SW.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In par. 3.2 wordt kort ingegaan op de beschikbare faciliteiten. Vervolgens wordt in par. 3.3 ingegaan op de eisen aan de verkrijging en in par. 3.4 worden de eisen aan de erflater/schenker behandeld. In het bijzonder wordt in par. 3.5 ingegaan op de voortzettingseisen aan de verkrijger. Ik sluit dit hoofdstuk af met een tussenconclusie in par. 3.6.

3.2 Korte introductie faciliteiten (art. 35b SW)

De verschillende faciliteiten zijn onder te verdelen in twee (voorwaardelijke) vrijstellingen en in twee (voorwaardelijke) uitstelfaciliteiten.⁹⁰ Deze faciliteiten worden alleen op verzoek verleend.⁹¹

- *Vrijstelling verschil hogere liquidatiewaarde en lagere going-concernwaarde*

In art. 21, dertiende lid, SW is bepaald dat de waarde van ondernemingsvermogen wordt gesteld op de going-concernwaarde of indien hoger, de liquidatiewaarde. De wetgever acht het niet wenselijk dat voor de heffing van schenk- en erfbelasting moet worden uitgegaan van de hogere liquidatiewaarde indien de onderneming door de verkrijger wordt voortgezet.⁹² Zodoende is bepaald dat het verschil tussen de hogere liquidatiewaarde⁹³ en de lagere going-concernwaarde⁹⁴ volledig is vrijgesteld.⁹⁵

- *Vrijstelling going-concernwaarde*

Bij toepassing van de tweede vrijstelling wordt de going-concernwaarde tot € 1.071.987 (2018) voor 100% vrijgesteld. Het meerdere is voor 83% vrijgesteld.⁹⁶

⁹⁰ Art. 35b, eerste lid, SW en art. 35b, tweede lid, SW jo. art. 25, twaalfde en dertiende lid, IW. Voor de bepaling van de omvang van de faciliteiten wordt op grond van art. 35b, vierde lid, SW geen rekening gehouden met een tegenprestatie. In art. 35f SW is een uitzondering op het tijdstipkarakter opgenomen en is bepaald dat de BOF kan worden toegepast op een gewijzigde gerechtigdheid als gevolg van de verdeling van een nalatenschap of van een huwelijksgemeenschap binnen twee jaar na het overlijden van de erflater.

⁹¹ Art. 35b, eerste lid, SW. Het verzoek moet gelijktijdig met de aangifte worden gedaan.

⁹² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 3, p. 41-42.

⁹³ De liquidatiewaarde is de totale waarde van alle afzonderlijk gewaardeerde bedrijfsmiddelen of clusters van bedrijfsmiddelen. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 3, p. 36 en 41.

⁹⁴ De going-concernwaarde is de waarde van de gehele voortgezette onderneming in samenhang bezien, inclusief rentabiliteit en goodwill. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 3, p. 36 en 41.

⁹⁵ Art. 35b, eerste lid, onderdeel b, sub 1, SW. Deze faciliteit kan van belang zijn voor ondernemingen met een hoge intrinsieke waarde en een relatief laag rendement. Voor de bijzondere waarderingsmethoden voor landbouwondernemingen verwijs ik naar het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 16 november 2015, BLKB2015/1346M, *V-N* 2015/63.16.

⁹⁶ Art. 35b, eerste lid, onderdeel b, sub 3, SW.

De verschillende faciliteiten worden per objectieve onderneming verleend. Dit betekent dat voor de omvang van de hiervoor besproken vrijstellingen naar evenredigheid moet worden bepaald op welk deel van de objectieve onderneming de verkrijging betrekking heeft.⁹⁷ De waarde van de objectieve onderneming moet worden beoordeeld vanuit het perspectief van de erflater/schenker. Tot de objectieve onderneming behoren ook onroerende zaken die kwalificeren als buitenvennootschappelijk vermogen en onroerende zaken die door de erflater/schenker zelf ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap als bedoeld in art. 3.92 Wet IB.⁹⁸ Hierna volgen twee voorbeelden ter illustratie, waarin de vrijstelling voor de going-concernwaarde wordt afgemeten aan de objectieve onderneming.⁹⁹

Voorbeeld 1

X bezit alle aandelen in A BV. De going-concernwaarde van de objectieve onderneming bedraagt € 2.000.000. X overlijdt en zijn erfgenamen Y en Z verkrijgen ieder 50% van de aandelen. Omdat Y en Z ieder de helft van de objectieve onderneming verkrijgen met een waarde van € 2.000.000 hebben zij ieder voor de helft recht op de 100% vrijstelling.

Uitwerking

Ieders verkrijging bedraagt € 1.000.000 ($€ 2.000.000 / 2$). Hiervan is € 500.000 volledig vrijgesteld ($€ 1.000.000 / € 2.000.000 \times € 1.000.000$). De overige € 500.000 is voor 83% vrijgesteld.

Voorbeeld 2

W en X bezitten ieder 50% aandelen in A BV. De going-concernwaarde bedraagt weer € 2.000.000. Daarnaast stelt X een pand ter beschikking aan A BV ter waarde van € 2.000.000. X overlijdt en zijn erfgenamen Y en Z verkrijgen ieder 50% van de aandelen van erflater X.

Uitwerking

De totale objectieve onderneming heeft een waarde van € 4.000.000 ($€ 2.000.000 + € 2.000.000$). Erflaters aandeel in de waarde van die objectieve onderneming bedraagt € 3.000.000 en omvat daarmee 75% van de totale objectieve onderneming ($€ 3.000.000 / € 4.000.000$). Omdat Y en Z hiervan ieder de helft verkrijgen, hebben de erfgenamen nu ieder recht op 37,5% van de volledige vrijstelling. Ieders verkrijging bedraagt € 1.500.000 ($3.000.000 / 2$). Hiervan is € 375.000 volledig vrijgesteld ($€ 1.500.000 / € 4.000.000 \times € 1.000.000$). De overige € 1.125.000 is voor 83% vrijgesteld.

• *Uitstelfaciliteiten*

Voor het deel dat na toepassing van de vrijstelling van de going-concernwaarde niet is vrijgesteld, wordt op verzoek een rentedragend uitstel van betaling verleend.¹⁰⁰ Indien om deze faciliteit wordt verzocht, wordt een conserverende aanslag opgelegd die uiterlijk tien jaar na dagtekening moet worden voldaan.¹⁰¹ Daarnaast geldt eenzelfde uitstelfaciliteit voor de verkrijging van een vordering op een medeverkrijger.¹⁰²

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79, p. 2.

⁹⁸ Zie art. 7 Uitv.reg. S&E voor een nadere invulling van het begrip objectieve onderneming.

⁹⁹ Eenvoudshalve is de 100% vrijstelling in deze voorbeelden afgerond op € 1.000.000. Voor beide voorbeelden (1 en 2) is inspiratie ontleend aan I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus belastingrecht schenk- en erfbelasting, Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017, hoofdstuk 11.

¹⁰⁰ Dit betreft 17% van de grondslag waarover de 83% vrijstelling wordt berekend.

¹⁰¹ Art. 25, twaalfde lid, IW.

¹⁰² Art. 25, dertiende lid, IW.

3.3 Eisen aan de verkrijging (art. 35c SW)

De faciliteiten zijn uitsluitend van toepassing op kwalificerend ondernemingsvermogen.¹⁰³ De voorwaarden van art. 35c SW bepalen wanneer daarvan sprake is. Hieronder wordt kort gezegd verstaan:

- een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB (hierna: IB-onderneming)¹⁰⁴;
- een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB¹⁰⁵;
- aandelen die bij de erflater/schenker tot een aanmerkelijk belang (hierna: AB) als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB behoorden in een ondernemende vennootschap¹⁰⁶;
- onroerende zaken die door de erflater/schenker ter beschikking zijn gesteld als bedoeld in art. 3.92 Wet IB¹⁰⁷.

- *Ondernemingsvermogen in de zin van de Wet IB*

Voor de beoordeling of sprake is van ondernemingsvermogen wordt aangesloten bij de regels van het ondernemingsbegrip uit de Wet IB, zoals bedoeld in par. 3.2.2 Wet IB.¹⁰⁸ Steeds zal moeten worden beoordeeld of er sprake is van een materiële onderneming voor de Wet IB.¹⁰⁹ Dit vindt zowel toepassing bij de verkrijging van een IB-onderneming als bij de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen (hierna: AB-aandelen).¹¹⁰ Bij een IB-onderneming behoort het beleggingsvermogen verplicht tot het privévermogen.¹¹¹ Daarnaast kwalificeert keuzevermogen dat tot het privévermogen is gerekend niet.¹¹² Voor een vennootschap betekent de aansluiting bij het ondernemingsbegrip uit de Wet IB dat beleggingsvermogen dat aangemerkt wordt als ‘blijvend

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 5.

¹⁰⁴ Art. 35c, eerste lid, onderdeel a, SW. Voorbeelden zijn een verkrijging van een eenmanszaak of een verkrijging van een ondernemersaandeel in een VOF of een maatschap.

¹⁰⁵ Art. 35c, eerste lid, onderdeel b, SW. Met de terminologie ‘medegerechtigde’ heeft de wetgever vooral het oog op commanditaire vennoten.

¹⁰⁶ Art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW. De meetregel van art. 4.10 Wet IB is uitgezonderd voor de BOF.

¹⁰⁷ Art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW. Door rekening te houden met ter beschikking gesteld vermogen maakt het volgens de wetgever niet uit of de onroerende zaak eigendom is van de BV of van de erflater. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 5. Eerder heeft Hogeveen het faciliteren van deze figuur verdedigd, waarna deze bepaling met ingang van 1 januari 2010 in de wet is opgenomen. M.J. Hogeveen, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteit: het ene bedrijfspan is het andere niet’, *NTFR* 2005/1045, p. 4.

¹⁰⁸ Art. 35b, eerste lid, SW en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 5. Hiermee wordt een uitzondering gemaakt op art. 2, vijfde lid, Wet VPB, waarin is bepaald dat een lichaam wordt geacht met behulp van zijn gehele vermogen de onderneming te drijven.

¹⁰⁹ Een materiële onderneming kan worden gedefinieerd als een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te behalen. Of sprake is van een materiële onderneming is een feitelijke kwestie, zodat de vraag of daarvan sprake is moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 705, nr. 23, p. 14 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0193. Bij exploitatie van onroerende zaken geldt in dit verband dat de te verrichten of verrichte arbeid qua aard en omvang meer moet hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, r.o. 4.3, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43. De wetgever beoogt een uniforme toets aan te leggen, zodat de rechtsvorm tot zo min mogelijk verschil in fiscale behandeling leidt. Volgens De Wijkerslooth-Lhoëst is dit een vooruitgang ten opzichte van de ‘oude’ regeling waarbij werd verwezen naar art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB. S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?’, *WPNR* 2009/6802, p. 514.

¹¹¹ Op basis van de vermogensetiketteringsregels uit de Wet IB (art. 3.8 Wet IB).

¹¹² M.J. Hogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004, p. 191. Hierop bestaat de nodige kritiek in de literatuur. Ik volsta met een verwijzing naar S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?’, *WPNR* 2009/6802, p. 514.

overtollig liquide' niet kwalificeert.¹¹³ Bij een vennootschap wordt vanwege uitvoeringstechnische redenen het beleggingsvermogen tot 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen meegenomen als ondernemingsvermogen voor de faciliteiten.¹¹⁴

- *Medegerechtigdheid en preferente aandelen*

Aan de verkrijging van een medegerechtigdheid en de verkrijging van preferente aandelen wordt de extra eis gesteld dat het moet gaan om een gefaseerde bedrijfsopvolging.¹¹⁵ De medegerechtigdheid moet een rechtstreekse voortzetting vormen van een eerder door de schenker, erflater of de vennootschap gedreven onderneming en de verkrijger moet reeds beherend vennoot van deze onderneming zijn of enig aandeelhouder van de vennootschap zijn die een beherend vennoot is.¹¹⁶

Voor preferente aandelen gelden de voorwaarden dat:

- deze een omzetting vormen van gewone aandelen;
- de omzetting gepaard gaat met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- ten tijde van de omzetting sprake is van een actieve vennootschap;
- de verkrijger reeds AB-houder van de gewone aandelen is.¹¹⁷

- *Ter beschikking gestelde onroerende zaken*

Als een onroerende zaak door de erflater/schenker ter beschikking wordt gesteld aan een lichaam als bedoeld in art. 3.92 Wet IB en deze onroerende zaak dienstbaar is aan de onderneming die door het lichaam wordt gedreven¹¹⁸, is volgens de wetgever sprake van vermogen dat feitelijk functioneert als ondernemingsvermogen.¹¹⁹ De voorwaarde is dat de verkrijger van de onroerende zaak tegelijkertijd aandelen verkrijgt in het lichaam waaraan de onroerende zaak ter beschikking is gesteld en dienstbaar is aan de onderneming in dat lichaam.

- *Holdingstructuren*

Als AB-aandelen in een holdingvennootschap worden verkregen, is er sprake van een directe verkrijging van aandelen. De verkrijging omvat echter ook een indirect belang in de werkmaatschappij.¹²⁰ In beginsel drijft een dergelijke holdingvennootschap geen onderneming als vereist voor de BOF. De BOF kan toch van toepassing zijn op een overdracht van een indirect

¹¹³ De regels van de Wet IB die gelden voor het 'keuzevermogen' werken niet door voor de vennootschap, omdat een vennootschap naar haar aard een dergelijke keuze niet kan maken. Om die reden wordt voor een vennootschap zowel het verplichte ondernemingsvermogen als het keuzevermogen, aangemerkt als ondernemingsvermogen. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 43 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 705, nr. 23, p. 14.

¹¹⁴ Art. 35c, eerste lid, onderdeel c, sub 1 en 2, SW.

¹¹⁵ Bij een gefaseerde bedrijfsopvolging valt te denken aan een bedrijfsopvolging in de familiesfeer waarbij een onderneming niet 'in een keer', maar geleidelijk wordt verkregen. Hierbij dient het doel van de overdracht van de medegerechtigdheid of de preferente aandelen te zijn, dat de overdrager uiteindelijk volledig zal uittreden en dat de opvolger 'alleen' verder gaat. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹¹⁶ Art. 35c, eerste lid, onderdeel b en tweede lid, jo. art. 35c, eerste lid, onderdeel c en derde lid, SW.

¹¹⁷ Art. 35c, vierde lid, SW. In geval van een verkrijging van indirecte preferente aandelen kan tevens onder de in dit artikel genoemde voorwaarde gebruikt worden gemaakt van de faciliteit. Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221MM, onderdeel 3.8 (dit besluit actualiseert het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68M).

¹¹⁸ Art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW. Uitsluitend de verkrijging van ter beschikking gestelde onroerende zaken van de erflater zelf worden gefaciliteerd. Degene die bijvoorbeeld alleen een pand ter beschikking stelt aan een onderneming of BV van een verbonden persoon, is volgens de wetgever geen ondernemer en dan is volgens de wetgever ook geen sprake van een bedrijfsoverdracht. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹¹⁹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 45.

¹²⁰ Naast de aandelen in de holdingvennootschap (een direct belang) verkrijgt de verkrijger namelijk ook aandelen in de desbetreffende werkmaatschappij(en) (een indirect belang), waarin de holdingvennootschap een belang houdt.

gehouden belang, omdat de wetgever de verkrijging van een direct en indirect belang gelijk wenst te behandelen.¹²¹ Voor het passeren van de ‘toets’ of sprake is van ondernemingsvermogen wordt het vermogen van een of meerdere werkmaatschappijen toegerekend aan de holdingvennootschap (toerekeningsregeling).¹²² Op deze wijze worden de voor de BOF kwalificerende ondernemingsactiviteiten van de werkmaatschappij naar het niveau van de holdingvennootschap verplaatst. De ondernemingstoets vindt plaats – na toepassing van de consolidatie – op het niveau van de holdingvennootschap.

De toerekening kan in beginsel slechts plaatsvinden indien de erflater/schenker een *indirect AB* bezit in de werkmaatschappij. Een uitzondering geldt voor situaties waarin het aanvankelijk indirect AB is verwaterd door schenking, vererving of een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht.¹²³ Een voorwaarde is dat het indirect gehouden belang ooit een indirect gehouden AB is geweest. Daarnaast geldt de voorwaarde dat het indirect gehouden belang tenminste 0,5% moet bedragen. Als laatste geldt de voorwaarde dat ten tijde van de ‘verwatering’ het lichaam waarin het indirect belang wordt gehouden een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield. Ter illustratie een voorbeeld waarin sprake is van een indirect AB en de toerekeningsregeling wordt toegepast:

Voorbeeld 3¹²⁴

Aandeelhouder X houdt alle aandelen in een holdingvennootschap die op haar beurt alle aandelen houdt in de twee werkmaatschappijen: A BV & B BV (zustervennootschappen). A BV drijft een materiële onderneming terwijl B BV geen materiële onderneming drijft. B BV bezit wel een bedrijfspand dat wordt verhuurd aan A BV.

Uitwerking

In casu heeft X indirect (via de holdingvennootschap) een AB in beide zustervennootschappen. Conform de toerekeningsregeling wordt het totale vermogen van beide zustervennootschappen toegerekend aan de holdingvennootschap, waarna op het niveau van de holdingvennootschap de ondernemingstoets zal plaatsvinden. Door de gezamenlijke toerekening wordt het bedrijfspand dat wordt verhuurd aan A BV aangemerkt als ondernemingsvermogen.

De BOF is opgezet vanuit het idee dat sprake is van een directe verkrijging van aandelen. Als niet de aandelen in de holdingvennootschap worden geschonken, maar de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij schenkt, is geen sprake van een directe, maar van een indirecte verkrijging van aandelen.¹²⁵ In het besluit van 17 januari 2013 is goedgekeurd dat op deze zogenoemde schenking ‘bovenover’ of ‘onderlangs’ de faciliteiten ook van toepassing kunnen zijn.¹²⁶

¹²¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹²² Art. 35b, vijfde lid, SW. Deze toerekening geschiedt naar evenredigheid van het aandelenbezit en vindt plaats met inachtneming van de WEV van de aandelen in de werkmaatschappij. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45.

¹²³ Art. 35c, vijfde lid, onderdeel b, SW. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 13. Voor interessante literatuur over dit onderwerp verwijs ik naar M.J. Hoogeveen & R.C.G. Lindenhof, ‘Toerekenen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016’, *MBB* 2017/10-03, p. 10-19 en N.C.G. Gubbels, ‘Met een kanon op een mug schieten’, *WFR* 2016/142, p. 1-5.

¹²⁴ Voor dit voorbeeld is inspiratie ontleend aan I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus belastingrecht schenk- en erfbelasting*, *Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017, p. 274.

¹²⁵ Fiscaal gezien is dan sprake van een verkapte dividenduitkering van de holdingvennootschap aan de aandeelhouder, gevolgd door een schenking van de aandeelhouder aan de andere persoon.

¹²⁶ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8. Voor een aantal voorbeelden verwijs ik naar N.M.P. Govers-de Louw & M.M.J. Schuurman-van Nifterik, ‘Besluit bedrijfsopvolgingsregeling: oude wijn in nieuwe zakken?’ *WPNR* 2011/6906, p. 926.

3.4 Eisen aan de erflater/schenker (art. 35d SW)

De voorwaarden van art. 35d SW bepalen dat de erflater/schenker ondernemer moet zijn geweest met betrekking tot het verkregen ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW.¹²⁷ Voor de verkrijging van een IB-onderneming geldt dat een onderneming moet worden verkregen van een erflater of schenker die minimaal één respectievelijk vijf jaar ondernemer was in de zin van art. 3.4 of 3.5 Wet IB.¹²⁸ Voor de verkrijging van een medegerechtigdheid geldt dat dit moet worden verkregen van een erflater of schenker die gedurende voornoemde periode medegerechtigde was in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB.¹²⁹ Worden aandelen geschonken of nagelaten dan dienen deze gedurende voornoemde periode bij de erflater/schenker tot een AB te hebben behoord¹³⁰ én diende het lichaam waarop het AB betrekking heeft een materiële onderneming te drijven.¹³¹ Aan de terbeschikkingsteller worden de eisen gesteld dat de erflater/schenker gedurende voornoemde periode resultaat uit een werkzaamheid genoot als bedoeld in art. 3.92 Wet IB en dat de onroerende zaak dienstbaar was aan de onderneming van het lichaam.¹³²

3.5 Eisen aan de verkrijger (35e SW)

Als de BOF is toegepast op een kwalificerende verkrijging, worden de voorwaardelijk verleende faciliteiten pas definitief als de verkrijger aan de voortzettingsvereisten, als bedoeld in art. 35e SW, voldoet. Indien en voor zover binnen de voortzettingstermijn van vijf jaar niet aan de inhoudelijke voortzettingsvereisten wordt voldaan, worden de faciliteiten ingetrokken.¹³³ De voortzettingsvereisten gelden alleen voor het aandeel waarvoor de faciliteiten zijn verkregen. De voortzettingstermijn vangt aan op het tijdstip van de verkrijging.¹³⁴ In art. 35e SW zijn per verkregen vermogensbestanddeel de inhoudelijke voortzettingsvereisten bepaald.¹³⁵ Daarnaast zijn uitzonderingen opgenomen in art. 10 Uitv.reg. S&E. Bij deze uitzonderingen gaat het om situaties waarin niet formeel maar materieel gezien, wordt voldaan aan de voortzettingsvereisten omdat de verkrijger de (objectieve) onderneming in economische zin nog steeds voortzet.¹³⁶ De wetgever geeft aan dat de juridische huls waarin de

¹²⁷ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.* De bezitsei dient naast het doel om slechts reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren als anti-misbruikmaatregel. Tigelaar-Klootwijk is van oordeel dat deze eis moet vervallen, omdat de positie van de erflater/schenker volgens haar niet van belang is. Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 330.

¹²⁸ Art. 35d, eerste lid, onderdeel a, SW.

¹²⁹ Art. 35d, eerste lid, onderdeel b, SW.

¹³⁰ Art. 35d, eerste lid, onderdeel c, SW.

¹³¹ Bovendien geldt het vereiste dat het in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, sub 2, SW bedoelde beleggingsvermogen niet via een storting in het lichaam mag zijn gebracht. Hierdoor wordt voorkomen dat de bezitstermijn een probleem zou zijn indien in het beleggingsvermogen gebruikelijke mutaties plaatsvinden. *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45-46.*

¹³² Art. 35d, eerste lid, onderdeel d, SW.

¹³³ De voortzettingsvereisten gelden zowel voor de (voorwaardelijke) vrijstellingen als voor de (voorwaardelijke) uitstelfaciliteiten. Bij de uitstelfaciliteiten gelden nog een aantal additionele intrekingsgronden. Vanwege de reikwijdte van dit onderzoek wordt niet ingegaan op deze additionele intrekingsgronden, maar beperk ik mij tot de voortzettingsvereisten van de voorwaardelijke vrijstellingen.

¹³⁴ Een verdeling heeft geen invloed op de voortzettingstermijn (art. 35f SW). Dat wil zeggen dat de voortzettingstermijn ook voor het bij de verdeling toegedeelde deel ingaat bij het overlijden.

¹³⁵ De verkrijger moet bij het zich voordoen van een dergelijke gebeurtenis hiervan op grond van art. 35e, vijfde lid, SW, binnen acht maanden na het voordoen van die gebeurtenis aangifte doen. De bewijslast of is voldaan aan de voortzettingsvereisten rust op de voortzetter.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 47.* Om een beroep te doen op de uitzonderingen is een verzoek vereist op grond van art. 10, eerste lid, Uitv.reg. S&E. Op grond van art. 10, vijfde lid, Uitv.reg. S&E is tegen een beslissing op het verzoek bezwaar en beroep mogelijk.

onderneming wordt gedreven er niet toe doet.¹³⁷ Er zijn twee uitzonderingen te onderscheiden waarin een ander dan de oorspronkelijke verkrijger gerechtigd wordt tot de onderneming, maar waarbij de faciliteiten onder voorwaarden toch behouden blijven. Indien een uitzondering van toepassing is geldt de resterende voortzettingstermijn voor de nieuwe situatie.¹³⁸

Bij de bespreking van de voortzettingsvereisten sluit ik aan bij de verschillende vormen van ondernemingsvermogen waarop de BOF kan worden toegepast (par. 3.3). Hierbij zal ik de medegerechtigdheid bij de IB-onderneming en de ter beschikking gestelde onroerende zaken bij de AB-aandelen bespreken. Waar ik hierna spreek over de verkrijger van AB-aandelen wordt in principe iedere gefaciliteerde verkrijger van aandelen bedoeld, aangezien het op grond van art. 35c SW niet is vereist dat de aandelen bij de verkrijger tot een AB gaan behoren. Overigens hoeft om deze reden ook een ter beschikking gesteld pand niet bij de verkrijger te worden belast op basis van art. 3.92 Wet IB.¹³⁹

De opbouw van deze paragraaf is als volgt. In par. 3.5.1 bespreek ik de voortzettingsvereisten en uitzonderingen die gelden voor de verkrijger van een IB-onderneming. In par. 3.5.2 bespreek ik de voortzettingsvereisten en uitzonderingen die gelden voor de verkrijger van AB-aandelen. De twee uitzonderingen die voor beide soorten verkrijgingen relevant zijn, worden besproken in par. 3.5.3 en par. 3.5.4.

3.5.1 Voortzettingsvereisten IB-onderneming

De wetgever heeft bepaald dat de verkrijger van een IB-onderneming of medegerechtigdheid gedurende vijf jaar niet (gedeeltelijk) mag ophouden ‘winst uit de onderneming’ respectievelijk ‘de verkregen medegerechtigdheid’ te genieten.¹⁴⁰

3.5.1.1 Ophouden winst te genieten

Bij de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van ‘ophouden uit de onderneming, of uit een gedeelte daarvan, winst te genieten’, wordt in beginsel aangesloten bij het materiële stakingsbegrip uit de Wet IB.¹⁴¹ Dit betekent dat, wanneer voor de Wet IB sprake is van een gehele¹⁴² of gedeeltelijke¹⁴³ staking, dit in beginsel ook geldt voor de voortzettingsvereisten. Het stakingsbegrip dient volgens Hoogeveen ruim te worden opgevat en houdt in dat er sprake is van een staking in alle gevallen waarin iemand ophoudt winst uit onderneming te genieten, omdat hij niet langer kwalificeert als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB of als medegerechtigde in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 104. Dit betreffen uitzonderingen waarbij in de woorden van de wetgever sprake is van het door de verkrijger ‘doorschuiven naar zichzelf’. Hierbij gelden de voorwaarden dat geen contanten mogen worden ontvangen, behoudens die gevallen waarin de doorschuifregeling een kleine bijbetaling toestaat en voor zover geen ander dan de oorspronkelijke verkrijger tot de onderneming wordt gerechtigd. Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

¹³⁸ Art. 10, vierde lid, *Uitv.reg.* S&E.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 104. Als de verkrijger geen AB-houder wordt, kan hij een aan de BV verhuurd bedrijfspand immers niet ter beschikking stellen in de zin van art. 3.92 Wet IB.

¹⁴⁰ Art. 35e, eerste lid, onderdeel a, SW en art. 35e, eerste lid, onderdeel b, SW.

¹⁴¹ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.1.

¹⁴² M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004, p. 23. Van een staking is in ieder geval sprake als de ondernemer zijn gehele onderneming verkoopt, schenkt, liquideert of als bijvoorbeeld de ondernemer overlijdt.

¹⁴³ Zie onder andere HR 11 juli 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8617, HR 18 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AW8681, HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5843 en HR 16 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8175.

IB.¹⁴⁴ Het uitgangspunt van het stakingsbegrip uit de Wet IB is dat de ondernemer of medegerechtigde ophoudt winst uit onderneming of de medegerechtigdheid te genieten als zijn subjectieve onderneming wordt gestaakt.¹⁴⁵ De objectieve onderneming hoeft daarbij geenszins te worden stopgezet. Het stakingsbegrip uit de Wet IB geldt echter niet onverkort voor de voortzettingsvereisten. Vanwege de doelstellingen van de BOF wordt op een aantal specifieke onderdelen van dit begrip afgeweken.¹⁴⁶ Een aantal voorbeelden:

- *Een wijziging van de bedrijfsopvolger*

De voortzettingsvereisten van art. 35e SW worden expliciet opgelegd aan de verkrijger. Dit heeft tot gevolg dat de onderneming niet kan worden overgedragen aan een ‘nieuwe’ bedrijfsopvolger. Ook voor de Wet IB heeft een ‘wijziging van bedrijfsopvolger’ in principe een staking van de (subjectieve) onderneming tot gevolg. Bij overdracht aan een medeondernemer of aan een werknemer, als bedoeld in art. 3.63 Wet IB, geldt voor de Wet IB een niet-stakingsfictie.¹⁴⁷ Deze niet-stakingsfictie werkt echter niet door naar de voortzettingsvereisten, omdat in een dergelijk geval niet de *oorspronkelijke verkrijger* voortzet.¹⁴⁸

- *Een wijziging van de bedrijfsuitoefening*

Volgens de wetgever is pas sprake van een bedrijfsopvolging als de *oorspronkelijke onderneming* wordt voortgezet.¹⁴⁹ Dit volgt ook expliciet uit de jurisprudentie.¹⁵⁰ Op 21 januari 2016 heeft de Rechtbank Den Haag geoordeeld dat het overgaan tot verhuur van de verkregen onderneming een intrekingsgrond vormt, omdat niet de oorspronkelijke onderneming wordt voortgezet.¹⁵¹ Voor de Wet IB is het echter op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad denkbaar dat het overgaan tot verhuur van een onderneming geen staking is.¹⁵² Voor de Wet IB is evenmin sprake van een staking als de ondernemer de wijze van exploitatie van zijn (subjectieve) onderneming wijzigt en

¹⁴⁴ M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004, p. 23.

¹⁴⁵ M.L.M. van Kempen e.a., *Cursus belastingrecht inkomstenbelasting, Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017, par. 3.2.2.7.B.

¹⁴⁶ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.1. Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden is van mening dat afwijkingen mogelijk zijn indien de ratio van de BOF dat rechtvaardigt. Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1887, r.o. 4.8.

¹⁴⁷ Art. 3.63 Wet IB bepaalt dat bij een geruisloze doorschuiving in de zin van dit artikel, de onderneming voor de toepassing van de Wet IB niet geacht wordt te zijn gestaakt.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103. Dit standpunt volgt tevens uit het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.1.

¹⁴⁹ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20169, p. 7.

¹⁵⁰ Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4708, m.nt. Redactie V-N en m.nt. L. Bergman, Rb. Gelderland 8 mei 2014, ECLI:NL:GBGEL:2014:3088, m.nt. L. Bergman en Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1687.

¹⁵¹ Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4708. In deze zaak exploiteerde de erflater een tuinbouwbedrijf in een warenhuis. De erfgenamen gingen de onderneming na enkele maanden verhuren. De rechtbank oordeelde dat belanghebbende daarmee ophield winst te genieten uit de onderneming, zodat niet aan de voortzettingseis was voldaan. De rechtbank achtte het niet van belang dat belanghebbende met de verhuur winst uit onderneming bleef genieten voor de Wet IB.

¹⁵² HR 26 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY4122. In deze zaak is geoordeeld dat geen sprake is van een staking in de zin van de Wet IB als de ondernemer zijn gehele onderneming gaat verhuren, omdat slechts een verandering optreedt in de vorm van de bedrijfsuitoefening. Voor een staking in de Wet IB is vereist dat de onderneming ‘blijvend en voorgoed is prijsgegeven’. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als het bedrijf is verkocht en alleen nog het bedrijfspand wordt verhuurd aan de koper. Hof Arnhem 31 augustus 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AA1304. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 127.

medegerechtigde wordt ten aanzien van de onderneming op grond van art. 3.3 Wet IB.¹⁵³ Voor de BOF leidt een dergelijke overgang naar ‘medegerechtigde’ tot intrekking van de faciliteiten.¹⁵⁴ De conclusie kan worden getrokken dat er geen wijziging is toegestaan in de vorm van de bedrijfsuitoefening.

- *Een reëel vervangingsvoornemen*

Als een ondernemer zijn onderneming bijvoorbeeld verplaatst, tijdelijk stillegt of zijn ondernemingsactiviteiten wijzigt, kan voor de Wet IB sprake zijn van een (gedeeltelijke) staking.¹⁵⁵ Ook de verkoop gevolgd door de aanschaf van een nieuwe onderneming kan voor de Wet IB een staking inhouden.¹⁵⁶ Uit de jurisprudentie volgt in essentie dat er géén sprake is van een staking voor de Wet IB als de economische identiteit van de onderneming niet is gewijzigd.¹⁵⁷ Voor de voortzettingsvereisten blijkt dat op dit punt (nog) eerder een staking zal worden aangenomen. De voortzettingseis wordt in de jurisprudentie namelijk zo uitgelegd dat de ‘oorspronkelijke door de erflater/schenker gedreven ondernemingsactiviteit’ moet worden voortgezet.¹⁵⁸ Dit criterium betekent ook dat de faciliteiten worden ingetrokken in geval de verkrijger bij de staking van zijn onderneming gebruik heeft gemaakt van de doorschuifregeling van art. 3.64 Wet IB.¹⁵⁹ Het gevolg van deze uitleg is dat de faciliteiten bij het staken van de oorspronkelijk verkregen onderneming worden ingetrokken, ook al is er sprake van een reëel vervangingsvoornemen.

- *Stakingsmoment versus genietingsmoment*

Een ander verschil met de Wet IB is dat het moment waarop de verkrijger ophoudt winst te genieten, kan afwijken van het moment waarop hij op grond van goed koopmansgebruik¹⁶⁰ zijn stakingswinst in aanmerking mag nemen.¹⁶¹ Als de verkrijger bijvoorbeeld een VOF aangaat onder voorbehoud van stille reserves hoeft voor de Wet IB nog niet te worden afgerekend over de stakingswinst. Voor de faciliteiten wordt echter wel per direct (gedeeltelijk) opgehouden winst uit de verkregen onderneming

¹⁵³ Voor de Wet IB is pas sprake van een staking als de medegerechtigdheid wordt beëindigd. M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004, p. 23.

¹⁵⁴ Art. 35e, eerste lid, onderdeel a, laatste zinsnede, SW. Een voorbeeld hiervan is een inbreng van de onderneming in een commanditaire vennootschap waarin de verkrijger medegerechtigde wordt.

¹⁵⁵ HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523.

¹⁵⁶ Zie onder andere HR 26 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY4122, HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523 en HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:202.

¹⁵⁷ Zie onder andere HR 18 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AW8681, HR 16 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8175 en HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523. Of sprake is van een economische gelijkwaardige vervanging wordt beoordeeld aan de hand van de factoren die tezamen in onderling verband de identiteit van de onderneming bepalen. Criteria die de rechter in de beoordeling bij de vaststelling van de economische identiteit vooral betreft zijn: verkoop van de goodwill, wijziging in de cliëntenkring, hoogte van de omzet en ontslag van het personeel.

¹⁵⁸ Rb. Gelderland 8 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3088. In deze zaak staakte belanghebbende een rundveehouderij en startte een nieuwe onderneming, die bestond uit het verkopen van maïs en gras. In hoger beroep oordeelt het Hof evenmin dat een door de erflater gedreven onderneming werd voortgezet. Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1687.

¹⁵⁹ De doorschuifregeling van art. 3.64 Wet IB kan in de Wet IB worden toegepast als sprake is van een staking voor de Wet IB. Op basis van art. 3.64 Wet IB is het mogelijk de winst behaald met een staking te herinvesteren in een andere onderneming. Met deze bepaling wordt materieel gezien bereikt dat de herinvesteringsreserve over de stakingsgrens kan worden toegepast. De wetgever heeft beoogd om ondernemers meer flexibiliteit te geven om zonder fiscale belemmeringen een andere onderneming op te starten. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 6, p. 3 en *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 6, p. 6-8.

¹⁶⁰ Art. 3.25 Wet IB.

¹⁶¹ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.1 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

te genieten. De reden hiervoor is dat ondanks de afwezigheid van stakingswinst¹⁶², wel sprake is van een staking in de zin van de Wet IB.¹⁶³ Op de voortzettingsvereisten bij het aangaan van een samenwerkingsverband wordt nader ingegaan in par. 3.5.1.2.

- *Niet-stakingsficties: inbreng BV/NV en overheidsingrijpen*

Hiervoor is een aantal gevallen aan de orde gekomen waarbij voor de SW wel sprake is van een staking, maar waarbij daarvoor de Wet IB geen sprake van is. De aard van de BOF kan ook het omgekeerde met zich meebrengen. Als een IB-onderneming wordt ingebracht in een BV/NV is voor de Wet IB sprake van een staking van de onderneming en wordt in beginsel niet meer aan de voortzettingsvereisten voldaan. Indien de inbreng geruisloos plaatsvindt in de zin van art. 3.65 Wet IB én de onderneming in de BV/NV wordt voortgezet, worden op verzoek de faciliteiten niet ingetrokken.¹⁶⁴ Indien onder deze voorwaarden wordt ingebracht is de wetgever namelijk van mening dat de objectieve onderneming materieel gezien wordt voortgezet.¹⁶⁵

Zoals hiervoor is beschreven, vormt het staken van een onderneming gevolgd door het starten/de aanschaf van een nieuwe onderneming in beginsel een intrekkingsgrond. Een uitzondering hierop is een staking als gevolg van overheidsingrijpen in de zin van art. 3.53, twaalfde lid, Wet IB.¹⁶⁶ De staking vormt dan volgens de wetgever geen reden voor intrekking van de faciliteiten, mits binnen een termijn van drie jaar wordt geherinvesteerd in een nieuwe IB-onderneming.¹⁶⁷ De resterende voortzettingstermijn gaat bovendien weer in als de verkrijger heeft geherinvesteerd in een nieuwe onderneming.¹⁶⁸

3.5.1.2 Aangaan samenwerkingsverbanden

Indien een ondernemer zijn onderneming inbrengt in een personenvennootschap¹⁶⁹ is voor de Wet IB sprake van een gedeeltelijke staking naar gelang de toetreders gerechtigd wordt tot de winst en stille reserves.¹⁷⁰ Bovendien leidt een toetreding of uittreding van een vennoot in een personenvennootschap

¹⁶² Door het gemaakte voorbehoud wordt de IB over de stakingswinst namelijk uitgesteld tot het moment van realisatie van de stille reserves.

¹⁶³ De Beer geeft hierbij het volgende voorbeeld: stel een verkrijger van een onderneming gaat binnen twee jaar na verkrijging een samenwerkingsverband aan met een toetreders. Bij inbreng van de onderneming in het samenwerkingsverband maakt de verkrijger een voorbehoud voor de stille reserves aanwezig in het pand (€ 200.000) en goodwill (€ 500.000). De toetreders verkrijgt een winstaandeel van 40%. Ter zake van het aangaan van de firma realiseert de verkrijger geen stakingswinst als gevolg van het voorbehoud van stille reserves en goodwill. Dit neemt niet weg dat de verkrijger voor 40% zijn onderneming heeft gestaakt. Voor dat deel verkrijgt de toetreders namelijk een economisch belang bij het ondernemingsvermogen. A.M.A. de Beer, 'BOR-SW en firmaperikelen', *TB* 2016/2, p. 24.

¹⁶⁴ Art. 10, eerste lid, onderdeel a, Uitv.reg. S&E.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

¹⁶⁶ Art. 10, eerste lid, onderdeel c, Uitv.reg. S&E. Onder overheidsingrijpen wordt verstaan: onteigening, daaronder begrepen minnelijke onteigening en verkoop ter voorkoming van onteigening als bedoeld in art. 3.54, twaalfde lid, onderdeel a, Wet IB. Daarnaast is sprake van overheidsingrijpen als een besluit of regeling ertoe leidt dat de mogelijkheden om de onderneming voort te zetten of uit te breiden, in belangrijke mate worden beperkt (art. 3.54, twaalfde lid, onderdeel b, Wet IB). Zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 6, p. 4.

¹⁶⁷ De driejaarstermijn als bedoeld in art. 3.54, eerste lid, Wet IB vangt aan na het jaar waarin de vervreemding als gevolg van het overheidsingrijpen heeft plaatsgevonden.

¹⁶⁸ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

¹⁶⁹ Bijvoorbeeld een VOF, CV of een maatschap.

¹⁷⁰ In de literatuur wordt het volgende voorbeeld genoemd: stel vader schenkt zijn eenmanszaak met toepassing van de BOF aan zijn zoon. Kort daarna gaat de zoon een samenwerkingsverband aan. De toetreders brengt uitsluitend arbeid in en krijgt een aandeel in de overwinst van 40%. Door de toetreding staakt de verkrijger voor 40% zijn onderneming en worden de faciliteiten voor 40% teruggenomen. A.M.A. de Beer, 'BOR-SW en firmaperikelen', *TB* 2016/2, p. 25-26.

bijna altijd tot een evenredige overdracht van de onderneming door de zittende vennoot.¹⁷¹ Dat leidt in beginsel ook tot intrekking van de faciliteiten.¹⁷² Hierop is één uitzondering van toepassing. Voor de voortzettingsvereisten is bepaald dat de verkrijger slechts ophoudt (gedeeltelijk) winst te genieten uit de onderneming voor zover de winstgerechtigdheid verder afneemt dan het aandeel in de winst waartoe de verkrijger gerechtigd was vóór de verkrijging waarop de BOF is toegepast.¹⁷³ Dit betekent dat het gedeelte van de onderneming dat de voortzettende vennoot reeds bezat ten tijde van de verkrijging, niet wordt ‘besmet’ met de voortzettingsvereisten.¹⁷⁴

Voorbeeld 4¹⁷⁵

Vader en zoon hebben samen een VOF. Vader is voor 60% en zoon is voor 40% gerechtigd in het vermogen van de VOF. Vader overlijdt en bij de verdeling van de nalatenschap verkrijgt de zoon het aandeel in de VOF van de vader.

Uitwerking

De voortzettingseis geldt niet voor het aandeel in de onderneming dat de zoon al had. De zoon kan binnen vijf jaar zonder gevolgen voor de faciliteiten 40% van zijn onderneming overdragen. De zoon mag vijf jaar lang 60% van zijn onderneming niet overdragen.

3.5.2 Voortzettingsvereisten AB-aandelen

De voortzettingsvereisten bij een verkrijging van AB-aandelen zijn onder te verdelen in eisen aan de verkrijger en eisen aan het lichaam waarop de verkregen aandelen of winstbewijzen betrekking hebben.

3.5.2.1 Eisen aan de verkrijger

De verkrijger mag de verkregen aandelen of een gedeelte van de in deze aandelen besloten rechten¹⁷⁶ gedurende de vijfjaarstermijn niet vervreemden.¹⁷⁷ Daarnaast is bepaald dat de faciliteiten worden ingetrokken als de aandelen worden omgezet in preferente aandelen of als op andere wijze de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen wordt beperkt.¹⁷⁸

¹⁷¹ Ten aanzien van het vennootschapsaandeel dat wordt behouden is geen sprake van een staking. M.L.M. van Kempen e.a., *Cursus belastingrecht inkomstenbelasting, Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017, par. 3.2.28.B.c.

¹⁷² A.M.A. de Beer, ‘BOR-SW en firmaperikelen’, *TB* 2016/2, p. 27.

¹⁷³ Art. 35e, tweede lid, SW.

¹⁷⁴ A.W.M. Roelen, ‘De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking’, *MBB* 2007/03-03, p. 9.

¹⁷⁵ Voor dit voorbeeld is inspiratie ontleend het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, *V-N* 2007/49.23.

¹⁷⁶ Hiervan is bijvoorbeeld sprake in geval van een vestiging van een recht van vruchtgebruik op de aandelen of winstbewijzen.

¹⁷⁷ Art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 1, SW.

¹⁷⁸ Art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 2, SW.

Vervreemden van aandelen

Voor het begrip ‘vervreemden’ wordt in beginsel aangesloten bij het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB.¹⁷⁹ Van een (echte) vervreemding is sprake als de aandelen overgaan in het vermogen van een ander en daardoor economisch gezien een andere plaats innemen.¹⁸⁰ Bij de fictieve vervreemdingen als bedoeld in art. 4.16 Wet IB gaat het om rechtsfeiten die niet onder het ‘normale’ vervreemdingsbegrip vallen, maar waarbij volgens de wetgever voor de Wet IB toch gesproken kan worden van een vervreemding. In art. 35e, derde lid, SW is vermeld welke fictieve vervreemdingen van art. 4.16 Wet IB ook voor de voortzettingsvereisten als vervreemding worden aangemerkt.¹⁸¹ De fictieve vervreemdingen die niet worden genoemd hebben geen invloed op de faciliteiten, omdat de verkrijger in die situaties volledig gerechtigd blijft tot de aandelen of winstbewijzen.¹⁸² Net zoals het stakingsbegrip uit de Wet IB geldt ook het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB niet onverkort. Hierna bespreek ik een aantal situaties dat zich gedurende de vijfjaarstermijn kan voordoen en geef ik de gevolgen voor de BOF aan.

- *Certificering van aandelen*

Certificering van verkregen aandelen wordt voor de Wet IB niet aangemerkt als een vervreemding indien de certificaten met de aandelen kunnen worden vereenzelvigd. Hiervan is sprake als aan de voorwaarden van onderdeel 4.4 van het besluit van 9 maart 2018 wordt voldaan.¹⁸³ In het besluit van 17 januari 2013 heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat onder dezelfde voorwaarden geen vervreemding voor de BOF wordt aangenomen.¹⁸⁴

- *Omzetting preferente aandelen*

Voor de Wet IB is bij de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen geen sprake van een vervreemding als de aandelen voor de statutenwijziging met de aandelen na de statutenwijziging kunnen worden vereenzelvigd.¹⁸⁵ Het huidige beleid van de staatssecretaris is dat dit – voor de Wet IB – moet worden beoordeeld vanuit de aandeelhouder (subject) en niet vanuit de aandelen (object), wat inhoudt dat bij een dergelijke omzetting geen sprake is van een vervreemding indien één persoon alle aandelen bezit.¹⁸⁶ De wetgever is van mening dat bij een omzetting in preferente aandelen geen sprake is van een daadwerkelijke voortzetting oftewel bedrijfsopvolging en heeft bepaald dat een omzetting in preferente aandelen altijd een intrekingsgrond voor de BOF is.¹⁸⁷ Indien de BOF is toegepast op

¹⁷⁹ De heffingsgrondslag van een AB is geregeld in hoofdstuk 4 van de Wet IB. Van de genoemde vervreemdingen kan ook sprake zijn als de vermogensbestanddelen bij de verkrijger niet tot een AB in box 2 behoren, maar tot zijn box 3-vermogen behoren.

¹⁸⁰ HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698. Het vervreemdingsmoment is het tijdstip waarop de rechtshandeling die tot de vervreemding heeft geleid heeft plaatsgevonden. Het moment waarop de aandelen of winstbewijzen worden geleverd is dus irrelevant.

¹⁸¹ Art. 35e, derde lid, SW verwijst namelijk naar art. 4.16, eerste lid, onderdelen a, b, c, d, e en i, tweede lid, en vijfde lid, Wet IB. Het gaat onder meer om de inkoop van aandelen, afkoop en inkoop van winstbewijzen, betaalbaarstelling van liquidatie-uitkeringen, overgang onder algemene titel, overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel en het verlenen van een koopoptie.

¹⁸² Dit betreffen de fictieve vervreemdingen als bedoeld in art. 4.16, eerste lid, onderdelen f, g en h, Wet IB.

¹⁸³ Besluit staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 4.4 (dit besluit actualiseert het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M).

¹⁸⁴ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.4. Hierdoor is het bijvoorbeeld mogelijk om binnen de voortzettingsperiode een stichting administratiekantoor toe te voegen aan de structuur.

¹⁸⁵ Besluit staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 4.3.

¹⁸⁶ Er treedt dan geen wijziging in rechten op jegens de vennootschap. Besluit staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 4.3. In het vervangen besluit van de staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, was een benadering vanuit de aandelen in plaats van uit de aandeelhouder het beleid.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46.

een verkrijging van preferente aandelen als bedoeld in art. 35c, vierde lid, SW, gelden de voortzettingsvereisten ook voor de gewone aandelen die de verkrijger bij aanvang van de zogenoemde gefaseerde bedrijfsopvolging heeft verkregen.¹⁸⁸ Indien de gewone aandelen worden vervreemd verliest de voortzetter naar de mening van de wetgever immers zijn status als ondernemer.¹⁸⁹ De gedachte van de wetgever achter deze bepaling is dat de betrokkenheid gedurende de voortzettingsperiode moet blijven bestaan.¹⁹⁰ Bij een gedeeltelijke vervreemding van de gewone aandelen, wordt de BOF naar evenredigheid ingetrokken op basis van het aantal vervreemde gewone aandelen ten opzichte van het totale aantal gewone aandelen.¹⁹¹

- *Verlettering van aandelen*

Voor de verlettering van aandelen heeft de staatssecretaris in het besluit van 9 maart 2018 aangegeven wanneer geen sprake is van een vervreemding voor de Wet IB.¹⁹² Afgezien van de vraag of voor de Wet IB sprake is van een vervreemding, is voor de BOF sprake van een intrekkinggrond als de verlettering leidt tot een afname van de aanspraak van de verkrijger op toekomstige winsten en waardeontwikkelingen.

- *Geruisloze terugkeer*

Het ontbinden van een vennootschap met toepassing van art. 14c Wet VPB vormt een (fictieve) vervreemding voor de Wet IB.¹⁹³ Ook voor de BOF is in beginsel sprake van een intrekkinggrond.¹⁹⁴ Volgens de wetgever bestaat in een dergelijk geval echter geen aanleiding om de faciliteiten in te trekken, omdat door deze omstandigheid slechts de juridische huls van de onderneming wijzigt.¹⁹⁵ De onderneming van de vennootschap moet dan wel door de verkrijger worden voortgezet.

- *Aandelenfusie, juridische splitsing en juridische fusie*

Aangezien een aandelenfusie kwalificeert als een (echte) vervreemding van aandelen voor de Wet IB, betekent dit dat door een aandelenfusie in beginsel niet meer aan de voortzettingsvereisten wordt voldaan.¹⁹⁶ Als bij een aandelenfusie gebruik wordt gemaakt van de doorschuifregeling, worden de faciliteiten op verzoek niet ingetrokken.¹⁹⁷ De wetgever wil het mogelijk maken om gedurende de voortzettingsperiode een holdingstructuur te creëren.¹⁹⁸ Om te bewerkstelligen dat geen ander bij de vennootschap wordt betrokken door middel van een gerechtigdheid, wordt de voorwaarde gesteld dat de verkrijger *enig aandeelhouder* wordt van de verkrijgende vennootschap.¹⁹⁹ Voor een ‘aandelenfusie

¹⁸⁸ Als bedoeld in art. 35e, vierde lid, SW. Deze bepaling is een uitzondering op de hoofdregel dat de voortzettingsvereisten bij aandelen alleen gelden voor de verkregen aandelen en niet voor de aandelen die de verkrijger al had voorafgaand aan de verkrijging. De uitzonderingen van art. 10 Uitv.reg. S&E zijn overigens ook van toepassing op de gewone aandelen.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

¹⁹¹ In de parlementaire behandeling is het volgende voorbeeld genoemd: ‘Indien bijvoorbeeld van de gewone aandelen 60% wordt overgedragen, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling voor de schenking of vererving van de preferente aandelen voor 60%.’ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 14.

¹⁹² Besluit staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 4.3.

¹⁹³ Op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel c, jo. art. 4.16, vijfde lid, Wet IB.

¹⁹⁴ Op grond van art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 1, jo. derde lid, SW.

¹⁹⁵ Art. 10, eerste lid, onderdeel b, Uitv.reg. S&E. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 29.

¹⁹⁶ De Hoge Raad heeft onder meer in een arrest van 10 februari 1960 geoordeeld dat bij een aandelenfusie sprake is van een vervreemding van aandelen. HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698:AY0698.

¹⁹⁷ De toepasselijke doorschuifregeling betreft art. 3.55 Wet IB.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 24.

¹⁹⁹ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

met meerdere verkrijgers' is in het besluit van 17 januari 2013 goedgekeurd dat de faciliteiten onder de volgende voorwaarden toch behouden blijven²⁰⁰:

- De verkrijger heeft samen met een of meer anderen op hetzelfde moment aandelen verkregen in een BV. Bij alle verkrijgers is op de verkrijging de BOF van toepassing.
- De verkrijgers richten samen een nieuwe BV op.
- De verkrijgers brengen ieder al hun verkregen aandelen in de nieuw opgerichte BV in door een aandelenfusie als bedoeld in art. 3.55 Wet IB.
- De nieuw opgerichte BV wordt daardoor enig aandeelhouder van de vennootschap die de verkrijgers hebben verkregen.
- De verkrijger behoudt gedurende de voortzettingsperiode (indirect) dezelfde gerechtigdheid tot de BV's en de onderneming waarop de BOF is toegepast.

Een juridische splitsing en juridische fusie worden in beginsel aangemerkt als (fictieve) vervreemdingen voor de Wet IB en derhalve in beginsel ook als intrekkingen.²⁰¹ Ook voor deze gebeurtenissen geldt een uitzondering indien de splitsing of fusie plaatsvindt met toepassing van de doorschuifregeling.²⁰²

- *Uitoefenen koopoptie*

Het uitoefenen van een koopoptie wordt niet aangemerkt als intrekking.²⁰³ Volgens de wetgever treedt in deze situatie in materiële zin geen wijziging op. De verworven aandelen of winstbewijzen treden in de plaats van de koopoptie, waardoor de faciliteiten behouden blijven.²⁰⁴

3.5.2.2 Eisen aan het lichaam

De eis die aan het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben wordt gesteld, is dat het lichaam niet (gedeeltelijk) mag ophouden uit de onderneming of medegerechtigdheid winst te genieten.²⁰⁵ Voor deze eis wordt net als bij de voortzettingseis aan de verkrijger van een IB-onderneming aangesloten bij het stakingsbegrip uit de Wet IB (par. 3.5.1.1). Dit betekent dat de onderneming in het lichaam een materiële onderneming in de zin van de Wet IB moet blijven drijven. Vanwege de doelstelling van de BOF wordt wederom in een aantal specifieke situaties van het stakingsbegrip uit de Wet IB afgeweken.²⁰⁶ Deze situaties worden hierna besproken. Enige specifieke situaties met betrekking tot een holdingstructuur worden besproken in par. 3.5.2.3.

- *Geruisloze terugkeer*

Een geruisloze terugkeer heeft naast gevolgen op aandeelhoudersniveau ook gevolgen voor de voortzettingsvereisten op het niveau van het lichaam. De onderneming wordt namelijk vanuit de BV/NV overgedragen aan de voortzetter, waardoor voor de Wet IB sprake is van een staking. Indien sprake is van een geruisloze terugkeer op grond van art. 14c Wet VPB, worden de faciliteiten echter

²⁰⁰ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.8.

²⁰¹ Art. 35e, eerste lid, onderdeel c, jo. derde lid, SW en art. 4.16, eerste lid, onderdeel d, Wet IB.

²⁰² Art. 10, eerste lid, voorlaatste volzin, Uitv.reg. S&E. De toepasselijke doorschuifregelingen betreffen art. 3.56 en art. 3.57 Wet IB. Aangezien wordt verwezen naar art. 10, eerste lid, onderdeel d, Uitv.reg. S&E, blijkt ook bij deze reorganisatievormen de enig aandeelhouderseis te gelden.

²⁰³ Art. 10, achtste lid, Uitv.reg. S&E.

²⁰⁴ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619. Voor de toepassing van deze uitzondering is overigens geen verzoek vereist.

²⁰⁵ Art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 3, SW. Zie ook Rb. Zeeland-West Brabant 8 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8475.

²⁰⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

niet ingetrokken voor zover de onderneming in de vennootschap door de verkrijger wordt voortgezet.²⁰⁷

- *Bedrijfsfusie, juridische splitsing en juridische fusie*

Ook bij een bedrijfsfusie houdt het lichaam, waarop de aandelen betrekking hebben, voor de Wet IB (gedeeltelijk) op winst te genieten uit de onderneming. Zodoende wordt in beginsel niet meer aan de voortzettingsvereisten voldaan. Materieel gezien wordt de onderneming echter voortgezet door middel van een indirect gehouden belang in een ander lichaam.²⁰⁸ Om deze reden worden de faciliteiten bij een bedrijfsfusie op verzoek niet ingetrokken, mits de overdracht heeft plaatsgevonden met toepassing van art. 14 Wet VPB.²⁰⁹ In het besluit van 17 januari 2013 is goedgekeurd dat de uitzondering voor de bedrijfsfusie tevens van toepassing is bij het doorzakken van een onderneming binnen een fiscale eenheid.²¹⁰ In de Uitv.reg. S&E wordt wederom de voorwaarde gesteld dat de verkrijger indirect *enig aandeelhouder* wordt van het overnemende lichaam. Net als voor de aandelenfusie, is ook voor een ‘bedrijfsfusie met meerdere verkrijgers’ in het besluit van 17 januari 2013 een goedkeuring opgekomen. De staatssecretaris verbindt daar de volgende voorwaarden aan²¹¹:

- De verkrijger heeft samen met een of meer anderen op hetzelfde moment een onderneming verkregen als bedoeld in art. 3.2 Wet IB.
- Elke verkrijger heeft zijn verkregen onderneming met toepassing van art. 3.65 Wet IB omgezet in een BV, als bedoeld in art. 10, eerste lid, onderdeel a, Uitv.reg. S&E.
- Na de omzetting brengt elke BV haar onderneming met toepassing van art. 14 Wet VPB in een nieuw opgerichte gezamenlijke dochter-BV in.
- De verkrijger behoudt gedurende de voortzettingsperiode (indirect) dezelfde gerechtigdheid tot de BV’s en de onderneming.

Het gevolg van een juridische splitsing en juridische fusie is eveneens dat het lichaam voor de Wet IB (gedeeltelijk) ophoudt winst te genieten uit de onderneming. Ook voor deze gebeurtenissen is bepaald dat de faciliteiten behouden blijven, mits de splitsing of fusie geruisloos plaatsvindt.²¹²

3.5.2.3 Holdingstructuren

De hiervoor beschreven voortzettingsvereisten ten aanzien van de verkrijging van direct gehouden AB-aandelen zien ook toe op de verkrijging van indirect gehouden aandelen waarbij de toerekeningsregeling is toegepast.²¹³ Dit betekent logischerwijs dat de aandelen in de holdingvennootschap niet mogen worden vervreemd, de winstgerechtigdheid niet mag afnemen en het lichaam winst moet blijven genieten. Voor deze laatste voorwaarde is het van belang dat de toerekeningsregeling toepasbaar blijft. De holding staakt namelijk haar onderneming voor zover de toerekeningsregeling niet meer toepasbaar is.²¹⁴ Hiervan is sprake als de aandelen in de deelneming

²⁰⁷ Art. 10, eerste lid, onderdeel b, Uitv.reg. S&E.

²⁰⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

²⁰⁹ Art. 10, eerste lid, onderdeel e, Uitv.reg. S&E.

²¹⁰ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.6. Hierbij wordt de voorwaarde gesteld dat de onderneming wordt overgedragen tegen uitreiking van aandelen.

²¹¹ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.7.

²¹² Art. 10, eerste lid, laatste volzin, Uitv.reg. S&E. De toepasselijke doorschuifregelingen betreffen art. 14a en art. 14b Wet VPB. Aangezien wordt verwezen naar art. 10, eerste lid, onderdeel e, Uitv.reg. S&E, blijkt ook bij deze reorganisatievormen de enig aandeelhouderseis te gelden.

²¹³ Art. 35c, vijfde lid, SW.

²¹⁴ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.5.

worden vervreemd of als de deelneming haar onderneming staakt, aldus de staatssecretaris.²¹⁵ Ook in de parlementaire behandeling is aangegeven dat de faciliteiten worden ingetrokken als een deelneming wordt verkocht.²¹⁶ Volgens de wetgever is namelijk de situatie waarin een deelneming wordt verkocht vergelijkbaar met de situatie waarin een IB-ondernemer een zelfstandig deel van de onderneming verkoopt. Daarbij heeft de staatssecretaris aangegeven dat het niet van belang is of er een vervangingsvoornemen is dan wel een herinvestering is gedaan.²¹⁷ Ter illustratie een voorbeeld:

Voorbeeld 5²¹⁸

X is 100% aandeelhouder van A BV (holding). A BV is op haar beurt 100% aandeelhouder van B BV (materiële onderneming). X draagt zijn aandelen A BV om niet over aan Y. De verkrijging van Y omvat hierdoor tevens de indirect gehouden aandelen in B BV.

Uitwerking

Door de voortzettingseis van art. 35e, eerste lid, onderdeel c, SW mag Y zijn aandelen in A BV gedurende vijf jaar niet geheel of gedeeltelijk vervreemden. Ook mag A BV haar aandelen in B BV gedurende vijf jaar niet geheel of gedeeltelijk vervreemden. Daarnaast mag B BV vijf jaar lang de onderneming die zij ten tijde van de bevoordeling dreef, niet geheel of gedeeltelijk staken.

Vorenstaande heeft betrekking op een directe verkrijging van indirect gehouden aandelen. In principe gelden dezelfde uitgangspunten bij een indirecte verkrijging van indirect gehouden aandelen (schenking onderlangs).²¹⁹ Ter illustratie een voorbeeld, waarin sprake is van een indirecte verkrijging (par. 3.3)²²⁰:

Voorbeeld 6²²¹

X is 100% aandeelhouder van A BV (holding). A BV is op haar beurt 100% aandeelhouder van B BV (materiële onderneming). A BV draagt haar aandelen in B BV om niet over aan Y.

Uitwerking

Door de voortzettingseis van art. 35e, eerste lid, onderdeel c, SW mag Y zijn aandelen in B BV gedurende vijf jaar niet geheel of gedeeltelijk vervreemden. Ook mag B BV vijf jaar lang de onderneming die zij ten tijde van de bevoordeling dreef, niet geheel of gedeeltelijk staken.

²¹⁵ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.5, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46 en Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 45. Door De Beer wordt naar mijn mening terecht opgemerkt dat bij een staking van de onderneming in de deelneming het vermogen van de deelneming nog steeds toegerekend wordt aan de holdingvennootschap. Theoretisch gezien kan de toerekeningsregeling dus gewoon worden toegepast ondanks het feit dat de deelneming haar onderneming heeft gestaakt. A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2015/1353, p. 8 (voetnoot 15).

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

²¹⁷ Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.5. De reden voor dit standpunt van de staatssecretaris is dat de overgenomen ondernemingsactiviteiten moeten worden voortgezet.

²¹⁸ Inspiratie voor dit voorbeeld is ontleend aan het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8.

²¹⁹ De toerekeningsregeling speelt in dit geval niet, aangezien de verkrijger enkel de 'werkmaatschappij' verkrijgt en niet de 'holdingvennootschap'.

²²⁰ In het voorbeeld is sprake van een schenking onderlangs die wordt 'getransformeerd' naar een schenking bovenlangs, met een verkapte dividenduitkering tot gevolg.

²²¹ Dit voorbeeld is ontleend aan het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8.

De inkoop van de (indirecte) aandelen in de deelneming (gevolgd door intrekking van die aandelen) leidt in beginsel ook tot een herziening van de BOF. Een inkoop van aandelen in de deelneming gevolgd door intrekking wordt enkel niet aangemerkt als vervreemding als het aandeel van de holdingvennootschap in de deelneming procentueel gelijk blijft.²²²

3.5.2.4 Ter beschikking gestelde onroerende zaken

Bij een verkrijging van een ter beschikking gestelde onroerende zaak wordt niet aan de voortzettingsvereisten voldaan indien de verkrijger ophoudt het pand (gedeeltelijk) ter beschikking te stellen aan het lichaam of als het pand niet langer geheel of gedeeltelijk dienstbaar is aan de (oorspronkelijke) onderneming.²²³ Ook op deze voortzettingseis geldt een aantal uitzonderingen, waarbij volgens de wetgever materieel gezien nog steeds sprake is van voortzetting.²²⁴

Een uitzondering is opgenomen voor de situatie waarin de ter beschikking stelling eindigt door een vervreemding van het pand, maar waarin de met de vervreemding verkregen middelen worden gebruikt voor de aanschaf van een ander pand.²²⁵ Hierbij gelden de voorwaarden dat binnen een termijn van zes maanden moet worden geherinvesteerd in een nieuw pand en dat dit pand aan dezelfde vennootschap ter beschikking moet worden gesteld.²²⁶ De wetgever wil het voor de verkrijger mogelijk maken om de overgenomen activiteiten voort te zetten in een andere onroerende zaak.²²⁷ Deze uitzondering is niet van toepassing indien het ‘andere pand’ reeds in bezit is van de verkrijger, omdat volgens de wetgever in dat geval middelen zijn ontvangen die niet gebruikt worden voor de verkregen onderneming.²²⁸ Daarnaast worden de faciliteiten niet ingetrokken als de terbeschikkingstelling eindigt vanwege een inbreng van het pand in een BV/NV.²²⁹ De voorwaarde hierbij is dat de inbreng plaatsvindt tegen aandelen in een BV/NV waarvan de verkrijger *enig aandeelhouder* is. Als de terbeschikkingstelling eindigt als gevolg van een terugkeer uit een BV/NV, worden de faciliteiten niet ingetrokken als de terugkeer geruisloos plaatsvindt in de zin van art. 14c Wet VPB.²³⁰ De voorwaarde hierbij is dat de onroerende zaak binnen de nieuwe IB-onderneming wordt gebruikt en deze derhalve tot het ondernemingsvermogen van de uit de BV/NV verkregen onderneming gaat behoren.²³¹

Tot slot gelden uitzonderingen voor situaties waarin sprake is van een aandelenfusie, juridische splitsing of een juridische fusie en het pand daardoor niet meer aan de oorspronkelijke onderneming

²²² Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.5. Hoogwout stelt dat een dergelijke inkoop hetzelfde effect heeft als bijvoorbeeld een dividenduitkering, zodat het terecht is dat hiervoor de faciliteiten behouden blijven. T.C. Hoogwout, ‘Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet’, *FTV* 2011/5-23, p. 7.

²²³ 35e, eerste lid, onderdeel d, sub 1 en 2, SW.

²²⁴ Art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 1, Uitv.reg. S&E. In de parlementaire behandeling wordt het voorbeeld genoemd van een verhuizing of uitbreiding van de onderneming waaraan de onroerende zaak ter beschikking wordt gesteld. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103-104.

²²⁵ Art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 1, Uitv.reg. S&E. Voor deze situatie bestaat in de Wet IB een doorschuifregeling (art. 3.64 Wet IB). De uitzondering in de Uitv.reg. S&E houdt echter geen verband met deze doorschuifregeling.

²²⁶ Om te voldoen aan de voortzettingsvereisten mag de vervanging er logischerwijs ook niet toe leiden dat de onderneming zelf wordt gestaakt. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 105.

²²⁷ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

²²⁸ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

²²⁹ Art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 2, Uitv.reg. S&E. Er geldt geen eis dat gebruik moet worden gemaakt van een doorschuifregeling, die bovendien ook voor een dergelijke situatie ontbreekt.

²³⁰ Art. 10, tweede lid, Uitv.reg. S&E. Eenzelfde uitzondering geldt bovendien voor een staking van de onderneming in het lichaam en voor een vervreemding van de aandelen als gevolg van een geruisloze terugkeer in de zin van art. 14c Wet VPB (par. 3.5.2.1 en par. 3.5.2.2).

²³¹ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

(in de vennootschap) ter beschikking wordt gesteld.²³² De faciliteiten worden in deze situaties niet ingetrokken voor zover de reorganisatie geruisloos plaatsvindt en de terbeschikkingstelling van het pand in de nieuwe situatie wordt voortgezet. Bijvoorbeeld in de vorm van terbeschikkingstelling aan de verkrijgende vennootschap in geval van een aandelenfusie.²³³

3.5.3 Overlijden of verdeling nalatenschap

De wetgever is van mening dat het overlijden van de voortzetter geen reden is om de faciliteiten in te trekken, onder de voorwaarde dat de verkrijgers krachtens erfrecht de onderneming voortzetten.²³⁴ Ook leidt een verdeling van de nalatenschap binnen twee jaar na het overlijden niet tot intrekking van de faciliteiten. Het is overigens voldoende dat de onderneming door tenminste één verkrijger krachtens erfrecht wordt voortgezet.²³⁵ Met betrekking tot de resterende voortzettingstermijn van de erflater geldt een in de plaats treding.²³⁶ De resterende voortzettingstermijn van de erflater loopt dan samen met de nieuwe voortzettingstermijn van vijf jaar van de verkrijger(s).²³⁷

3.5.4 Overgang krachtens huwelijksvermogensrecht

Een tweede situatie waarin een ander dan de oorspronkelijke verkrijger gerechtigd wordt tot de onderneming, maar waarbij de faciliteiten onder voorwaarden toch behouden blijven, is een overgang van het verkregen ondernemingsvermogen onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht.²³⁸ De rechtsopvolger krachtens huwelijksvermogensrecht wordt voor de resterende voortzettingstermijn geacht in de plaats te treden van de oorspronkelijke verkrijger. Ook de ontbinding van een huwelijk binnen de resterende termijn, gevolgd door de verdeling van de gemeenschap van goederen binnen twee jaar na de ontbinding, betreft geen intrekkinggrond. Een voorwaarde hierbij is dat het ondernemingsvermogen moet worden toegedeeld aan de oorspronkelijke verkrijger.²³⁹

²³² Art. 10, derde lid, jo. eerste lid, voorlaatste volzin, Uitv.reg. S&E.

²³³ Art. 10, derde lid, Uitv.reg. S&E. Zie ook Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

²³⁴ Art. 10, zesde lid, Uitv.reg. S&E. In beginsel leidt een overlijden van de verkrijger tot intrekking van de faciliteiten, aangezien de verkrijger van een IB-onderneming dan ophoudt winst uit de onderneming te genieten (vergelijk art. 3.58 wet IB). Met betrekking tot de verkrijging van AB-aandelen is in een dergelijk geval sprake van een fictieve vervreemding als bedoeld in art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB.

²³⁵ Besluit staatssecretaris van Financiën van 16 maart 2004, nr. CPP2004/1717M, onderdeel C3 en Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, bij: Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, art. 10 Uitv.reg. S&E, aant. 5.

²³⁶ De in de plaats treding houdt in dat de erfgenamen het recht op de voorwaardelijk verleende faciliteiten verkrijgen en tevens de plicht hebben om de resterende voortzettingstermijn van de erflater vol te maken. Indien de verkrijgers het krachtens erfrecht verkregen ondernemingsvermogen voortzetten, zullen zij derhalve ten aanzien van die verkrijging ook ‘uit eigen hoofde’ in aanmerking komen voor de BOF.

²³⁷ Op deze wijze wordt de vrijstelling na vijf jaar na het overlijden van de erflater definitief.

²³⁸ Art. 10, zevende lid, Uitv.reg. S&E. In beginsel leidt een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht tot intrekking van de faciliteiten, aangezien de verkrijger van een IB-onderneming dan (gedeeltelijk) ophoudt winst uit de onderneming te genieten (vergelijk art. 3.59 Wet IB). Met betrekking tot de verkrijging van AB-aandelen is sprake van een fictieve vervreemding als bedoeld in art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij het aangaan van een huwelijk in gemeenschap van goederen.

²³⁹ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

3.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: ‘Welke voortzettingsvereisten gelden bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW?’. Om tot een antwoord op deze vraag te komen, heb ik de invulling, die door de wetgever, de rechter en de staatssecretaris is gegeven aan de voortzettingsvereisten, beschreven. De kern van de voortzettingsvereisten is dat de faciliteiten worden ingetrokken voor zover niet binnen de voortzettingstermijn van vijf jaar aan de inhoudelijke vereisten van art. 35e SW wordt voldaan. De uitzonderingen van art. 10 Uitv.reg. S&E zien op situaties waarin formeel gezien niet aan de voortzettingsvereisten wordt voldaan, maar waarin de onderneming in economische zin nog steeds door de verkrijger wordt voortzet. De voortzettingsvereisten sluiten in beginsel aan bij het stakings- en vervreemdingsbegrip uit de Wet IB. Vanwege de doelstellingen van de BOF wordt in een aantal gevallen van dit begrip afgeweken. Van de hoofdregels in art. 35e SW blijkt een uitgebreidere werking ten opzichte van de Wet IB uit te gaan in de zin dat voor de BOF eerder sprake is van een staking of vervreemding dan voor de Wet IB. De uitzonderingen bieden een versoepeling om te voorzien in situaties waarin intrekking van de faciliteiten onwenselijk is, omdat volgens de wetgever economisch gezien nog steeds sprake is van een reële bedrijfsopvolging. In de schema’s hieronder worden de bevindingen beknopt weergegeven.²⁴⁰

Schema 1: voortzettingsvereisten voor de verkrijger van een IB-onderneming

Wettelijke hoofdregel	Voortzettingsvereisten	Invulling vereisten	Uitzonderingen
❖ Art. 35e lid 1a & b juncto lid 2 SW.	❖ Niet (gedeeltelijk) ophouden winst te genieten.	❖ In beginsel stakingsbegrip uit de Wet IB, maar altijd: - oorspronkelijke verkrijger zet voort; - oorspronkelijke onderneming voortzetten; - verkrijger reeds samenwerkend & geen verdere afname winstgerechtigdheid dan reeds gerechtigd (samenwerkingsverbanden).	❖ Inbreng in BV/NV. ❖ Overheidsingrijpen.

²⁴⁰ De uitzonderingen in geval van overlijden en in geval van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht kunnen bij elke verkregen soort (kwalificerend) ondernemingsvermogen van toepassing zijn en worden om die reden buiten de schema’s gelaten.

Schema 2: voortzettingsvereisten voor de verkrijger van AB-aandelen

Wettelijke hoofdregel	Voortzettingsvereisten	Invulling vereisten	Uitzonderingen
❖ Art. 35e lid 1c 1° & 2° SW.	❖ Aandelen niet vervreemden. ❖ Aandelen niet omzetten in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken.	❖ In beginsel vervreemdingsbegrip uit de Wet IB, maar altijd: - geen omzetting in preferente aandelen; - geen afname winstgerechtigdheid.	❖ Geruisloze terugkeer. ❖ Aandelenfusie, juridische splitsing en juridische fusie. ❖ Uitoefenen koopoptie. ❖ Art. 4.16 lid 1f Wet IB. ❖ Art. 4.16 lid 1g Wet IB. ❖ Art. 4.16 lid 1h Wet IB.
❖ Art. 35e lid 1c 3° SW.	❖ Niet (gedeeltelijk) ophouden winst te genieten.	❖ Idem als IB-onderneming. ❖ Toerekeningsregeling toepasbaar blijven (holding).	❖ Geruisloze terugkeer. ❖ Bedrijfsfusie, juridische splitsing en juridische fusie.
❖ Art. 35e lid 1d SW.	❖ Niet (gedeeltelijk) ophouden ter beschikking stellen en dienstbaar blijven aan onderneming.	❖ Geen bijzondere invulling.	❖ Verkoop gevolgd door aanschaf nieuw pand. ❖ Geruisloze terugkeer. ❖ Aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing. ❖ Inbreng in BV/NV.

4 Toetsing voortzettingsvereisten op doeltreffendheid

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of datgene wat door de wetgever is beoogd en vervolgens is omgezet in wetgeving, een effectieve uitwerking heeft. In de probleemanalyse is naar voren gekomen dat uit eerder onderzoek blijkt dat de voortzettingsvereisten in de praktijk als grootste knelpunt met betrekking tot de voorwaarden van de BOF worden gezien (par. 1.1).²⁴¹ Niet is onderzocht welke voortzettingseis het grootste knelpunt oplevert. Wel worden mogelijke knelpunten aangestipt, zoals de voortzettingstermijn, het niet mogen ophouden winst te genieten en het niet mogen vervreemden. Daarnaast hebben de bevindingen uit hoofdstuk 3 een aantal vragen opgeroepen. Werkt de voortzettingstermijn positief gezien de doelstelling van de regeling? Worden de hoofdregels niet te eng uitgelegd waardoor dit ten koste gaat van de continuïteit van de onderneming in gevallen van een reële bedrijfsopvolging? Bieden de uitzonderingen – die juist meer recht moeten doen aan de economische werkelijkheid van reële bedrijfsopvolgingen – wel voldoende soelaas? Mijn analyse heeft niet als doel om het grootste knelpunt na te gaan, maar om te beoordelen of de voortzettingsvereisten geen ineffectieve situaties opleveren en in *samenhang* gezien een afdoende doeltreffend onderdeel van de BOF vormen. Als uit dit hoofdstuk blijkt dat er mogelijkheden zijn om de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten te verhogen, worden deze in de vorm van concrete aanbevelingen uitgewerkt in par. 6.4.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In par. 4.2 wordt een oordeel gegeven over de doeltreffendheid van de huidige voortzettingstermijn. In par. 4.3 en par. 4.4 wordt een oordeel gegeven over de doeltreffendheid van de inhoudelijke voortzettingseisen die worden gesteld aan de verkrijger van een IB-onderneming respectievelijk de verkrijger van AB-aandelen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (par. 4.5).

4.2. Toetsing voortzettingstermijn

4.2.1 Een voortzettingstermijn?

Indien een onderneming niet wordt voortgezet is geen sprake van een reële bedrijfsopvolging (par. 2.3) en bestaat in de ogen van de wetgever geen reden om de ‘ondernemer’ van betaling van belasting te ontdoen.²⁴² Indien het doel is om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, kunnen voortzettingsvereisten naar mijn mening niet ontbreken.²⁴³ Het betreft immers ook een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit. Een belangrijk onderdeel van het totale pakket aan voortzettingsvereisten is de voortzettingstermijn.

²⁴¹ W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009, p. 38.

²⁴² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47.

²⁴³ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 343.

Met het stellen van een voortzettingstermijn beoogt de wetgever om oneigenlijk gebruik van de BOF tegen te gaan en te waarborgen dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd.²⁴⁴ Het belang hiervan wordt benadrukt door het karakter van de BOF, omdat dit karakter onder meer de kans op misbruik vergroot. De faciliteiten hebben immers afstel van belastingheffing tot gevolg. De doorschuifregelingen in de Wet IB²⁴⁵ onderscheiden zich op dit punt van de BOF, omdat daar feitelijk sprake is van uitstel van belastingheffing. Dit verschil in karakter geeft de wetgever ook aan als reden om wel een voortzettingstermijn in de SW te hanteren en deze niet te hanteren in de Wet IB.^{246,247}

Gelet op bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het stellen van een voortzettingstermijn doeltreffend is. Het is bovendien verenigbaar met de continuïteitsgedachte dat de onderneming gedurende een bepaalde termijn moet worden voortgezet. Overigens is ook de subdoelstelling te verenigen met het stellen van een voortzettingstermijn. Indien een onderneming gedurende een bepaalde periode wordt voortgezet is het evident dat de werkgelegenheid en economische diversiteit worden gestimuleerd. Een voortzettingstermijn draagt zodoende bij aan de effectiviteit van het totale pakket aan voortzettingsvereisten. Voor een effectief pakket aan voortzettingsvereisten, is enkel een termijn stellen naar mijn mening niet voldoende. Indien het doel is om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, kunnen ook inhoudelijke voortzettingsvereisten niet ontbreken.²⁴⁸ In par. 4.3 en par. 4.4 besteed ik aandacht aan de inhoudelijke voortzettingsvereisten. Hierna ga ik in op de invulling van de voortzettingstermijn.

4.2.2 Een voortzettingstermijn van vijf jaar?

De absoluut geformuleerde voortzettingstermijn van vijf jaar vindt haar oorsprong in de oude renteloze betalingsregeling (par. 2.2.3). De termijn werd gekoppeld aan de duur van de betalingsregeling.²⁴⁹ Een kortere termijn werd niet gewenst bevonden met het oog op het doel van de regeling. Een langere termijn was vanwege uitvoeringstechnische redenen niet wenselijk. Ten tijde van de oude kwijtscheldingsfaciliteit gold een voortzettingstermijn van vijf jaar bij vererving en van tien jaar bij schenking (par. 2.2.5).²⁵⁰ De voortzettingstermijn bij schenking werd in 2002 verkort van tien naar vijf jaar (par. 2.2.6), zodat vanaf 2002 eenzelfde voortzettingstermijn geldt bij zowel schenken als vererven van ondernemingsvermogen. Door de wetgever is naar mijn oordeel geen goede onderbouwing gegeven waarom voor de huidige BOF een voortzettingstermijn van vijf jaar geldt.²⁵¹ In

²⁴⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 3, p. 4, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8 en 10.

²⁴⁵ Bijvoorbeeld de artikelen 3.62, 3.63, 4.17a en 4.17c Wet IB.

²⁴⁶ Dit betekent niet dat helemaal geen voortzettingsvereisten worden gesteld in de Wet IB. Art. 3.63 Wet IB bepaalt bijvoorbeeld dat de onderneming kan worden overgedragen zonder fiscale afrekening, maar dat de onderneming daarvoor wel moet worden voortgezet. Vervolgens wordt echter geen voortzettingstermijn gesteld, waardoor het feitelijk mogelijk is om de onderneming na de overdracht weer over te dragen als zich bijvoorbeeld onverwachts een koper meldt. Zie ook J.J.M. Jansen, 'Voortzettingsvereisten bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WFR* 2005/229, p. 4.

²⁴⁷ Een ander argument van de wetgever om geen voortzettingstermijn te hanteren bij de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB, is dat de faciliteiten alleen kunnen worden ingetrokken bij de overdrager. Dit acht de wetgever frustrerend aangezien de verkoper na de overdracht geen zeggenschap meer heeft over de handelingen die de overnemer verricht en tevens omdat de overdrager door 'het overnemen van de belastingclaim' een lagere verkoopprijs kan bedingen. Bij de BOF in de SW doet dit nadeel zich niet voor, aangezien de faciliteiten worden verleend aan en eventueel wordt ingetrokken bij de overnemer. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1, p. 4 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 58-59.

²⁴⁸ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 343.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 4.

²⁵⁰ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8.

²⁵¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46.

de parlementaire behandeling is wel opgemerkt dat in meer dan 90% van de gevallen door de verkrijgers aan de voortzettingseis van vijf jaar wordt voldaan.²⁵² Dit gegeven zegt echter weinig over de doeltreffendheid van een voortzettingstermijn van vijf jaar. De Wijkerslooth-Lhoëst geeft aan dat bij haar weten geen onderzoek is gedaan naar de vraag in hoeveel gevallen de onderneming in het zesde jaar wordt verkocht.²⁵³ Dit is een interessante opmerking over de effectiviteit van de regeling, aangezien een dergelijk onderzoek een indicatie kan geven over het zich voordoen van de situatie dat de voortzetter de onderneming gedurende vijf jaar voortzet puur en alleen om de faciliteiten deelachtig te worden. Aangezien hier geen kwantitatief onderzoek naar is gedaan, neem ik in mijn latere afweging enkel mee of, en zo ja bij welke termijn, het (meer) aannemelijk is dat het risico op deze situatie zich voordoet.

In de literatuur wordt vanwege de genereuze vrijstelling gepleit voor een langere voortzettingstermijn. De Wijkerslooth-Lhoëst is van mening dat sinds de invoering van de 90% vrijstelling een voortzettingstermijn van tien jaar niet onredelijk zou zijn.²⁵⁴ Hoogeveen is eveneens van mening dat de huidige voortzettingstermijn van vijf jaar niet lang genoeg is.²⁵⁵ Interessant voor dit onderzoek is dat Hoogeveen in haar oordeel de zogenoemde meerwaardeclausules betreft, die in de praktijk kunnen worden bedongen bij een bedrijfsopvolging.²⁵⁶ Hoogeveen merkt op dat een 'dispariteit' kan ontstaan tussen de voortzettingstermijn die bij een meerwaardeclausule wordt bedongen en de voortzettingstermijn van de BOF, omdat de termijn waaraan de meerwaardeclausule wordt gekoppeld in de praktijk langer blijkt te zijn dan vijf jaar.²⁵⁷ Er blijken zelfs termijnen van 20 en 25 jaar voor te komen.²⁵⁸ Volgens Hoogeveen zou voor de voortzettingstermijn minimaal aangesloten moeten worden bij de termijnen in de meerwaardeclausules.²⁵⁹ De voorkeur van Hoogeveen gaat overigens uit naar een onbeperkte voortzettingstermijn, omdat enkel het tijdsverloop volgens haar geen reden is om af te zien van een belastingclaim.²⁶⁰

Hoogeveen merkt op dat nog een dispariteit is te onderkennen met betrekking tot de voortzettingstermijn, namelijk tussen de voortzettingstermijn die geldt voor de vrijstellingen en voor de uitstelfaciliteiten. Indien voor een (gedeelte) van een verkrijging gebruik is gemaakt van de uitstelfaciliteit(en) voor de duur van tien jaar is het logisch dat voor dat deel tien jaar moet worden voortgezet. Door een ommissie in de wet lijkt het erop dat het uitstel alleen wordt beëindigd als binnen

²⁵² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 41.

²⁵³ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?', *WPNR* 2009/6802, p. 517.

²⁵⁴ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?', *WPNR* 2009/6802, p. 517. Ook Zwemmer stelt de vraag of de claim na vijf jaar geheel moet vervallen. J.W. Zwemmer, 'De heffing van successie- en schenkingsbelasting bij bedrijfsopvolging', *WPNR* 2004/6576, p. 345.

²⁵⁵ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 292.

²⁵⁶ Het doet zich bijvoorbeeld voor dat bij ondernemingen waarvan de going-concernwaarde lager is dan de liquidatiewaarde, de opvolger het recht krijgt de onderneming voort te zetten tegen de lagere going-concernwaarde. Een meerwaardeclausule bewerkstelligt dan dat een eventuele meerwaarde moet worden gedeeld met de overdrager als de voortzetter binnen een overeengekomen periode alsnog overgaat tot verkoop of liquidatie. Binnen de termijn van de meerwaardeclausule rust zodoende een voorwaardelijke vordering op de verkrijger.

²⁵⁷ Volgens Hoogeveen valt niet in te zien waarom de overheid wel al na vijf jaar haar claim moet prijsgeven, waar 'erfgenamen niet-voorzettters' hun claim op de bedrijfsopvolger behouden. M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 291-294.

²⁵⁸ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 292.

²⁵⁹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 292.

²⁶⁰ Voor de heffing van schenk- en erfbelasting zou dan volgens Hoogeveen moeten worden aangesloten bij de daadwerkelijke gerealiseerde liquidatiewaarde. M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 292.

vijf jaar niet aan de voortzettingsvereisten wordt voldaan.²⁶¹ Dit is gelet op de huidige wetgeving een logisch gevolg, aangezien de wetgever (uitsluitend) in een dergelijk geval geen *reële* bedrijfsopvolging veronderstelt. De dispariteit kan zich echter voordoen indien in jaar zes tot en met tien (materieel gezien) niet aan de inhoudelijke voortzettingsvereisten wordt voldaan.²⁶² In dat geval loopt het uitstel gewoon door, terwijl van een bedrijfsopvolging geen sprake meer is omdat de verkrijger bijvoorbeeld de onderneming heeft verkocht. Naar mijn mening is het doeltreffend de voortzettingstermijn van de uitstelfaciliteiten te koppelen aan de termijn waarvoor uitstel kan worden verleend, alsook aan de voortzettingstermijn voor de vrijstellingen.

Ondanks dat de voorkeur van Hoogeveen uitgaat naar een onbeperkte voortzettingstermijn heeft zij een nuancering aangebracht die van belang is voor de doeltreffendheid van een voortzettingstermijn. Het risico kan volgens Hoogeveen zijn dat er een soort dwangondernemers ontstaan met economisch onwenselijke situaties tot gevolg.²⁶³ Met het begrip ‘dwangondernemers’ wordt de kunstmatige situatie bedoeld dat men maar doorgaat met ondernemen omdat men anders wordt geconfronteerd met een belastingclaim. Daarnaast brengt Hoogeveen een voordeel van een langere voortzettingstermijn naar voren, namelijk dat bij een langere termijn de kans op oneigenlijk gebruik afneemt en daarmee de BOF op dit punt juist effectiever kan worden. Deze zienswijze wordt duidelijk aan de hand van de genoemde opmerking van De Wijkerslooth-Lhoëst over ‘het door de voortzetter uitzitten van de termijn van vijf jaar om vervolgens de onderneming in jaar zes te verkopen’. Deze kunstmatige situatie kan zich in principe bij elke termijn voordoen²⁶⁴, maar ik ben het met Hoogeveen eens dat het bij bijvoorbeeld een termijn van vijf jaar denkbeeldiger is dat een voortzetter een onderneming puur vanwege de faciliteiten wil voortzetten dan bij een termijn van bijvoorbeeld 25 jaar.²⁶⁵

Aldus kunnen in mijn visie als het ware twee soorten kunstmatige situaties van ‘dwangondernemers’ ontstaan. Enerzijds de voortzetter die gaat (en vijf jaar lang blijft) ondernemen uitsluitend om de fiscale faciliteiten deelachtig te worden en anderzijds de voortzetter die vanwege een langere termijn maar blijft ondernemen, omdat hij anders wordt geconfronteerd met een belastingclaim. Indien een voortzetter puur vanwege de faciliteiten wil gaan of blijven voortzetten, spelen fiscale overwegingen bij de bedrijfsopvolging de overhand en leidt dit niet tot optimale economische activiteiten. De voortzettingstermijn werkt dan verstorend. Een dergelijke verstorende werking rijmt niet met de gedachte om de continuïteit van reële ondernemingen te waarborgen en heeft derhalve gezien de doelstelling een negatief effect. Het risico op deze ineffectieve werking dient mijns inziens, gelet op de doelstelling van de regeling, nadrukkelijk te worden beperkt.

Vanwege de toenemende kans op een ineffectieve werking bij een langere voortzettingstermijn, acht ik een onbeperkte voortzettingstermijn, waarvoor door Hoogeveen is gepleit, niet gewenst. Aansluiten bij de gehanteerde voortzettingstermijn in meerwaardeclausules heeft ook niet mijn voorkeur. Een termijn van bijvoorbeeld 25 jaar lijkt mij namelijk, gezien het risico op een ineffectieve werking, niet de doeltreffendste termijn. Om dezelfde reden wordt door Tigelaar-Klootwijk gesteld dat de termijn

²⁶¹ Art. 25, twaalfde lid, onderdeel c en dertiende lid, onderdeel c, IW.

²⁶² Deze dispariteit is ook opgemerkt in W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009, p. 38.

²⁶³ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 293.

²⁶⁴ Of de verkrijger nu 5, 10, 25 jaar of onbeperkt moet voortzetten, er zullen altijd ondernemers zijn die zich op een bepaald moment dwangondernemer voelen en ‘noodgedwongen’ de rit uitzitten.

²⁶⁵ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 293.

maximaal tien jaar moet bedragen.²⁶⁶ Ook onderschrijf ik vanwege de toenemende kans op voornoemde kunstmatige situatie bij een kortere voortzettingstermijn, de keuze van de wetgever voor een voortzettingstermijn van vijf jaar niet. Deze termijn blijkt niet toegespitst op de huidige BOF, maar vindt haar grond in de voortzettingstermijn van de oude renteloze betalingsregeling.²⁶⁷ Een betalingsregeling is wezenlijk anders dan een vrijstelling. Door dit verschil in karakter kan een langere voortzettingstermijn de faciliteiten naar mijn mening doeltreffender maken. De wetgever heeft zijn keuze voor de vijfjaarstermijn bovendien niet afdoende onderbouwd. Gelet op vorenstaande ben ik ook van mening dat een kortere termijn dan vijf jaar niet doeltreffend is.²⁶⁸

Na bovenstaande voor- en nadelen afgewogen te hebben, zou een voortzettingstermijn van tien jaar een reële optie kunnen zijn. Door een uitbreiding van de voortzettingstermijn naar tien jaar neemt namelijk de kans op oneigenlijk gebruik af en de kans op het gebruik van de faciliteiten voor reële bedrijfsopvolging toe. Indien sprake is van een misbruiksituatie kan moeilijk worden betoogd dat de voortzetter als *bedrijfsopvolger* kan worden bestempeld en dat er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Ook Stevens is van mening dat een voortzettingstermijn van tien jaar er meer voor zorgt dat de vrijstelling alleen in reële gevallen wordt verstrekt.²⁶⁹ Door de termijn te maximeren op tien jaar blijft naar mijn mening het risico op een ineffectieve werking die uit kan gaan van het stellen van een termijn, afdoende beperkt. Immers is uit de beschouwing van Hoogeveen gebleken dat in de praktijk een nog langere termijn dan tien jaar gebruikelijk is. Om deze reden is het niet aannemelijk dat van een termijn van tien jaar een ineffectieve werking uitgaat. Met een termijn van tien jaar wordt meer dan bij een termijn van vijf jaar aangesloten bij een gebruikelijke voortzettingsperiode in de praktijk en wordt deze dispariteit verkleind. Daarbij is het voordeel van een voortzettingstermijn van tien jaar, dat de genoemde dispariteit met betrekking tot de duur van de uitstelregelingen wordt weggenomen.

Het risico op een ineffectieve werking van de voortzettingsvereisten kan zich echter niet alleen voordoen door de duur van de termijn, maar ook door de inhoudelijke vereisten die aan de verkrijger worden gesteld. Indien gedurende de voortzettingstermijn bijvoorbeeld geen nieuwe bedrijfsopvolger kan worden aangesteld of de verkrijger weinig ruimte heeft om de ondernemingsactiviteiten te wijzigen, kan dit ook ineffectief werken. Het is van belang om daar voor de keuze voor een termijn rekening mee te houden, aangezien het risico op een dergelijke ineffectieve werking van de inhoudelijke vereisten groter wordt naarmate de termijn langer wordt. Naar mijn mening kan met een voortzettingstermijn van tien jaar en het optimaal formuleren van de inhoudelijke vereisten een juiste balans worden gevonden tussen enerzijds het realiseren dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd en anderzijds het voorkomen van economisch onwenselijke situaties, die de continuïteit van reële ondernemingen niet bevorderen.

²⁶⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 405.

²⁶⁷ Overigens houdt het argument dat in 1986 genoemd werd, dat bij een langere termijn dan vijf jaar op uitvoeringstechnische complexiteit zou worden gestuit, naar mijn mening in huidige tijdsbestek geen steek. *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3 p. 4.

²⁶⁸ In dezelfde zin stelt Tigelaar-Klootwijk dat de voortzettingstermijn minimaal vijf jaar moet bedragen. Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 428.

²⁶⁹ S.A. Stevens, 'Bedrijfsopvolging bij kapitaalvennootschappen (ondernemingen in de vorm van een NV/BV); fiscaalrechtelijke aspecten', in: H.J. de Kluiver & I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Preadvies KNB), Amersfoort: SDU 2005, p. 201-306.

Het kiezen van een termijn is altijd arbitrair, maar mijn conclusie is dat een voortzettingstermijn van *tien jaar* de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten het meest kan vergroten. Hierna ga ik in op de invulling van de inhoudelijke vereisten, die naar mijn mening niet mogen ontbreken, maar waarvan ook geen ineffectieve werking mag uitgaan.

4.3 Toetsing voortzettingsvereisten IB-onderneming

4.3.1 Ophouden winst te genieten

In hoofdstuk 3 heb ik geconcludeerd dat voor het criterium ‘ophouden winst uit de onderneming te genieten’ in de SW het stakingsbegrip uit de Wet IB het uitgangspunt is. Bovenal wordt dit begrip voor de SW zo ingevuld dat de oorspronkelijke verkrijger de oorspronkelijke onderneming moet voortzetten.²⁷⁰

- *Voortzetten oorspronkelijke verkrijger*

De eis dat de oorspronkelijke verkrijger moet voortzetten, volgt logisch uit de doelstelling.²⁷¹ Als de oorspronkelijke verkrijger de onderneming verkoopt, doet zich geen liquiditeitsprobleem voor bij de onderneming als gevolg van de schenk- of erfbelasting omdat de nieuwe verkrijger in geval van ‘koop’ geen schenk- of erfbelasting is verschuldigd. Bij een (nieuwe) overdracht van de onderneming krachtens schenking of vererving is weliswaar de nieuwe verkrijger belastingplichtig, maar deze kan uit eigen hoofde in aanmerking komen voor de BOF.²⁷² Alsdan hoeft geen ondernemingsvermogen uit de onderneming te worden onttrokken om de belasting te betalen. Het past dan niet binnen de doelstelling om de oude verkrijger definitief van betaling van belasting te ontdoen. Evenwel kan deze invulling ook ineffectief werken, aangezien dit een beperking oplegt om binnen de voortzettingstermijn – op basis van rationele overwegingen – een nieuwe bedrijfsopvolger aan te stellen. De verkrijger kan zich ontwikkelen tot een ‘dwangondernemer’ (par. 4.2.2). De inbreuk op doeltreffendheid doet zich bijvoorbeeld voor als de verkrijger de onderneming na drie jaar aan een derde kan verkopen die de onderneming efficiënter kan voortzetten, maar de verkrijger dit niet doet en zelf blijft voortzetten om de faciliteiten te behouden.²⁷³ Op basis van de hiervoor genoemde argumenten vormt dit voor mij geen reden om de voortzettingseis op dit punt te versoepelen.

In de literatuur wordt het niet doorwerken van de niet-stakingsfictie van art. 3.63 Wet IB acceptabel bevonden.²⁷⁴ De Beer kan hier begrip voor opbrengen voor zover de overdracht van een onderneming aan de verkrijger slechts als tussenfase wordt gebruikt voor een uiteindelijk beoogde overdracht

²⁷⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

²⁷¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103-104.

²⁷² Als sprake is van een overlijden van de oorspronkelijke verkrijger en aan de voorwaarden van art. 10, zesde lid, Uitv.reg. S&E wordt voldaan, worden de faciliteiten overigens niet ingetrokken (par. 3.5.3). Als bij een schenking ten gevolge van een overgang van het ondernemingsvermogen onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht aan de voorwaarden van art. 10, zevende lid, Uitv.reg. S&E wordt voldaan, worden de faciliteiten eveneens niet ingetrokken (par. 3.5.4).

²⁷³ Dit voorbeeld is ontleend aan Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 405.

²⁷⁴ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 343 en T.C. Hoogwout, ‘Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet’, *FTV* 2011/5-23, p. 7.

binnen de vijfjaarstermijn aan een derde.²⁷⁵ Dat op deze wijze misbruik van de faciliteiten mogelijk zou worden, vormt voor mij ook een argument om de voortzettingseis op dit punt niet te versoepelen. Voor de vraag welke invulling van de voortzettingseis op dit punt het doeltreffendst is, is een afweging gemaakt van de voor- en nadelen. Hierbij is rekening gehouden met de samenhang met de overige voortzettingsvereisten. Gelet op bovenstaande is de conclusie dat de *oorspronkelijke verkrijger* moet voortzetten om te spreken van een reële bedrijfsopvolging in de zin van de faciliteiten. Door de voortzettingsvereisten op de andere punten (ook) doeltreffend in te vullen, kan naar mijn mening een ineffectieve werking, die uit kan gaan van de voortzettingsvereisten in het algeheel, afdoende worden beperkt.

- *Voortzetten oorspronkelijke onderneming*

Uit de toelichting van de wetgever volgt dat de oorspronkelijke onderneming moet worden voortgezet.²⁷⁶ De wetgever heeft daarnaast als doel gesteld om voor de invulling van de voortzettingsvereisten in beginsel het stakingsbegrip uit de Wet IB te volgen.²⁷⁷ Volgens dit begrip dient de oorspronkelijke *economische* activiteit te worden voortgezet. In par. 3.5.1.1 is besproken dat bijvoorbeeld het wijzigen van ondernemingsactiviteiten niet leidt tot een staking voor de Wet IB, mits de onderneming economisch gezien dezelfde is gebleven. De redactie van V-N ziet in de aansluiting bij het stakingsbegrip uit de Wet IB een oplossing voor veel problemen, omdat dit begrip geen strikt identiteitsbehoud vereist.²⁷⁸ Door De Beer wordt daarentegen opgemerkt dat de aansluiting bij het stakingsbegrip uit de Wet IB niet betekent dat de ondernemer veel ruimte heeft verkregen om wijzigingen in de activiteiten aan te brengen.²⁷⁹

Naar mijn oordeel wordt door de rechter niet zuiver aangesloten bij het stakingsbegrip uit de Wet IB. In par. 3.5.1.1 heb ik besproken dat de Rechtbank Den Haag op 21 januari 2016 heeft geoordeeld dat een overgang tot verhuur van de onderneming – in casu een tuinbouwbedrijf – leidt tot intrekking van de faciliteiten, ook al is er geen sprake van een staking voor de Wet IB.²⁸⁰ Ik ben van mening ben dat het niet doeltreffend is om op dit punt af te wijken van het stakingsbegrip uit de Wet IB, omdat nog steeds kan worden gesproken van een reële bedrijfsopvolging als de verkrijger ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB.²⁸¹

Naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Den Haag, heeft de redactie van V-N de vraag geopperd of het voor het voldoen aan het gehanteerde criterium ‘oorspronkelijke onderneming’ voldoende is dat de verkrijger activiteiten verricht die onder de definitie ‘tuinbouw’ vallen of dat de verkrijger exact dezelfde fruit- en groentesoorten moet blijven verbouwen gedurende de

²⁷⁵ De Beer noemt bijvoorbeeld de situatie dat de schenker een onderneming drijft en een werknemer deze onderneming zal gaan voortzetten. Om toch een beroep te kunnen doen op de BOF wordt de onderneming eerst geschonken aan het kind van de schenker, waarna deze de onderneming met toepassing van art. 3.63 Wet IB overdraagt aan de werknemer. A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9 (en voetnoot 71).

²⁷⁶ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20169.

²⁷⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5 en 46.

²⁷⁸ Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 46.

²⁷⁹ A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9 en A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 8.

²⁸⁰ Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4708.

²⁸¹ Naar aanleiding van dit arrest heeft (ook) de redactie van V-N de nuancering aangebracht dat het criterium ‘oorspronkelijke onderneming’ zeer eng lijkt te worden uitgelegd. Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4708, m.nt. Redactie V-N.

voortzettingstermijn.²⁸² Volgens de redactie van V-N is het voor het behoud van de faciliteiten verdedigbaar dat het voldoende is dat activiteiten die vallen onder de definitie tuinbouw worden voortgezet. Gelet op de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 1 maart 2016 heb ik sterke twijfels of de faciliteiten zowel in beide door de redactie van V-N geschetste situaties behouden zouden blijven.²⁸³ Uit deze uitspraak volgt namelijk expliciet dat ‘de oorspronkelijke door de erflater gedreven activiteit’ moet worden voortgezet.²⁸⁴ Het criterium ‘oorspronkelijke activiteit’ volgt echter niet uit het stakingsbegrip uit de Wet IB. Aangezien er nog weinig jurisprudentie is over de voortzettingsvereisten, concludeer ik dat het niet geheel duidelijk is in welke gevallen het wijzigen van ondernemingsactiviteiten leidt tot intrekking van de faciliteiten. Uit de bestaande jurisprudentie trek ik de conclusie dat van de huidige invulling van de voortzettingsvereisten een beperkende werking kan uitgaan op nadien te ontplooiën ondernemingsactiviteiten.²⁸⁵

Ik deel de opvatting van De Beer, dat de verkrijger alsnog niet veel ruimte heeft om de activiteiten te wijzigen als de parallel met de Wet IB op dit punt zuiver wordt uitgevoerd. Ook voor de Wet IB kan sprake zijn van een staking als de verkrijger een andere ondernemingsactiviteit gaat uitoefenen. Volgens het stakingsbegrip uit de Wet IB zal aan de hand van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of sprake is van een economische gelijkwaardige vervanging. In het algemeen concludeer ik uit de jurisprudentie, die betrekking heeft op de Wet IB, dat door een wijziging in de aard van het product snel wordt aangenomen dat de identiteit van de onderneming niet dezelfde is gebleven.²⁸⁶ Het kan echter, zoals De Beer opmerkt, bedrijfseconomisch wenselijk zijn om een wijziging in de identiteit van de onderneming aan te brengen.²⁸⁷ Naar mijn mening moeten de faciliteiten bij een wijziging van de ondernemingsactiviteiten behouden blijven, omdat door de verkrijger op een gelijkwaardig niveau een kwalificerende onderneming in de zin van de BOF wordt voortgezet.²⁸⁸ In zoverre ben ik het dan ook niet eens met het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de faciliteiten worden ingetrokken als weliswaar niet de oorspronkelijke activiteiten worden voortgezet, maar de activiteiten worden voortgezet in een andere onderneming waardoor het vermogen evenzeer als ondernemingsvermogen blijft kwalificeren.²⁸⁹

Voor het argument van de wetgever, dat een ongelijkheid met de situatie met een verkrijger van ander vermogen zou ontstaan als niet de oorspronkelijke onderneming wordt voortgezet, valt in het licht van het gelijkheidsbeginsel wel wat te zeggen.²⁹⁰ Vanuit de continuïteitsgedachte zie ik echter niet in waarom de voortzettingseis een rationele keuze om te herinvesteren zou moeten belemmeren.²⁹¹ De

²⁸² Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4708, m.nt. Redactie V-N.

²⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:HR:GHARL:2016:1687, m.n. B.B.A. de Kroon. In deze zaak leidde het omzetten van een veeveeltbedrijf in een landbouwbedrijf tot intrekking van de faciliteiten.

²⁸⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:HR:GHARL:2016:1687, r.o. 4.13.

²⁸⁵ In gelijke zin De Wijkerslooth-Lhoëst & P.J. Swank, ‘Knelpunten in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *Estate Planner Digitaal* 2011/02, p. 6.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4186, Hof Arnhem 11 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW3449, HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523 en HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4511, m.nt. P.H.J. Essers. Essers concludeert in zijn noot bij voornoemd arrest, dat het meest typerende kenmerk van een onderneming wordt gevormd door haar product, wat tot gevolg heeft dat bij een wijziging van het product snel sprake zal zijn van een staking.

²⁸⁷ A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 8.

²⁸⁸ S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 11.

²⁸⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:HR:GHARL:2016:1687.

²⁹⁰ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 201619, p. 7 en *V-N* 2010/5.8.2.

²⁹¹ In gelijke zin S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 11, A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelang aandelen’, *WFR*

wettekst alsook de doelstellingen van de BOF dwingen niet tot deze *statische* benadering van ‘de onderneming’. Elke staking van een zelfstandig deel van de onderneming leidt nu tot gedeeltelijke intrekking van de faciliteiten, ook al wordt de opbrengst gebruikt om de resterende onderneming te verbeteren. Als de verkoopopbrengst wordt geherinvesteerd in bestaande of nieuwe activiteiten is naar mijn mening (nog steeds) sprake van een reële bedrijfsopvolging. Indien de ondernemer in een dergelijke (niet-misbruik) situatie alsnog wordt geconfronteerd met een belastingaanslag kan dit drukken op de liquiditeiten die nodig zijn voor de (nieuwe) onderneming. De schenk- en erfbelasting kan dan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen.

In dit hoofdstuk is eerder naar voren gekomen dat het stellen van een voortzettingstermijn effectief is. Ook is de eis dat de oorspronkelijke verkrijger moet voortzetten, effectief bevonden. In samenhang bezien met deze (effectieve) vereisten zou een meer *dynamische* invulling van ‘het blijven genieten van winst uit de onderneming’ de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten vergroten. Naar mijn mening moet het uitgangspunt zijn dat de verkrijger de omvang van het verkregen vermogen als ondernemingsvermogen in de zin van de BOF moet voortzetten en ondernemer moet blijven in de zin van de BOF. Ook Stevens is van mening dat het binnen de doelstelling van de regeling past als de faciliteiten pas worden ingetrokken indien het vermogen de ondernemingssfeer verlaat.²⁹²

- *Voortzettingseis verkrijging medegerechtigdheid*

De voortzettingseis ten aanzien van de verkrijging van een medegerechtigdheid is naar mijn mening niet doeltreffend geformuleerd. Ook in de literatuur klinken geluiden dat deze eis te rigide is.²⁹³ Indien de faciliteiten zijn toegepast op een medegerechtigdheid en deze medegerechtigdheid wordt omgezet in een IB-onderneming, wordt naar de letter van de wet namelijk niet aan de voortzettingseis voldaan. Naar mijn mening moet het geen probleem zijn als de CV wordt ontbonden en de verkrijger de onderneming voortzet als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB.²⁹⁴

Door De Beer wordt opgemerkt dat, ook al vindt niet ‘daadwerkelijk’ een omzetting in een IB-onderneming plaats, het ondernemerschap van de beherende vennoot de medegerechtigdheid in de regel zal absorberen.²⁹⁵ Hierdoor kan de verkrijger van een verkregen medegerechtigdheid strikt genomen de verkregen medegerechtigdheid niet voortzetten. Ook Heithuis merkt op dat strikt genomen niet aan de letterlijke tekst van de voortzettingseis wordt voldaan, wanneer bijvoorbeeld een commanditaire vennoot zijn medegerechtigdheid schenkt aan een beherend vennoot.²⁹⁶ Ik onderschrijf de meningen van Heithuis en De Beer dat deze voortzettingseis knellend is, aangezien de verkrijger in een dergelijk geval de materiële onderneming (nog meer) als ondernemer voortzet.

2009/1303, p. 10 en N.M.P. Govers- de Louw & M.M.J. Schuurman- van Nifterik, ‘Besluit bedrijfsopvolgingsregeling: oude wijn in nieuwe zakken?’, *WPNR* 2011/6906, p. 930.

²⁹² Zie de opinie van Stevens in S. van den Kerkhof & P.L.C. Belzer, ‘Verslag 35^e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging’, *WFR* 2013/667, p. 2.

²⁹³ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 343, S. van den Kerkhof & P.L.C. Belzer, ‘Verslag 35^e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging’, *WFR* 2013/667, p. 4 en A.M.A. de Beer, ‘BOR-SW en firmaperikelen’, *TB* 2016/2, p. 24.

²⁹⁴ A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 9.

²⁹⁵ A.M.A. de Beer, ‘BOR-SW en firmaperikelen’, *TB* 2016/2, p. 24-25 en A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 8-9.

²⁹⁶ Heithuis in S. van den Kerkhof & P.L.C. Belzer, ‘Verslag 35^e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging’, *WFR* 2013/667, p. 4.

Deze voortzettingseis is bovendien niet afgestemd op art. 35c SW.²⁹⁷ Dat de verkrijger beherend moet zijn wordt namelijk als ingangsvoorwaarde gesteld bij een verkrijging van een medegerechtigdheid (par. 3.3). Daarnaast kwalificeert een ondernemersaandeel van een beherend vennoot voor toepassing van de faciliteiten. Ook de verkrijging van bijvoorbeeld een eenmanszaak kwalificeert op grond van art. 35c SW. Mijn conclusie is dat een overgang van een medegerechtigdheid naar een IB-onderneming geen intrekkinggrond moet zijn, omdat in een dergelijk geval nog steeds gesproken kan worden van een reële bedrijfsopvolging. Er is dan alleen maar méér sprake van voortgezet ondernemerschap en *betrokkenheid* bij de onderneming. Bovendien is intrekking van de faciliteiten in een dergelijk geval, gezien de liquiditeits- en continuïteitsgedachte, niet doeltreffend omdat niets wordt gerealiseerd.

4.3.2 Aangaan samenwerkingsverbanden

Dat de faciliteiten worden ingetrokken als de verkrijger van een IB-onderneming medegerechtigde wordt in een personenvennootschap, acht ik doeltreffend.²⁹⁸ Immers ontbreekt dan de *betrokkenheid* bij de onderneming als ondernemer en daarnaast kwalificeert een dergelijke medegerechtigdheid (in beginsel) niet als ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW. De voortzettingseis ten aanzien van samenwerkingsverbanden heeft echter ook tot gevolg dat een inbreng van de onderneming in een personenvennootschap, waarbij de verkrijger bijvoorbeeld beherend vennoot wordt en ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB, in beginsel leidt tot (gedeeltelijke) intrekking van de faciliteiten.²⁹⁹ De enige uitzondering hierop is besproken in par. 3.5.1.2. Deze invulling van de voortzettingseis is opmerkelijk, omdat de staatssecretaris in het verleden het standpunt heeft ingenomen dat het onterecht is om de faciliteiten in te trekken in gevallen waarin een samenwerkingsverband wordt aangegaan en een voorbehoud van stille reserves wordt gemaakt.³⁰⁰ In de literatuur wordt gesteld dat deze voortzettingseis het aangaan van samenwerkingsverbanden binnen de voortzettingsperiode belemmert.³⁰¹ In de literatuur wordt door Hoogwout betoogd dat het mogelijk moet zijn om een samenwerkingsverband aan te gaan.³⁰² Ook Jansen en Roelen stellen dat dit mogelijk moet zijn, omdat dergelijke economisch gewenste structuren – die in overeenstemming zijn met de normale ontwikkeling binnen een onderneming – niet als misbruik bestempeld kunnen worden.³⁰³

Naar mijn oordeel is het geen doeltreffend uitgangspunt dat het aangaan van een samenwerkingsverband leidt tot intrekking van de faciliteiten. Met het aangaan van een samenwerkingsverband wordt immers juist beoogd de continuïteit van de onderneming te

²⁹⁷ In gelijke zin stelt De Beer dat vermoedelijk sprake is van een vergissing van de wetgever, welke naar hij aanneemt niet aan de verkrijger zal worden tegengeworpen. A.M.A. de Beer, 'BOR-SW en firmaperikelen', *TB* 2016/2, p. 24-25.

²⁹⁸ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 343.

²⁹⁹ A.M.A. de Beer, 'BOR-SW en firmaperikelen', *TB* 2016/2, p. 27.

³⁰⁰ Besluit staatssecretaris van Financiën van 27 april 2004, nr. DGB 2004/1164M, vraag en antwoord C5, *V-N* 2004/24.22. De faciliteit was overigens destijds nog opgenomen in de IW.

³⁰¹ T.C. Hoogwout, 'Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FTV* 2011/5-23, p. 7, N.C.G. Gubbels, 'Besluit bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WPNR* 2004/6580, p. 427-428 en A.W.M. Roelen, 'De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking', *MBB* 2007/03-03, p. 9. Daarnaast komt naar voren dat in de praktijk vooral kritiek bestaat op de voortzettingseis dat geen samenwerkingsverband kan worden aangegaan binnen de voortzettingstermijn. W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009, p. 11.

³⁰² T.C. Hoogwout, 'Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FTV* 2011/5-23, p. 7.

³⁰³ J.J.M. Jansen, 'Voortzettingseisen bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WFR* 2005/229, p. 9 en A.W.M. Roelen, 'De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking', *MBB* 2007/03-03, p. 9.

waarborgen.³⁰⁴ Als bijvoorbeeld de verkrijger van een eenmanszaak een samenwerkingsverband aangaat met een concurrent, waarbij beiden een vergelijkbare onderneming inbrengen en een gelijke winstverdeling wordt overeengekomen, lijkt mij dat volstrekt in overeenstemming met de doelstellingen. Het belang van de verkrijger ondergaat in een dergelijk geval geen wijziging.³⁰⁵ Er treedt weliswaar een ondernemer toe, maar de onderneming verdubbelt ook in omvang.³⁰⁶ Toch worden de faciliteiten in de besproken situatie ingetrokken, omdat de onderneming voor de Wet IB wordt gestaakt voor 50%.³⁰⁷ Dit past niet bij de liquiditeits- en continuïteitsdoelstelling.³⁰⁸ De verkrijger zal in een dergelijk geval namelijk alsnog liquiditeiten moeten onttrekken aan de onderneming om de schenk- of erfbelasting te betalen. Daarnaast blijft sprake van een reële bedrijfsopvolging. De verkrijger blijft *betrokken* bij de materiële onderneming, ingeval hij ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB. Ik sluit mij zodoende aan bij Hoogwout dat het mogelijk moet zijn een samenwerkingsverband aan te gaan, voor zover de verkrijger geen vergoeding ontvangt, een met de ingebrachte onderneming corresponderend winstrecht verkrijgt in het samenwerkingsverband én ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB.³⁰⁹

4.4 Toetsing voortzettingsvereisten AB-aandelen

4.4.1 Eisen aan de verkrijger

In hoofdstuk 3 heb ik geconcludeerd dat voor het criterium ‘vervreemden van aandelen’, het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB het uitgangspunt is. Bovenal mag geen omzetting plaatsvinden in preferente aandelen en mag de winstgerechtigdheid niet afnemen.³¹⁰

- *Vervreemdingsverbod*

Een vervreemdingsverbod acht ik in beginsel doeltreffend, aangezien dit bij een verkrijging van AB-aandelen naar mijn oordeel inhoudt dat de oorspronkelijke verkrijger moet voortzetten. Het is logisch hiervoor aan te sluiten bij het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB, maar dit begrip is ruim.³¹¹ Een zakelijk ingegeven herstructurering kan namelijk een vervreemding voor de Wet IB inhouden. Zoals besproken in par. 3.5.2.1 zijn hiervoor uitzonderingen opgenomen in de Uitv.reg. S&E. Bij deze uitzonderingen voor reorganisatie is de voorwaarde dat de verkrijger (indirect) enig aandeelhouder moet worden. Naar mijn mening komt in de literatuur terecht naar voren dat deze eis niet passend is.³¹² De eis heeft namelijk tot gevolg dat er na de reorganisatie geen nieuwe aandeelhouders kunnen toetreden. Hierdoor kan bovendien een onevenwichtige situatie ontstaan met de houder van een direct

³⁰⁴ In gelijke zin T.C. Hoogwout, ‘Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet’, *FTV* 2011/5-23, p. 7, N.C.G. Gubbels, ‘Besluit bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, *WPNR* 2004/6580, p. 427-428 en A.W.M. Roelen, ‘De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking’, *MBB* 2007/03-03, p. 9.

³⁰⁵ Dit voorbeeld is ontleend aan A.M.A. de Beer, ‘BOR-SW en firmaperikelen’, *TB* 2016/2, p. 24.

³⁰⁶ In gelijke zin A.M.A. de Beer, ‘BOR-SW en firmaperikelen’, *TB* 2016/2, p. 24.

³⁰⁷ Voor de Wet IB staakt de verkrijger zijn onderneming voor 50%, omdat de toetreders voor dat deel een economisch belang in zijn onderneming verkrijgt. A.M.A. de Beer, ‘BOR-SW en firmaperikelen’, *TB* 2016/2, p. 24.

³⁰⁸ In gelijke zin T.C. Hoogwout, ‘Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet’, *FTV* 2011/5-23, p. 7.

³⁰⁹ T.C. Hoogwout, ‘Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet’, *FTV* 2011/5-23, p. 7.

³¹⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

³¹¹ In gelijke zin A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9.

³¹² P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 177 en de redactie van V-N in haar aantekening bij het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, opgenomen in *V-N* 2013/8.17, p. 12.

belang. Bij een direct gehouden belang is het namelijk – gelet op de aansluiting met de Wet IB – wel mogelijk om derden toe te laten treden, mits geen sprake is van een gebeurtenis als bedoeld in art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 1 en 2, SW. Uit de jurisprudentie volgt dat dit mogelijk is in het geval de vennootschap nieuwe aandelen emitteert aan nieuwe aandeelhouders tegen de werkelijke waarde, waarbij door de nieuwe aandeelhouder(s) agio wordt gestort (agio-emissie).³¹³ Dit acht ik ook doeltreffend, omdat op deze wijze de *omvang* van het ondernemingsvermogen als uitgangspunt wordt genomen. Het aandelenbelang van de verkrijger daalt als gevolg van de emissie weliswaar procentueel, maar door de emissie tegen werkelijke waarde met agiostorting blijft de omvang van de aandelen alsmede de gerechtigdheid op peil. Voor zover er geen aandeelhoudersrechten verschuiven behoudt de verkrijger naar mijn mening dezelfde betrokkenheid bij de onderneming als de erflater/schenker. Daarbij komt het de continuïteit van de onderneming juist ten goede als het mogelijk is om via derden eigen vermogen in te brengen.

Een ander (evident) gevolg van de enig aandeelhouderseis is dat de uitzonderingen voor reorganisaties niet kunnen worden toegepast in het geval meerdere verkrijgers de onderneming voortzetten. Omdat dit nadelig kan uitwerken, heeft de staatssecretaris in het besluit van 17 januari 2013 voor twee situaties een uitzondering opgenomen op de enig aandeelhouderseis, zoals besproken in par. 3.5.2. In de literatuur wordt door zowel Govers-de Louw en Jansen als de redactie van V-N opgemerkt dat de goedkeuring een beperkende werking heeft.³¹⁴ Er wordt opgemerkt dat zich in de praktijk diverse situaties kunnen voordoen, waarin niet aan alle voorwaarden wordt voldaan, maar waarin uiteindelijk hetzelfde eindresultaat wordt bereikt.

Mijn conclusie is dat de enig aandeelhouderseis niet doeltreffend is. De twee uitzonderingen op de enig aandeelhouderseis als genoemd in het besluit van 17 januari 2013 zijn in beginsel een zeer werkzame toevoeging, maar deze hebben een te beperkte werking omdat alleen specifieke gevallen gebruik kunnen maken van de goedkeuring.³¹⁵ Naar mijn mening moet het voldoende zijn als alle aandeelhouders per saldo hun deel hebben ingebracht tegen uitreiking van aandelen. Als geen contanten worden ontvangen, kan de schenk- en erfbelasting de continuïteit van de onderneming in gedrang brengen. Daarnaast wordt de hiervoor besproken onevenwichtige situatie met een direct gehouden belang niet opgelost door de goedkeuring in het besluit. Ik merk hierbij nog op dat het niet doeltreffend is dat in de Uitv.reg. S&E een bepaling ontbreekt die art. 35c, vijfde lid, SW, voor de resterende voortzettingstermijn overeenkomstig van toepassing verklaart op de nieuwe situatie. Een dergelijke bepaling is van belang in situaties waarin de verkrijger bijvoorbeeld met toepassing van de Uitv.reg. S&E een holdingvennootschap heeft opgericht, omdat de toerekeningsregeling dan niet kan worden toegepast.³¹⁶

³¹³ HR 7 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AY4399. Zie ook A.M.A. de Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', *WFR* 2009/1303, p. 9 en A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOF-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319, p. 9.

³¹⁴ N.M.P. Govers- de Louw & J.H.J. Jansen, 'Nieuw besluit bedrijfsopvolgingsregeling: het blijft lastig om klare wijn te schenken (II, slot)', *WPNR* 2013/6981, p. 530-531 en de redactie van V-N in haar aantekening bij het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, opgenomen in *V-N* 2013/8.17, p. 13. Bijvoorbeeld de voorwaarde dat de verkrijgers op hetzelfde moment de aandelen moeten hebben verkregen en de voorwaarde dat de verkrijgers tezamen een nieuwe BV moeten oprichten, zouden in de praktijk tot problemen leiden.

³¹⁵ In gelijke zin N.M.P. Govers- de Louw & J.H.J. Jansen, 'Nieuw besluit bedrijfsopvolgingsregeling: het blijft lastig om klare wijn te schenken (II, slot)', *WPNR* 2013/6981, p. 530-531 en de redactie van V-N in haar aantekening bij het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, opgenomen in *V-N* 2013/8.17, p. 13.

³¹⁶ De Beer stelt namelijk naar mijn mening terecht dat de consolidatieregeling niet meer kan worden toegepast, omdat de holdingvennootschap geen onderneming drijft en de nieuw opgerichte BV geen deel heeft uitgemaakt van de consolidatiegroep. Tot de consolidatiegroep behoren immers vennootschappen waarin de erflater/schenker ten tijde van de

- *Wijzigen winstgerechtigdheid*

De achterliggende gedachte van de wetgever om geen omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen toe te staan is, dat de verkrijger de positie van de erflater/schenker niet daadwerkelijk *als ondernemer* voortzet.³¹⁷ Deze eis volgt in principe logisch uit de doelstelling, aangezien de wetgever houders van preferente aandelen beschouwt als kapitaalverschaffers en niet als ondernemers.³¹⁸ Op basis van die benadering is er geen sprake van een reële bedrijfsopvolging.³¹⁹ In de literatuur klinken geluiden dat deze voortzettingseis de mogelijkheden van de verkrijger beperkt om binnen de voortzettingstermijn een bedrijfsopvolging in te zetten.³²⁰ Door deze voortzettingseis wordt het bijvoorbeeld onmogelijk gemaakt om gewone aandelen te laten vererven naar alle kinderen en vervolgens binnen vijf jaar de aandelen van de niet-bedrijfsopvolgers om te vormen in preferente aandelen voor in ieder geval de voortzettingsperiode van vijf jaar.³²¹ De redactie van V-N stelt dat dit in de praktijk betekent dat de erflater/schenker eerder de keus moet maken om alle aandelen toe te delen aan de bedrijfsopvolger.³²²

Als bovenstaande de gang van zaken was in de praktijk deel ik de mening van de redactie van V-N dat de eis een beperking oplevert. Uitgaande van het voorbeeld van de redactie van V-N is door de voortzettingseis evenwel meer sprake van een reële bedrijfsopvolger, omdat de aandelen eerder toekomen aan de ‘echte’ bedrijfsopvolger(s). Evengoed wordt de verkrijger beperkt om binnen de voortzettingstermijn een bedrijfsopvolging in te zetten.³²³ Als de wetgever houders van preferente aandelen echter niet ziet als ondernemers, ben ik van mening dat het doeltreffend is een dergelijke eis te stellen. Wel ben ik het met De Beer eens dat er geen sprake moet zijn van een verboden handeling indien geen wijzing optreedt in de winstgerechtigdheid van de verkrijger.³²⁴ In par. 3.5.2.1 heb ik besproken dat voor *de Wet IB* een benadering vanuit de aandeelhouder wordt toegepast op dit punt, wat inhoudt dat geen vervreemding wordt aangenomen als één persoon alle aandelen bezit. Deze benadering zou ook voor de voortzettingsvereisten moeten gelden, zodat de faciliteiten niet worden

verkrijging een indirect AB had. De Beer merkt op dat een onderneming die de holdingvennootschap niet drijft, zij ook niet kan staken. Door art. 35c, vijfde lid, SW overeenkomstig van toepassing te verklaren, kan dit manco volgens De Beer worden opgelost. A.M.A. de Beer, ‘consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2015/1353, p. 6.

³¹⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46. Tigelaar-Klootwijk vindt het overigens opmerkelijk dat winstbewijzen die recht geven op ten minste 5% van de jaarwinst wel kwalificeren voor de faciliteiten, terwijl vervolgens ten aanzien van andere vermogensbestanddelen wordt geëist dat het recht op toekomstige waardeontwikkelingen niet mag worden beperkt. Volgens Tigelaar-Klootwijk is dit een vergissing van de wetgever. Aangezien deze discussie ziet op de ingangsvoorwaarden van de BOF, wordt hier in dit onderzoek geen aandacht aan besteed. Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 344.

³¹⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97. In de literatuur bestaat de nodige discussie over de vraag of het onderscheid tussen preferente aandelen en gewone aandelen voor de toepassing van de BOF is gerechtvaardigd. Met betrekking tot deze discussie volsta ik met een verwijzing naar I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie’, *WFR* 2009/1231, p. 3, S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?’ *WPNR* 2090/6802, p. 515 en A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2010/1242, p. 6-7.

³¹⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46.

³²⁰ A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling bij aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9 en Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 46.

³²¹ Dit voorbeeld is aangehaald door de redactie van V-N in Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 46.

³²² Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 46.

³²³ A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling bij aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9 en R.L.M.C. Janssen, ‘Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, *TB* 2013/1, p. 23.

³²⁴ A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling bij aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9 en A.M.A. de Beer, ‘Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2015/1353, p. 7. Zie ook ScholsBurgerhartSchols, ‘Successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Voortzettingseis bezien vanuit aandelen of aandeelhouder?’, *Estate Tip* 2013-11, p. 1-3.

ingetrokken in situaties waarin de aandeelhouder na de omzetting het volledige belang bij de vennootschap behoudt. Er kan dan moeilijk worden betoogd dat de verkrijger niet hetzelfde belang als ‘ondernemer’ meer heeft, aangezien vanuit *de aandeelhouder* gezien geen wijziging optreedt in diens winstgerechtigdheid.

Verder acht ik de extra eis dat ook de gewone aandelen niet mogen worden vervreemd, als art. 35c, vierde lid, SW in ogenschouw wordt genomen, doeltreffend.³²⁵ Met betrekking tot het intrekken van de faciliteiten als niet aan deze voortzettingseis wordt voldaan, pleit ik wel voor een aanpassing. Ik ben het namelijk met de redactie van V-N eens dat het zowel redelijk als effectief is om de intrekking te baseren op de waarde van de aandelen en niet op het aantal vervreemde gewone aandelen ten opzichte van het totale aantal gewone aandelen.³²⁶

4.4.2 Eisen aan het lichaam

Net als voor de voortzettingseis aan de verkrijger van een IB-onderneming geldt voor de voortzettingseis aan het lichaam dat een ruimere invulling van het criterium ‘oorspronkelijke onderneming’ doeltreffend is. Er moet in elk geval geen sprake zijn van een staking voor de voortzettingsvereisten als de onderneming haar economische identiteit heeft behouden. Dan is immers ook geen sprake van een staking voor de Wet IB. Aangezien de verkrijger dan nog steeds weinig ruimte heeft voor bedrijfswijzigingen, heb ik er in par. 4.3.1 voor gepleit dat de faciliteiten slechts moeten worden ingetrokken als het vermogen niet meer tot de ondernemings sfeer in de zin van de BOF kan worden gerekend.³²⁷ Aan het genoemde voeg ik toe dat het niet doeltreffend is dat een gelijkkluidende bepaling in de wet als bij de voortzettingseis ten aanzien van de IB-onderneming ontbreekt, namelijk de bepaling dat het lichaam geen winst mag gaan genieten in de zin van art. 3.3 Wet IB.³²⁸

³²⁵ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 345.

³²⁶ Een voorbeeld kan dit toelichten: stel 5% van de gewone aandelen worden vervreemd, terwijl de waarde van het aandeel slechts 0,00002% van het totaal is, dan zou 0,00002% van de faciliteiten moeten worden ingetrokken in plaats van 5%. In gelijke zin Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, *V-N* 2009/50.3, p. 11 en Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 345 (voetnoot 224).

³²⁷ In gelijke zin S.A. Stevens, ‘Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit’, *WFR* 2008/339, p. 10 en N.M.P. Govers-de Louw & M.M.J. Schuurman-van Nifterik, ‘Besluit bedrijfsopvolgingsregeling: oude wijn in nieuwe zakken?’ *WPNR* 2011/6906, p. 930.

³²⁸ De Beer vermoedt dat sprake is van een omissie. A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 9 en A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9.

4.4.3 Holdingstructuren

Bij een verkrijging van een holdingvennootschap waarop de BOF is toegepast, is het zoals in par. 3.5.2.3 naar voren is gekomen, van belang dat de toerekeningsregeling van toepassing blijft omdat de holding anders haar onderneming staakt voor zover deze regeling niet meer toepasbaar is. In de literatuur komt naar mijn mening terecht naar voren dat door de staatssecretaris een te strenge maatstaf wordt gehanteerd door te stellen dat bij een verkoop van een deelneming ‘altijd’ sprake is van een staking en het niet uitmaakt of er sprake is van een vervangingsvoornemen of een herinvestering.³²⁹ Mijn conclusie is dat net als door de rechter (par. 4.3.1) ook door de staatssecretaris in de uitvoering niet op een zuivere wijze wordt aangesloten bij het stakingsbegrip uit de Wet IB.³³⁰ Uit de jurisprudentie kan namelijk worden geconcludeerd dat het voor de Wet IB nog maar de vraag is of in een dergelijk geval sprake is van een (gedeeltelijke) staking (par. 3.5.1.1). Aangezien op dit punt dezelfde parallel met de Wet IB wordt getrokken als bij de IB-onderneming roept dit bij mij bovendien de vraag op of deze opvatting van de staatssecretaris ook voor de IB-onderneming geldt. In lijn met mijn neergelegde zienswijze in par. 4.3.1 stel ik voor dat geen staking moet worden aangenomen zolang de verkoopopbrengst van de deelneming wordt geherinvesteerd in ondernemingsvermogen in de zin van de BOF.

4.4.4 Ter beschikking gestelde onroerende zaken

De voortzettingseis aan de verkrijger van een ter beschikking gestelde onroerende zaak beoordeel ik als doeltreffend als ik art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW in ogenschouw neem.³³¹ De wetgever is ingevolge dit artikel namelijk van mening dat alleen in het geval de onroerende zaak ter beschikking wordt gesteld aan de vennootschap en dienstbaar is aan de onderneming, sprake is van ondernemingsvermogen. In de literatuur wordt daarentegen door De Beer opgemerkt dat voor ter beschikking gestelde onroerende zaken ten onrechte een voortzettingseis geldt.³³² De uitzondering voor een verkoop en aanschaf van een nieuw pand, ziet De Beer als een beperkte tegemoetkoming.³³³ De Beer merkt namelijk op dat de wetgever op dit punt een onderscheid maakt tussen ter beschikking gesteld vermogen en ondernemingsvermogen in een vennootschap. Als het pand immers tot het vermogen van de vennootschap behoort, heeft een vervreemding geen gevolgen voor de faciliteiten,

³²⁹ S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 11, S.A. Stevens, ‘Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit’, *WFR* 2008/339, p. 9, N.M.P. Govers-de Louw & J.H.J. Jansen, ‘Nieuw besluit bedrijfsopvolgingsregeling: het blijft lastig om klare wijn te schenken (II, slot)’, *WPNR* 2013/6981, p. 529, N.M.P. Govers-de Louw & M.M.J. Schuurman-van Nifterik, ‘Besluit bedrijfsopvolgingsregeling: oude wijn in nieuwe zakken?’ *WPNR* 2011/6906, p. 930, A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOF-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 8 en A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 9.

³³⁰ In gelijke zin A.M.A. de Beer, ‘Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregeling’, *WFR* 2015/1353, p. 6.

³³¹ Ook Tigelaar-Klootwijk kan instemmen met de voortzettingseis ten aanzien van ter beschikking gestelde onroerende zaken. Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 345.

³³² A.M.A. de Beer, ‘Schenken en vererven van ter beschikking gesteld vermogen’, *Estate Planner Digitaal* 2011/01, p. 8, A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOF-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 4-5 en A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 10.

³³³ Overigens merkt De Beer naar mijn mening terecht op dat gemakkelijk kan worden ingespeeld op de voortzettingseis, namelijk door de onroerende zaak met toepassing van art. 10, eerste lid, onderdeel f, Uitv.reg. S&E in te brengen in een vennootschap waarvan de inbrenger enig aandeelhouder is. A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOF-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 10.

mits er geen sprake is van een (gedeeltelijke) staking. Hoewel ik mij kan vinden in deze opvatting van De Beer, vormt dit voor mij geen reden om maar geen voortzettingsvereisten ten aanzien van ter beschikking gestelde onroerende zaken te stellen.

Bovendien wordt naar mijn oordeel juist een ‘nieuw onderscheid’ gecreëerd tussen ter beschikking gesteld vermogen en ondernemingsvermogen in de vennootschap, als – zoals De Beer voorstelt – géén voortzettingsvereisten meer bij ter beschikking gestelde onroerende zaken zouden gelden. Het vervreemden van een ter beschikking gestelde onroerende zaak vormt dan geen intrekkingsgrond meer, terwijl een vervreemding van een pand dat tot het vermogen van de vennootschap behoort wel een staking kan inhouden. Als een pand dat tot het vermogen van de vennootschap behoort namelijk als ‘zelfstandig onderdeel van de onderneming’ kan worden aangemerkt, kan een vervreemding van dat pand (wel) leiden tot een (gedeeltelijke) staking van de onderneming.

Gelet op de liquiditeits- en continuïteitsdoelstelling is het genoemde ‘huidige onderscheid’ naar mijn mening doeltreffend. Dit onderscheid is in elk geval doeltreffender dan dat het geschetste ‘nieuwe onderscheid’ zou zijn. Daarbij behoren ter beschikking gestelde onroerende zaken tot een zelfstandige categorie van ondernemingsvermogen. Gelet op deze categorisering stel ik dat het doeltreffend is om aan de verkrijger van ter beschikking gestelde onroerende zaken ‘zelfstandig’ voortzettingseisen te stellen en deze naar hun aard als het ware als ‘zelfstandig onderdeel van de onderneming’ te beschouwen.³³⁴ De onderneming wordt vanuit dit perspectief niet afdoende voortgezet als de terbeschikkingstelling eindigt. Er worden liquiditeiten gerealiseerd en het gefaciliteerde ondernemingsvermogen wordt niet gecontinueerd. In het geval een pand wordt vervreemd dat tot het vermogen van de vennootschap behoort, wordt de onderneming naar mijn mening wel afdoende voortgezet voor zover geen sprake is van een staking (par. 4.4.2). Bovendien zou het schrappen van de voortzettingsvereisten bij ter beschikking gestelde onroerende zaken misbruik in de hand kunnen werken, wat afbreuk doet aan de effectiviteit van de voortzettingsvereisten.

Wel ben ik van mening dat de uitzondering, die ziet op het vervreemden van de ter beschikking gestelde onroerende zaak, niet dynamisch genoeg is. Er mag namelijk uitsluitend worden geherinvesteerd in een andere onroerende zaak. Op basis van de huidige uitzondering kan de verkoopopbrengst van een pand bijvoorbeeld niet worden geherinvesteerd in ander kwalificerend ondernemingsvermogen voor de BOF. Zodoende is vanwege de samenhang met de eerder in dit hoofdstuk besproken voortzettingsvereisten, die worden aangelegd bij de oorspronkelijke door de erflater/schenker gedreven onderneming, een aanpassing wenselijk.³³⁵ Daarnaast ben ik van mening dat het niet moet uitmaken of het geherinvesteerde ‘nieuwe pand’ al dan niet reeds in bezit is van de verkrijger.³³⁶ Indien de verkrijger beschikt over een deugdelijk bedrijfspand, moet het mogelijk zijn daarin te herinvesteren en het pand vervolgens te verhuren aan de vennootschap. De verkrijger heeft dan wel middelen ontvangen, maar hiertegen kan worden ingebracht dat daarvoor ondernemingsvermogen is ingebracht en uiteindelijk eenzelfde omvang aan ondernemingsvermogen wordt voortgezet.

³³⁴ Hierbij kan worden verwezen naar de conclusie die Hoogeveen uit de jurisprudentie trekt dat sprake is van een gedeeltelijke staking in de situatie dat het overgedragen ondernemingsgedeelte naar zijn aard een zelfstandig deel van een onderneming vormt. M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004, p. 24.

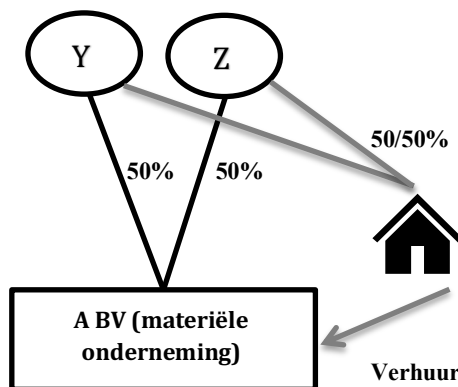
³³⁵ Overigens vormt de verkoopopbrengst in beginsel privévermogen, aangezien een vervreemding van de ter beschikking gestelde onroerende zaak vanuit het privévermogen plaatsvindt. Het is echter wel mogelijk om dit vermogen te (her)investeren in de onderneming, zodat het vermogen gaat kwalificeren als ondernemingsvermogen.

³³⁶ Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

De uitzondering voor de inbreng van de ter beschikking gestelde onroerende zaak in een BV/NV acht ik in beginsel doeltreffend. De onroerende zaak blijft dan immers dienstbaar aan de onderneming, omdat deze (in de regel) als ondernemingsvermogen blijft kwalificeren. Ook bij deze uitzondering geldt echter een enig aandeelhouderseis, die ineffectief kan uitwerken bij een verkrijging met meerdere verkrijgers en bij een toetreding van derden tot de vennootschap. Ter illustratie een voorbeeld:

Voorbeeld 7

De heer X bezit 100% van de aandelen in A BV. De heer X bezit tevens een pand dat hij aan A BV verhuurt. Zowel de aandelen als het pand vererven (ieder 50%) naar de dochter (Y) en de zoon (Z). Na de verdeling laat de situatie zich als volgt zien:



Stel dat aandeelhouders Y & Z het pand willen inbrengen in A BV, dan beperkt de enig aandeelhouderseis dit omdat zowel aandeelhouder Y als Z niet enig aandeelhouder zijn van A BV. Een dergelijk probleem doet zich bijvoorbeeld ook voor in het geval dochter Y als enige erfgenaam aandelen in A BV zou hebben geërfd, er vervolgens een derde toetreedt tot de vennootschap – door middel van een agio-emissie – en dochter Y de ter beschikking gestelde onroerende zaak vervolgens inbrengt in A BV.

4.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: ‘Zijn de voortzettingsvereisten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW afdoende doeltreffend?’. Om tot een antwoord op deze vraag te komen, heb ik de voortzettingsvereisten getoetst aan de kwaliteitseis van doeltreffendheid. Het doel van de wetgever om uitsluitend bij reële bedrijfsopvolgingen liquiditeitsproblemen te voorkomen, zodat de continuïteit van de onderneming wordt gewaarborgd, is het doel waaraan is getoetst. De conclusie is dat de voortzettingsvereisten in samenhang gezien niet afdoende doeltreffend zijn. Het stellen van een voortzettingstermijn alsook inhoudelijke vereisten aan de verkrijger is essentieel en effectief, maar de invulling ervan is niet afdoende doeltreffend. In essentie is de conclusie dat het niet doeltreffend is dat zich door de huidige invulling van de voortzettingsvereisten situaties kunnen voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken, terwijl de verkrijger op een gelijkwaardig niveau het verkregen ondernemingsvermogen in de zin van de BOF blijft voortzetten, ondernemer in de zin van de BOF blijft en ter zake van de verkregen onderneming geen liquiditeiten realiseert. Daarnaast is een voortzettingstermijn van vijf jaar gezien de doelstellingen niet optimaal bevonden.

Als overigens wordt gekeken naar de subdoelstelling om werkgelegenheid te waarborgen, valt op dat aan de voortzetter geen eisen worden gesteld over het behoud van het aantal werknemers. De wetgever heeft bewust afgezien van het stellen van een dergelijke eis.³³⁷ Volgens de wetgever zou dat een rem kunnen zetten op de innovatie, terwijl bij een algemene economische stagnatie het betalen van schenk- of erfbelasting de continuïteit van de onderneming nog sterker zal bedreigen dan in economisch betere tijden. Ook mij lijkt een werknemerseis niet doeltreffend.³³⁸ Een uitzondering voor gevallen van een faillissement of voor gevallen van het arbeidsongeschikt worden van de verkrijger zouden naar mijn mening wel effectieve aanvullingen vormen op de voortzettingsvereisten.³³⁹ Deze situaties kunnen namelijk aangemerkt worden als situaties van ‘overmacht’, waarin de overnemer als reële bedrijfsopvolger kan worden beschouwd.³⁴⁰

Hierna worden mijn bevindingen schematisch weergegeven. Elke wettelijke voortzettingseis heb ik van een oordeel inzake de doeltreffendheid voorzien. In de middelste kolom licht ik dit oordeel kort toe. De voortzettingsvereisten en uitzonderingen die ik niet (expliciet) heb besproken, acht ik afdoende doeltreffend en daarvoor volsta ik met een korte toelichting in het schema. Om tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen, worden in par. 6.4 aanbevelingen gedaan.

³³⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 3-4.

³³⁸ Hoogeveen stelt naar mijn mening terecht dat de vrijstelling altijd ziet op het behoud van werkgelegenheid en dat daarvoor het hebben van werknemers geen vereiste is. Hoogeveen merkt bijvoorbeeld op dat ook eenmanszaken zonder personeel bijdragen aan werkgelegenheid, door middel van zogenoemd ‘self-employment’. M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 444 en Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 9 (voetnoot 45).

³³⁹ Dit vormt ook de heersende opvatting in de literatuur. P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 174, N.M.P. Govers- de Louw & J.H.J. Jansen, ‘Nieuw besluit bedrijfsopvolgingsregeling: het blijft lastig om klare wijn te schenken (II, slot)’, *WPNR* 2013/6981, p. 530, A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregelingen voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 10, A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 8 en J.J.M. Jansen, ‘Voortzettingsvereisten bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, *WFR* 2005/229, p. 9.

³⁴⁰ In geval van arbeidsongeschiktheid moet het naar mijn mening mogelijk zijn dat de verkrijger de onderneming kan overdragen aan iemand die deze efficiënter kan voortzetten. Daarnaast onderschrijf ik de mening van De Beer dat het beëindigen van een verlieslijdende onderneming een zakelijke ondernemingsbeslissing is die niet zou moeten leiden tot intrekking van de faciliteiten. A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregelingen voor aanmerkelijkbelangaandelen’, *WFR* 2009/1303, p. 10.

Schema 3: oordeel doeltreffendheid voortzettingsvereisten SW

Hoofdregels SW	Toelichting	Doeltreffend?
Art. 35e ‘aanhel’	De huidige voortzettingstermijn van vijf jaar zorgt er niet afdoende voor dat de faciliteiten uitsluitend in reële gevallen worden verstrekt.	Nee
Art. 35e lid 1a	Het is niet doeltreffend dat zich situaties kunnen voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken terwijl de oorspronkelijke verkrijger op een gelijkwaardig niveau het verkregen ondernemingsvermogen voortzet in de zin van de BOF; ondernemer blijft in de zin van de BOF en ter zake van de verkregen onderneming geen liquiditeiten realiseert.	Nee
Art. 35e lid 1b	Het is niet doeltreffend dat de faciliteiten worden ingetrokken in gevallen van een overgang van een medegerechtigdheid naar een IB-onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB, waarbij de oorspronkelijke verkrijger de onderneming voortzet in de zin van art. 3.4 Wet IB.	Nee
Art. 35e lid 1c 1°	Aansluiten bij het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB is in beginsel doeltreffend. Dat sprake kan zijn van een onwelgevallige vervreemding bij een reorganisatie wordt (niet afdoende) ondervangen in de Uitv.reg. S&E.	Ja
Art. 35e lid 1c 2°	Gezien de kwalificatie die de wetgever aan preferente aandelen toekent in art. 35c lid 4 SW is het omzettingsverbod in beginsel doeltreffend. Het is echter niet doeltreffend dat een afname van winstgerechtigdheid wordt gezien vanuit de aandelen. De goedkeuring met betrekking tot het certificeren van aandelen acht ik doeltreffend en lijkt voldoende ondersteuning te bieden.	Neutraal
Art. 35e lid 1c 3°	Het is niet doeltreffend dat zich situaties kunnen voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken terwijl het verkregen ondernemingsvermogen op een gelijkwaardig niveau in de zin van de BOF wordt voortgezet en de vennootschap ter zake van de onder de BOF overgedragen onderneming geen liquiditeiten realiseert. Ook is het niet doeltreffend dat een bepaling ontbreekt dat het lichaam geen winst mag gaan genieten in de zin van art. 3.3 Wet IB.	Nee
Art. 35e lid 1d	De voortzettingseis is doeltreffend als art. 35c lid 1d SW in ogenschouw wordt genomen.	Ja
Art. 35e lid 2	Het is een doeltreffend uitgangspunt dat de voortzettingseis niet geldt voor het aandeel waartoe de verkrijger reeds gerechtigd was ten tijde van de verkrijging. De uitzondering is echter te beperkt omdat het niet doeltreffend is dat de faciliteiten worden ingetrokken in gevallen van een inbreng van de verkregen onderneming in een personenvennootschap, waarbij de verkrijger geen vergoeding ontvangt, de verkrijger een met de ingebrachte onderneming corresponderend winstrecht verkrijgt in het samenwerkingsverband en de verkrijger ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB.	Neutraal
Art. 35e lid 3	De fictieve vervreemdingen die worden genoemd, onderscheiden zich van deze die niet worden genoemd doordat de verkrijger bij de fictieve vervreemdingen die wel worden genoemd niet volledig gerechtigd blijft tot de verkregen aandelen of winstbewijzen. Dit is een doeltreffend uitgangspunt.	Ja
Art. 35e lid 4	Art. 35c lid 4 SW in ogenschouw nemend, is deze eis doeltreffend. Het is echter niet doeltreffend dat de intrekking wordt gebaseerd op het aantal vervreemde gewone aandelen ten opzichte van het totale aantal gewone aandelen.	Neutraal

Schema 4: oordeel doeltreffendheid voortzettingsvereisten Uitv.reg. S&E

Uitzonderingen Uitv.reg. S&E	Toelichting	Doeltreffend?
Art. 10 lid 1a	Deze versoepeling is doeltreffend, omdat deze ondersteunend werkt voor economisch gewenste structuren en slechts de rechtspositie van de verkrijger wijzigt. De eis dat de verkrijger de onderneming moet voortzetten, volgt logisch uit de doelstelling.	Ja
Art. 10 lid 1b	Deze versoepeling is doeltreffend, omdat deze ondersteunend werkt voor economisch gewenste structuren en omdat slechts de rechtspositie van de verkrijger wijzigt. De eis dat de verkrijger de onderneming moet voortzetten, volgt logisch uit de doelstelling.	Ja
Art. 10 lid 1c	Deze versoepeling is doeltreffend, omdat deze ziet op situaties van 'overmacht'. Het schorsen van de voortzettingstermijn tot een nieuwe onderneming is begonnen, acht ik doeltreffend.	Ja
Art. 10 lid 1d	De uitzondering is wenselijk gezien de doelstellingen, maar vanwege de enig aandeelhouderseis is deze voortzettingseis niet afdoende doeltreffend.	Neutraal
Art. 10 lid 1e	De uitzondering is wenselijk gezien de doelstellingen, maar vanwege de enig aandeelhouderseis is deze voortzettingseis niet afdoende doeltreffend.	Neutraal
Art. 10 lid 1f 1°	Deze uitzondering is wenselijk gezien de doelstellingen, maar het is niet doeltreffend dat de faciliteiten worden ingetrokken in gevallen waarin weliswaar niet wordt geherinvesteerd in een ter beschikking gestelde onroerende zaak, maar waarin wel wordt geherinvesteerd in ander ondernemingsvermogen in de zin van de BOF.	Neutraal
Art. 10 lid 1f 2°	Deze uitzondering is wenselijk gezien de doelstellingen, maar vanwege de enig aandeelhouderseis is deze voortzettingseis niet afdoende doeltreffend. Dat er geen schorsing van de termijn plaatsvindt, acht ik doeltreffend aangezien de onderneming in het lichaam wordt voortgezet.	Neutraal
Art. 10 lid 2	Deze versoepeling is doeltreffend, omdat deze ondersteunend werkt voor economisch gewenste structuren en omdat de verkrijger in een dergelijk geval de onderneming in economische zin nog steeds voortzet. De eis dat de onroerende zaak dienstbaar moet blijven aan de onderneming volgt logisch uit de doelstelling.	Ja
Art. 10 lid 3	Deze versoepeling is doeltreffend, omdat deze ondersteunend werkt voor economisch gewenste structuren en omdat de terbeschikkingstelling materieel gezien wordt voortgezet.	Ja
Art. 10 lid 4	Het is een doeltreffend uitgangspunt dat voor de resterende duur van de voortzettingstermijn, art. 35e SW volledig van toepassing wordt verklaard op de 'alsdan ontstane situatie'. Een knelpunt is echter dat geen bepaling is opgenomen die de toerekeningsregeling van art. 35c lid 5 SW van toepassing verklaart op een door de verkrijger binnen de voortzettingsperiode gecreëerde holdingstructuur.	Neutraal
Art. 10 lid 6	Deze regeling biedt een doeltreffende ondersteuning in gevallen van overlijden, waarbij het om gevallen van 'overmacht' gaat.	Ja
Art. 10 lid 7	Deze regeling biedt een doeltreffende ondersteuning in gevallen van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht, omdat deze de continuïteit van de onderneming bevordert en de verkrijger geen liquiditeiten realiseert.	Ja

Uitzonderingen Uitv.reg. S&E	Toelichting	Doeltreffend?
Art. 10 lid 8	Deze versoepeling is wenselijk gezien de doelstellingen, omdat in materiële zin geen wijziging optreedt en de verkrijger (waarschijnlijker) voortzetter blijft in de zin van de BOF. Verder worden geen bijzondere voorwaarden gesteld, waardoor aan de doeltreffendheid van de bepaling niet wordt getwijfeld.	Ja

5 Rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten

5.1 Inleiding

De Nederlandse wetgever wil voorkomen dat de schenk- en erfbelasting een liquiditeitsprobleem oplevert bij de overdracht van een onderneming. De faciliteiten die hiervoor in de SW zijn opgenomen, beogen zich te beperken tot reële bedrijfsopvolgingen. Hiertoe worden eisen gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de verkrijger. Ik heb onderzocht hoe in Nederland invulling wordt gegeven aan de voortzettingsvereisten en ik heb reeds geconcludeerd dat de voortzettingsvereisten niet afdoende doeltreffend zijn. Vlaanderen kent net als Nederland een schenk- en erfbelasting alsook een fiscale faciliteit in het kader van bedrijfsopvolging.³⁴¹ Deze Vlaamse faciliteit wordt de gunstregeling genoemd. Ook in Vlaanderen worden eisen gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de verkrijger. De kern van dit hoofdstuk is een vergelijking tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten met als doel om vanuit een breder perspectief na te denken over aanbevelingen voor de Nederlandse voortzettingsvereisten.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In par. 5.2 wordt ingegaan op de doelstellingen van de gunstregeling. Vervolgens wordt in par. 5.3 ingegaan op de beschikbare faciliteiten, de eisen aan de verkrijging en de erflater/schenker. In het bijzonder wordt in par. 5.3 ingegaan op de invulling van de voortzettingsvereisten in Vlaanderen. In par. 5.4 worden eerst de significante verschillen die bestaan tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten schematisch weergegeven. Vervolgens maak ik op basis van die verschillen een rechtsvergelijkende analyse. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (par. 5.5).

5.2 De doelstellingen van de gunstregeling in Vlaanderen

5.2.1 De geschiedenis en doelstellingen van de gunstregeling

De gunstregeling is ingevoerd in 1997. De hoofddoelstelling van de gunstregeling is gelegen in het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen om een duurzame tewerkstelling te realiseren.³⁴² Een subdoelstelling is het brengen van aandelen op vrijwillige basis in de officiële sfeer.³⁴³ Een tweede subdoelstelling is het voorkomen van nadelige economische effecten als gevolg van allerlei constructies met het oog op het vermijden van erfbelasting.³⁴⁴ Aangezien de gedachte was dat de ‘hoge’ erfbelasting de continuïteit van de onderneming in gevaar zou brengen, wilde de decreetgever de doelstellingen realiseren door middel van een verlaging van de tarieven voor de

³⁴¹ *Parl. St. Vl. Parl.* 2013/14, nr. 2201/1, p. 3-4.

³⁴² *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 7 en *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/17, p. 9. De decreetgever heeft aangegeven dat investeringen soms worden geremd en daarmee de tewerkstelling, omdat de betrokkenen vrezen het successierecht over de waarde van de onderneming te verhogen. Verwezen wordt naar de doelstellingen van het Vlaams werkgelegenheidsakkoord van 14 december 1995.

³⁴³ *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 7, *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/17, p. 8 en *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/8, p. 8. De decreetgever merkte op dat aandelen soms in anonimiteit worden gehouden, waarna aangifte wordt verzuimd. Het realiseren van deze doelstelling moet een gunstig effect hebben op de investeringen en de werkgelegenheid.

³⁴⁴ *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 8 en *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/17, p. 8. Door een drastische verlaging van de tarieven beoogt men fiscale constructies overbodig te maken.

erfbelasting.³⁴⁵ De regeling kende destijds een verlaagd tarief van 3% in geval van vererving van bedrijven. Het verlaagde tarief was enkel van toepassing voor familiale ondernemingen en vennootschappen. De decreetgever wenst namelijk de situatie te bevorderen waarbij een familie of familietak op een bepaalde manier betrokken is bij de onderneming.³⁴⁶ De decreetgever gaf aan dat het doel hiervan is gelegen in het bewerkstelligen dat de gunstregeling enkel wordt verstrekt indien sprake is van een zekere mate van betrokkenheid bij de onderneming en van een risiconiveau.³⁴⁷ Om de continuïteitsdoelstelling te realiseren moest vijf jaar lang aan de (inhoudelijke) voortzettingsvereisten worden voldaan.³⁴⁸ Ter behoud van werkgelegenheid werd bijvoorbeeld gedurende deze termijn een tewerkstellingsvereiste van vijf werknemers gesteld en moest het personeelsbestand gedurende vijf jaar op peil blijven.³⁴⁹ Vanwege de continuïteitsdoelstelling werd met ingang van 1 januari 2000 het tarief verlaagd van 3% naar 0%.³⁵⁰

Vanaf 1 januari 1999 worden ook schenkingen van bedrijven gefaciliteerd omdat ook de schenkbelasting de continuïteit van bedrijven in gevaar zou kunnen brengen.³⁵¹ Bij de invoering hiervan gold voor schenkingen een tarief van 3%, dat in 2003 is verminderd naar 2%.³⁵² Een belangrijke versoepeling van de voortzettingsvereisten in 2003 is dat de overdracht van een onderneming gedurende de voortzettingstermijn niet langer verboden is.³⁵³ Continuïteit is niet hetzelfde als immobiliteit, aldus de decreetgever.³⁵⁴ Als gevolg van de uitspraak van het HVJ EG van 25 oktober 2007 is de genoemde werknemerseis gewijzigd in een loonlastvoorwaarde.³⁵⁵

In 2012 heeft een aantal invloedrijke wijzigingen van de gunstregeling plaatsgevonden.³⁵⁶ De eerste belangrijke wijziging is de tariefsaanpassing. Vanaf 1 januari 2012 geldt in geval van schenking een vrijstelling en in geval van overlijden een verlaagd tarief van 3% of 7% (par. 5.3.1).³⁵⁷ De doelstelling van dit gunstiger beleid bij schenking ten opzichte van vererving, is het stimuleren van bedrijfsleiders

³⁴⁵ De term ‘erfbelasting’ is in Vlaanderen vanaf 1 januari 2015 de verzamelnaam voor het successierecht en het recht van overgang.

³⁴⁶ *Gedr. St. VI. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 8-9.

³⁴⁷ *Gedr. St. VI. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 9.

³⁴⁸ *Gedr. St. VI. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 10.

³⁴⁹ *Gedr. St. VI. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 10. Er gold een proportionele vermindering indien de tewerkstelling werd afgebouwd, omdat het volgens de decreetgever voor de continuïteit van de onderneming soms vereist is dat het personeelsbestand wordt aangepast aan de bedrijfseconomische realiteit.

³⁵⁰ Decreet van 22 december 1999, ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2000’, *BS* 30 december 1999.

³⁵¹ Art. 68 van de Wet van 22 december 1998, ‘houdende fiscale en andere bepalingen’, *BS* 15 januari 1999 en *Gedr. St. VI. Parl.* 1997/98, nr. 1608/1, p. 2. In Vlaanderen is de schenkbelasting de belasting die wordt geheven in geval van schenkingen van roerende of onroerende goederen.

³⁵² *Parl. St. VI. Parl.* 2002/03, nr. 1690/1, p. 23 en *Parl. St. VI. Parl.* 2002/03, nr. 1690/7, p. 8.

³⁵³ *Parl. St. VI. Parl.* 2002/03, nr. 1690/1, p. 23. De decreetgever vond het binnen de ratio van de regeling passen om de overdracht van ondernemingen te vergemakkelijken teneinde de continuïteit en de daaraan verbonden werkgelegenheid te waarborgen. Indien een ander bekwaam is om de activiteiten voort te zetten mogen fiscale redenen volgens de decreetgever daartoe geen beletsel vormen.

³⁵⁴ *Parl. St. VI. Parl.* 2002/03, nr. 1690/7, p. 8.

³⁵⁵ HVJ EG 25 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:631. De tewerkstellingsregeling hield in dat in de periode van drie jaar voorafgaand aan het overlijden een bedrag van minstens € 500.000 aan loonlasten moest zijn uitbetaald aan werknemers in de EER. Ook gedurende de voortzettingsperiode moest aan deze voorwaarde worden voldaan. Deze voorwaarde is strijdig bevonden met art. 43 EG (vrijheid van vestiging). M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 7.

³⁵⁶ Er werd geopteerd om de bestaande gunstmaatregelen grondig te wijzigen en vooral transparanter te maken. *Parl. St. VI. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 24.

³⁵⁷ *Parl. St. VI. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 24.

om de bedrijfsoverdracht bij leven te regelen, zodat zij zoveel mogelijk kennis kunnen overdragen.³⁵⁸ De premisse dat de schenk- en erfbelasting de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt, is daarmee omgebogen naar de premisse dat een slecht voorbereide bedrijfsopvolging de continuïteit in gevaar brengt.³⁵⁹ Dit is een opvallend verschil met de doelstellingen van de BOF.³⁶⁰ Een andere betekenisvolle wijziging is het vervallen van de loonlastvoorwaarde.³⁶¹ Evenwel is de duurzame tewerkstelling nog steeds een onderdeel van de hoofddoelstelling.³⁶² Tevens is in 2012 de voortzettingstermijn verkort van vijf naar drie jaar.³⁶³

5.2.2 De doelstellingen in de context van de voortzettingsvereisten

De gunstregeling is omgeven met voorwaarden om de faciliteiten te beperken tot overdrachten van *reële bedrijven met een bepaald familiaal karakter*, omdat deze bedrijven volgens de decreetgever een bepaalde meerwaarde vormen voor de economie.³⁶⁴ Het reële aspect houdt in dat daadwerkelijk een economische activiteit moet worden uitgeoefend.³⁶⁵ Het familiale karakter houdt in dat er sprake moet zijn van een bepaalde familiale betrokkenheid bij het bedrijf.³⁶⁶ De voortzettingsvereisten moeten bovenal garanderen dat het reële bedrijf in stand blijft.³⁶⁷ De aard van deze afbakening is te vergelijken met de afbakening van de BOF tot reële bedrijfsopvolgingen.³⁶⁸ Een verschil is wel dat de Vlaamse decreetgever met de voortzettingsvereisten niet zozeer wenst te waarborgen dat een bepaalde betrokkenheid (van de verkrijger) blijft bestaan bij de onderneming, maar zich op de eerste plaats blijkt te richten op de continuïteit van het bedrijf. De Nederlandse voortzettingsvereisten daarentegen richten zich naast de continuïteit van de onderneming ook nadrukkelijk op het waarborgen van een bepaalde betrokkenheid (van de verkrijger) bij de onderneming. Een ‘mogelijke’ verklaring hiervoor kan worden gevonden in de verschillende liquiditeits- en continuïteitsgedachten.

³⁵⁸ De decreetgever verwees hierbij naar studies waaruit zou blijken dat door gebrek aan ervaring, knowhow en contacten bedrijfsleiders het bedrijf niet aan een opvolger hebben kunnen overdragen. De achtergrond van het verlaagde tarief in geval van overlijden is een vangnet bieden voor de gevallen waarin niet bij leven is voorzien in een bedrijfsoverdracht, teneinde de continuïteit van de onderneming te waarborgen. *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 24 en *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/8, p. 5.

³⁵⁹ *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 24 en A.L. Verbeke, ‘Het Vlaamse decreet overdracht familiebedrijven. Illustratie van een ontspoorde samenleving’, *TEP* 2012/2-3, p. 51-52.

³⁶⁰ Zie ook M.J. Hoozeveld, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 1.

³⁶¹ Een duidelijke reden voor het afschaffen van deze voorwaarde wordt niet gegeven. Zie ook M.J. Hoozeveld, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 9 en EY, ‘Overdracht van een familiebedrijf via schenking of erfenis’, *HVG law* 2015, p. 11.

³⁶² *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 24. Net als in Nederland wordt in Vlaanderen dus ‘verondersteld’ dat door het voortbestaan van de onderneming, tevens de werkgelegenheid wordt gestimuleerd.

³⁶³ *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 29 end *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/8, p. 9.

³⁶⁴ *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 25.

³⁶⁵ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.1. (Voornoemde omzendbrief vervangt de omzendbrief van 20 juli, nr. FB/2012/1).

³⁶⁶ *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 25 en *Gedr. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/1, p. 9.

³⁶⁷ *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 29.

³⁶⁸ Met de gunstregeling wordt immers beoogd te faciliteren indien sprake is van een ‘ondernemer’ met een zekere mate van betrokkenheid en risiconiveau. Dit zijn ook kernelementen die de Nederlandse wetgever gebruikt voor de invulling van de definitie van een reële bedrijfsoverdracht.

5.3 De voortzettingsvereisten van de gunstregeling in Vlaanderen

5.3.1 Korte introductie faciliteiten

De huidige gunstregeling bestaat uit een volledige vrijstelling in geval van schenking van een familiale onderneming of vennootschap en uit een verlaagd tarief voor de erfbelasting in geval van vererving van een familiale onderneming of vennootschap.³⁶⁹ Het verlaagde tarief bedraagt 3% voor een verkrijging in rechte lijn en tussen partners en 7% voor een verkrijging tussen andere personen.³⁷⁰ De gunstregeling wordt bij een verkrijging van een onderneming toegepast op de nettowaarde van de activa van de onderneming.³⁷¹ Bij een verkrijging van een vennootschap wordt de gunstregeling toegepast op de nettowaarde van de aandelen van de vennootschap.³⁷² In geval van schenking worden overigens geen voorwaarden gesteld ten aanzien van de hoeveelheid activa of aandelen die worden geschonken.³⁷³ Verder kent Vlaanderen geen uitstelfaciliteiten, zoals Nederland die wel kent.³⁷⁴ In de volgende subparagrafen worden de voorwaarden voor toepassing van de Vlaamse faciliteiten uitgewerkt.³⁷⁵

5.3.2 Eisen aan de verkrijging

Een *familiale onderneming* is gedefinieerd als: ‘een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwbedrijf of een vrij beroep dat door de erflater/schenker of zijn partner, al dan niet tezamen met anderen, persoonlijk wordt geëxploiteerd en uitgeoefend’.³⁷⁶ De *activiteitsvoorwaarden* houden in dat een voormelde activiteit moet worden uitgeoefend en dat ook ‘daadwerkelijk’ een economische activiteit moet worden uitgeoefend in de familiale onderneming.³⁷⁷ Enkel vermogensbeheer van onroerende zaken kwalificeert derhalve niet als een voormelde activiteit.³⁷⁸ Ook moeten de activa van de familiale onderneming door de erflater/schenker (of zijn partner) beroepsmatig zijn geïnvesteerd in de onderneming.³⁷⁹ Onroerende zaken die hoofdzakelijk tot bewoning worden aangewend of zijn bestemd, worden expliciet uitgesloten voor de gunstregeling.³⁸⁰ Hierbij kan bijvoorbeeld worden

³⁶⁹ Art. 2.8.6.0.3, par. 1, aanhef, jo. art. 2.7.4.2.2, par. 1, aanhef, VCF. De gunstregeling wordt net als de BOF alleen op verzoek verleend, op grond van art. 3.12.3.0.1 VCF.

³⁷⁰ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, aanhef, VCF.

³⁷¹ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 1, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 1, VCF.

³⁷² Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 2, VCF.

³⁷³ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdelen 2.1.2 en 2.2.1. Dit kan wel gevolgen hebben voor verdere vererving/schenking, aangezien op elk moment van een vererving/schenking aan alle voorwaarden van de gunstregeling moet worden voldaan.

³⁷⁴ Overigens kan de belastingschuldige op grond van art. 3.4.8.0.1, VCF in het algemeen wel verzoeken om spreiding van betaling van de belasting ingeval de belastingschuldige zich in een slechte liquiditeitspositie bevindt.

³⁷⁵ De voorwaarden aan de verkrijgingen krachtens schenking en erfrecht zijn per 1 januari 2012 aan elkaar gelijkgesteld. *Parl. St. VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/8, p. 9.*

³⁷⁶ Art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub 1, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 1, VCF.

³⁷⁷ *Parl. St. VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/8, p. 8-9.*

³⁷⁸ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.2.2.

³⁷⁹ Onder activa wordt verstaan: de onroerende goederen, zoals het bedrijfsgebouw, met uitzondering van (de gedeelten) van onroerende goederen die tot bewoning zijn bestemd en de roerende goederen, zoals machines, het cliënteel, die door de familiale onderneming ‘effectief’ gebruikt worden voor de eigen beroepsdoeleinden. De gunstregeling is op grond van deze voorwaarde niet van toepassing op onroerende zaken welke tot het privévermogen behoren en ter beschikking worden gesteld aan de familiale onderneming. Voor de BOF kwalificeren ter beschikking gestelde onroerende zaken in de zin van art. 3.91 Wet IB ook niet. Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.1.2.

³⁸⁰ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 1, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 1, VCF en omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.1.3.

gedacht aan het woongedeelte van een landbouwhoeve.³⁸¹ Het doel van deze voorwaarde is te voorkomen dat zuiver privé onroerend goed zonder enig bedrijfsdoel wordt gefaciliteerd.

Op dit punt kan een vergelijking worden gemaakt met het kwalificeren van een IB-onderneming voor de BOF omdat de aansluiting met het ondernemingsbegrip uit de Wet IB tot gevolg heeft dat sprake moet zijn van een materiële onderneming (par. 3.3). Als enkel sprake is van verhuur van onroerende zaken, is om die reden ook voor de BOF geen sprake van een kwalificerende verkrijging. Voor toepassing van de BOF moet daarnaast worden beoordeeld of sprake is van vermogen dat op basis van de vermogensetiketteringsregels kwalificeert als ondernemingsvermogen. Het ‘hoofdzakelijk’ gebruik van onroerend goed voor privédoeleinden is niet uitgesloten voor de BOF, aangezien in een dergelijk geval op basis van de vermogensetiketteringsregels sprake zal zijn van keuzevermogen mits de redelijkheid dit meebrengt.³⁸² In geval van ‘zuiver privé’ onroerend goed zal op een dergelijke verkrijging ook de BOF geen toepassing kunnen vinden, aangezien dan wel sprake is van verplicht privévermogen.³⁸³

De gunstregeling voor ondernemingen ziet in beginsel enkel op eenmanszaken, maar blijkt door de formulering ‘al dan niet tezamen met andere’ een beperkte ruimte te bieden voor samenwerkingsverbanden.³⁸⁴ De gunstregeling blijkt echter geen ruimte te bieden voor een met Nederland vergelijkbare verkrijging van een medegerechtigdheid, omdat vereist is dat de erflater/schenker (of zijn partner) de onderneming ‘persoonlijk’ exploiteert en uitoefent.³⁸⁵

De hiervoor besproken activiteitsvoorwaarden gelden naar analogie voor de *familiale vennootschap*.³⁸⁶ Zodoende gaat in beginsel ook dezelfde vergelijking met het ondernemingsbegrip uit de Wet IB op zoals ik hiervoor heb besproken bij de familiale onderneming. Op dit punt blijkt echter wel een verschil te bestaan tussen de gunstregeling en de BOF. Voor de gunstregeling kwalificeert namelijk het gehele vermogen van de vennootschap als deze een reële activiteit heeft, terwijl voor de BOF – nadat is vastgesteld dat sprake is van een materiële onderneming – op basis van de vermogensetiketteringsregels moet worden beoordeeld met welk vermogen de vennootschap daadwerkelijk de onderneming drijft. Daarnaast geldt bij de vennootschap de aanvullende voorwaarde dat deze haar zetel van werkelijke leiding binnen de EER moet hebben.³⁸⁷ Ik merk op dat het voor toepassing van de BOF irrelevant is waar het ondernemingsvermogen is gelegen of waar de verkrijger woonachtig is, aangezien de BOF kan worden toegepast als de erflater/schenker in Nederland woont en als aan de overige voorwaarden van de BOF wordt voldaan.³⁸⁸

³⁸¹ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.1.3.

³⁸² HR 21 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8797 en A. Rozendal, Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties, *WFR* 2018/53, p. 2.

³⁸³ Overigens maakt een dergelijk vermogensbestanddeel dan ook geen onderdeel uit van de balans van een IB-onderneming, mits de vermogensetiketteringsregels ten minste juist zijn toegepast.

³⁸⁴ B. Cardoen, ‘Overdracht van familiebedrijven: gunstregelingen in een nieuw kleedje’, *Fiscoloog* 2012/1280, p. 5 en P. Hinnekens, ‘Gunstregeling inzake overdracht van familiebedrijven in Vlaanderen na de Omzendbrief van 15 december 2015’, *Laurius Fiscale nieuwsbrief* 2016/02, p. 1.

³⁸⁵ Art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 1, jo. art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub 1, VCF.

³⁸⁶ Het enkel opnemen in de statuten van een van de genoemde activiteiten is niet voldoende, er moet daadwerkelijk een reële economische activiteit worden uitgeoefend. Art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 2, VCF. *Parl. St.* VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/1, p. 25. Als cumulatief aan twee parameters wordt voldaan als bedoeld in art. 2.7.4.2.2, par. 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 2, VCF, is er geen sprake van een reële activiteit.

³⁸⁷ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 2, VCF.

³⁸⁸ Art. 1 jo. art. 3 jo. art. 35b e.v. SW. Voor een aantal interessante voorbeelden verwijs ik naar D.A. Albregtse, ‘Grensoverschrijdende bedrijfsoverdrachten en de toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, *TB* 2013/1, p. 30-32.

Ook actieve en passieve holdingvennootschappen kunnen kwalificeren als familiale vennootschap. Van een actieve holdingvennootschap is sprake als zij voldoet aan de activiteitsvoorwaarden, waardoor deze logischerwijs wordt beschouwd als familiale vennootschap.³⁸⁹ Een passieve holdingvennootschap voldoet niet aan de activiteitsvoorwaarden en daarvoor gelden de aanvullende voorwaarden dat de passieve holding minimaal 30% van de aandelen bezit in ten minste één dochtermaatschappij die een kwalificerende activiteit uitoefent en haar zetel van werkelijke leiding binnen de EER heeft en dat de groep een reële activiteit heeft.³⁹⁰ Of de groep een reële activiteit heeft, wordt getoetst op geconsolideerde basis.³⁹¹ In vergelijking met de BOF merk ik op dat bij een verkrijging van een holdingvennootschap ook op geconsolideerde basis wordt getoetst of sprake is van een materiële (oftewel reële) onderneming (par. 3.3).

De verkrijging van aandelen³⁹² in een familiale vennootschap kwalificeert alleen als de erflater/schenker (en/of zijn familie) aan de *participatievoorwaarde* voldoet.³⁹³ Deze voorwaarde houdt in dat de erflater/schenker (en/of zijn familie) minimaal 50% van de aandelen in volle eigendom en met stemrecht moet bezitten.³⁹⁴ Een uitzondering op de 50% grens is van toepassing als de erflater/schenker samen met één of twee aandeelhouders eigenaar is van een vennootschap en zij gezamenlijk 70% respectievelijk 90% van de aandelen in volle eigendom bezitten.³⁹⁵ De grens van 50% wordt dan verlaagd naar 30%.³⁹⁶ In geval van een overdracht van een holdingvennootschap moet aan de participatievoorwaarde op het niveau van de holding worden voldaan.³⁹⁷

Verder blijkt de gunstregeling alleen ruimte te bieden voor een met Nederland vergelijkbare verkrijging van preferente aandelen als sprake is van een deelbewijs met stemrecht dat een deel van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigt.³⁹⁸ Gezien het feit dat de gunstregeling alleen wordt toegepast op de aandelen, concludeer ik dat een met Nederland vergelijkbare verkrijging van ter beschikking gestelde onroerende zaken niet in aanmerking komt voor de gunstregeling.³⁹⁹

³⁸⁹ Voor een actieve holdingvennootschap is het irrelevant of zij voldoende participatie heeft in haar dochters. Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 3.

³⁹⁰ Als bedoeld in art. 2.7.4.2.2, par. 3, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 3, VCF.

³⁹¹ Vanwege de reikwijdte van dit onderzoek ga ik verder niet in op de specifieke uitwerking van de Vlaamse consolidatieregeling, maar volsta ik met een verwijzing naar de omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdelen 3.1 en 3.2.

³⁹² Onder aandelen wordt verstaan: elk deelbewijs met stemrecht dat een deel van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigt alsmede certificaten van aandelen, uitgereikt door rechtspersonen met een zetel in een van de staten van de EER, ter vertegenwoordiging van aandelen van familiale vennootschappen die aan de gestelde voorwaarden voldoen en waarvan de rechtspersoon de verplichting heeft om de dividenden en andere vermogensvoordelen onmiddellijk en uiterlijk binnen een maand door te storten aan de certificaa houder. Art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub 3, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 3, VCF.

³⁹³ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 1, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 1, VCF.

³⁹⁴ Tot de familie van de erflater/schenker behoren: de echtgenoot, de samenwonende partner, zijverwanten tot en met de tweede graad en hun echtgenoot of samenwonende tot de familie van de schenker of erflater en kinderen van vooroverleden broers en zussen. *Parl. St. VI. Parl. 2011/12*, nr. 1326/1, p. 27-28 en *Parl. St. VI. Parl. 2011/12*, nr. 1326/8, p. 8.

³⁹⁵ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 2, VCF. Aanvaard wordt dat een vennootschap met (maximaal) drie familietakken ook in aanmerking kan komen voor de gunstregeling. Met de gezamenlijke aandeelhouder hoeft de erflater/schenker niet familiaal verwant te zijn. *Parl. St. VI. Parl. 2011/12*, nr. 1326/1, p. 25.

³⁹⁶ Voor een aantal duidelijke voorbeelden verwijs ik naar S. van Waeyenberghe & P. Hinnekens, 'Het Successiedecreet 2012 – ommezwaai fiscaal beleid inzake overdracht van familiebedrijven in Vlaanderen', *Eubelius Advocaten* 2012, p. 2.

³⁹⁷ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 3.1.

³⁹⁸ Stemrecht veronderstelt volgens de decreetgever en de VLABEL een bepaalde betrokkenheid. Certificaten van aandelen kunnen onder nadere voorwaarden wel kwalificeren. *Parl. St. VI. Parl. 2011/12*, nr. 1326/1, p. 25 en omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.2.

³⁹⁹ Art. 2.7.4.2.2, par. 1, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 1, sub 2, VCF en *Parl. St. VI. Parl. 2011/12*, nr. 1326/1, p. 25.

Uit de voorwaarden die in Vlaanderen aan de verkrijging worden gesteld leid ik af dat feitelijk hetzelfde type onderneming in aanmerking komt voor de BOF als voor de gunstregeling. Nederland maakt weliswaar geen onderscheid op basis van de aard van de activiteiten, maar de kwalificerende activiteiten in Vlaanderen zijn dermate ruim geformuleerd dat er nauwelijks tot geen verschil bestaat. De activiteitsvoorwaarden drukken wel uit dat er daadwerkelijk een reële economische activiteit moet worden uitgeoefend.⁴⁰⁰ Hieruit heb ik reeds de conclusie getrokken dat een vergelijking kan worden gemaakt met Nederland, aangezien voor toepassing van de BOF sprake moet zijn van een materiële onderneming en enkel ondernemingsvermogen wordt gefaciliteerd. Gezien deze vergelijking kwalificeert ook hetzelfde type onderneming niet als ‘onderneming’ voor beide regelingen, zoals een onderneming die zich enkel bezighoudt met vermogensbeheer van onroerende zaken. Ik concludeer dat de decreetgever met de activiteitsvoorwaarden niet wenst te realiseren dat alleen familiebedrijven worden bevoordeeld, maar net als de Nederlandse wetgever wenst te realiseren dat sprake is van een ‘echte’ onderneming en dus van *ondernemingsvermogen* en niet van *beleggingsvermogen*.

5.3.3 Eisen aan de erflater/schenker

De eisen aan de erflater/schenker sluiten aan bij het kwalificerend ondernemingsvermogen, waaraan in het algemeen geen bezitstermijn is verbonden.⁴⁰¹ De enige bezitseis met termijn is dat de vennootschap waarop de verkregen aandelen betrekking hebben gedurende een periode van drie jaar voor de schenking/vererving een reële activiteit heeft.⁴⁰²

Door de kwalificatie-eisen wordt evenwel een aantal eisen gesteld aan de erflater/schenker met betrekking tot diens *betrokkenheid* bij het bedrijf. Zoals besproken wordt namelijk in geval van een familiale onderneming aan de erflater/schenker de eis gesteld dat hij (of zijn partner) de onderneming persoonlijk moet exploiteren en uitoefenen. Deze eis kan worden vergeleken met de bezitseis van de BOF dat de erflater/schenker de materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB voor zijn rekening en risico moet hebben gedreven in de zin van art. 3.4 Wet IB (par. 3.4). In geval van een familiale vennootschap moet de besproken participatievoorwaarde door de erflater/schenker (en/of zijn familie) zijn vervuld. Een 50% aandelenbelang in de vennootschap is derhalve het uitgangspunt. Voor toepassing van de BOF is het voldoende dat de aandelen bij de erflater/schenker tot een AB behoorden, aangezien de fiscale wetgever daar de grens heeft getrokken tussen ondernemers en beleggers (par. 3.4).

Uit de besproken eisen aan de erflater/schenker maak ik op dat deze meer stroken met de afbakening tot het familiebedrijf dan de activiteitsvoorwaarden. De voorwaarden van ‘het persoonlijk moeten exploiteren en uitoefenen van de onderneming’ en ‘de participatievoorwaarde in geval van een vennootschap’ realiseren namelijk dat de onderneming respectievelijk de vennootschap slechts in handen is van één of enkele families. Deze voorwaarden zien daarmee toe op de familiale betrokkenheid bij het bedrijf en dus op het familiale karakter. Het doel van de decreetgever met deze voorwaarden is echter om te bewerkstelligen dat sprake is van een zekere mate van betrokkenheid,

⁴⁰⁰ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.2.2.

⁴⁰¹ De situatie wordt dus beoordeeld op het ogenblik van de schenking of het overlijden. Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 5. Overigens geldt wel een fictiebepaling als bedoeld in art. 2.7.1.0.5 VCF. Deze fictiebepaling geldt voor goederen die zeven jaar voorafgaand aan het overlijden van erflater zijn geschonken en waarvan de bevoordeling niet aan registratierechten onderworpen is geweest. In een dergelijk geval wordt de schenking aan de nalatenschap toegevoegd. *Parl. St.* VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/1, p. 27.

⁴⁰² Art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 2, VCF.

controle en risiconiveau (par. 5.2.1).⁴⁰³ Gelet op deze doelstelling concludeert Hoogeveen naar mijn mening terecht dat de decreetgever ook met de genoemde eisen aan de erflater/schenker niet zozeer heeft beoogd om familiebedrijven boven andere bedrijven te bevoordelen, maar net als de Nederlandse wetgever heeft willen bewerkstelligen dat *ondernemers* en *beleggers* van elkaar worden gescheiden.⁴⁰⁴ Dit verklaart ook waarom een met Nederland vergelijkbare verkrijging van preferente aandelen (zonder stemrecht) en een medegerechtigdheid niet in aanmerking komen voor de gunstregeling (par. 5.3.2).

5.3.4 Eisen aan de verkrijger

De Vlaamse voortzettingsvereisten moeten de continuïteit van bedrijven, die onder de gunstregeling zijn overgedragen, garanderen.⁴⁰⁵ De Vlaamse voortzettingsvereisten bestaan net als de Nederlandse uit een voortzettingstermijn en uit inhoudelijke voortzettingsvereisten. In de volgende sub-subparagrafen worden de voortzettingsvereisten uitgewerkt.

5.3.4.1 Voortzettingstermijn

Aan de verkrijger wordt allereerst de eis gesteld dat drie jaar moet worden voortgezet.⁴⁰⁶ De termijn is in 2012 verkort van vijf naar drie jaar (par. 5.2.1).⁴⁰⁷ Uit de Vlaamse parlementaire stukken volgt bij mijn weten geen onderbouwing voor de keuze voor de driejaarstermijn alsook niet voor de verlaging van de oorspronkelijke vijfjaarstermijn. Uit de parlementaire stukken leid ik enkel af dat de verlaging ertoe moet leiden dat de continuïteit van de onderneming beter wordt gegarandeerd.⁴⁰⁸

5.3.4.2 Voortzettingsvereisten familiale onderneming

Als een onderneming wordt verkregen, moet gedurende drie jaar aan twee voortzettingsvereisten worden voldaan.

- *Activiteiten zonder onderbreking voortzetten*⁴⁰⁹

De eerste voortzettingseis is dat een kwalificerende activiteit van de familiale onderneming zonder onderbreking moet worden voortgezet.⁴¹⁰ De *oorspronkelijke activiteit* hoeft niet behouden te blijven.⁴¹¹ De gunstregeling blijft dus behouden als de onderneming bijvoorbeeld zijn landbouwactiviteiten wijzigt in handelsactiviteiten. Wel is het vereist dat het uitoefenen van *een* van de kwalificerende activiteiten niet wordt onderbroken.

Een andere opmerkelijke invulling is dat het niet van belang is door wie de activiteit wordt voortgezet.⁴¹² De onderneming zou hierdoor in principe binnen de voortzettingstermijn kunnen worden verkocht. De *oorspronkelijke verkrijger* hoeft dus niet zelf voort te zetten. De oorspronkelijke verkrijger moet in een dergelijk geval wel aantonen dat een kwalificerende activiteit gedurende de

⁴⁰³ *Gedr. St.* VI. Parl. 1996/97, nr. 428/1, p. 8.

⁴⁰⁴ M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland', *VEP* 2012/5, p. 5 en 23.

⁴⁰⁵ *Parl. St.* VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/8, p. 7-9.

⁴⁰⁶ Art. 2.7.4.2.3 jo. art. 2.8.6.0.6 VCF.

⁴⁰⁷ *Parl. St.* VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/1, p. 29.

⁴⁰⁸ *Parl. St.* VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/1, p. 29.

⁴⁰⁹ Art. 2.7.4.2.3, par. 1, sub 1, jo. art. 2.8.6.0.6, par. 1, sub 1, VCF.

⁴¹⁰ Art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub, 1 jo. art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 1, VCF.

⁴¹¹ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.1.1.

⁴¹² Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.1.1. Zolang de continuïteit van de onderneming wordt gegarandeerd ziet de decreetgever geen reden om de overdracht van de onderneming gedurende deze periode te verbieden. *Parl. St.* VI. Parl. 2002/03, nr. 1690/1, p. 23.

resterende voortzettingstermijn is voortgezet door de ‘nieuwe voortzetter’.⁴¹³ Op dit punt blijkt in de omzendbrief evenwel een beperking te zijn opgenomen.⁴¹⁴ De beperking houdt in dat de onderneming weliswaar mag worden uitgebaat door een derde, maar dat de onderneming wel op naam van de begiftigden/erfgenamen moet blijven staan. Ik leid hieruit af dat de verkrijger in elk geval niet wordt belet om over te gaan tot verhuur van de onderneming of de onderneming op een andere denkbare wijze door een derde te laten exploiteren.⁴¹⁵ Daarnaast leidt het omzetten in een naar Nederlands recht vergelijkbare BV/NV niet tot intrekking van de gunstregeling.⁴¹⁶ Aangezien de begiftigden/erfgenamen de onderneming niet persoonlijk hoeven te exploiteren en uit te oefenen, kan worden geconcludeerd dat de voortzettingsvereisten niet garanderen dat de onderneming een familiale onderneming blijft (par. 5.2.2).⁴¹⁷

- *Niet hoofdzakelijk bewonen onroerende goederen*⁴¹⁸

Een tweede voortzettingseis is dat de onroerende goederen die met toepassing van de gunstregeling zijn overgedragen, niet hoofdzakelijk tot bewoning mogen worden aangewend of bestemd.⁴¹⁹ Gezien de toepassingsvoorwaarde is dit een logische voortzettingseis.⁴²⁰ Als de gunstregeling is toegepast op een stalling van een landbouwbedrijf, mag deze stalling bijvoorbeeld niet door de voortzetter worden verbouwd tot een gezinswoning.

5.3.4.3 Voortzettingsvereisten familiale vennootschap

Als een vennootschap wordt verkregen, moet gedurende drie jaar aan vier voortzettingsvereisten worden voldaan.

- *Familiale vennootschap blijven en behoud reële economische activiteit*⁴²¹

De eerste voortzettingseis is dat de vennootschap een familiale vennootschap moet blijven en een kwalificerende activiteit tot werkelijk doel moet behouden.⁴²² Dezelfde voorwaarde geldt logischerwijs voor de actieve holdingvennootschap. De passieve holdingvennootschap moet gedurende drie jaar ten minste 30% van de aandelen in minstens één actieve dochtervennootschap houden om te blijven kwalificeren als familiale vennootschap.⁴²³ Het is in Vlaanderen niet vereist dat het 30% belang in *dezelfde* dochtervennootschap wordt aangehouden.⁴²⁴

⁴¹³ *Parl. St.* VI. Parl. 2002/03, nr. 1690/1, p. 24 en *Parl. St.* VI. Parl. 2002/03, nr. 1690/7, p. 8.

⁴¹⁴ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.1.1.

⁴¹⁵ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.1.1.

⁴¹⁶ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdelen 5 en 6.1.1.

⁴¹⁷ Dit kan gevolgen hebben voor verdere schenking/vererving, omdat op dat ogenblik geen sprake meer is van een familiale onderneming. Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdelen 5 en 6.1.1.

⁴¹⁸ Art. 2.7.4.2.3, par. 1, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.6, par. 1, sub 2, VCF.

⁴¹⁹ De decreetgever heeft hiermee willen voorkomen dat privé onroerende zaken enige tijd voor de schenking of het overlijden (hoofdzakelijk) een beroepsbestemming hebben gekregen met het oog op de overdracht onder de gunstmaatregel, maar met de bedoeling om dit onroerend goed na de overdracht opnieuw privé aan te wenden. *Parl. St.* VI. Parl. 2011/12, nr. 1326/1, p. 26 en omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.1.2.

⁴²⁰ De Groote, Verkest & Van Bree concluderen dat deze voortzettingseis terecht is, omdat de onroerende zaak dan ook niet meer ten dienste staat van de voortzetting van de onderneming. B. de Groote, S. van Bree & E. Verkest, ‘Vlaamse decreetgever hertekent het fiscaal kader voor de overdracht van familiebedrijven – eerste verkenning van de nieuwe regeling en evaluatie vanuit de beleidsdoelstellingen’, *TEP* 2012/2-3, p. 75.

⁴²¹ Art. 2.7.4.2.3, par. 2, sub 1, jo. art. 2.8.6.0.6, par. 2, sub 1, VCF.

⁴²² Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.1.

⁴²³ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 3.1.

⁴²⁴ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.1.

- *Activiteiten zonder onderbreking voortzetten en neerlegging jaarrekening*⁴²⁵

Een tweede voortzettingseis is dat een kwalificerende activiteit ‘ononderbroken’ moet worden voortgezet. Daarbij moet voor elk van de drie jaren een (geconsolideerde) jaarrekening worden gepubliceerd.⁴²⁶ Net als bij een verkrijging van een onderneming, is het bij een verkrijging van een vennootschap niet vereist dat de oorspronkelijke activiteit wordt voortgezet.⁴²⁷ Ook is het niet vereist dat de aandelen door de begiftigden of erfgenamen worden behouden.⁴²⁸ In de Vlaamse literatuur komt naar mijn oordeel terecht naar voren dat de voortzettingseis door deze invulling het behoud van de familiale betrokkenheid niet garandeert en daardoor het familiaal karakter ondergeschikt maakt aan het behoud van de onderneming zelf.⁴²⁹

- *Behoud van kapitaal*⁴³⁰

Een derde voortzettingseis is dat het kapitaal in de vennootschap, waarvan de aandelen onder de gunstregeling zijn overgedragen, behouden moet blijven.⁴³¹ Bij elke daling van het kapitaal door terugbetaling of uitkering wordt het normale tarief proportioneel toegepast op deze terugbetalingen of uitkeringen.⁴³² Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een dividenduitkering.⁴³³

- *Behoud zetel binnen de EER*⁴³⁴

De laatste voortzettingseis is dat de vennootschap haar zetel van werkelijke leiding gedurende de voortzettingstermijn binnen de EER moet behouden.⁴³⁵ Gezien de toepassingsvoorwaarde is dit een logische voortzettingseis.

⁴²⁵ Art. 2.7.4.2.3, par. 2, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.6, par. 2, sub 2, VCF.

⁴²⁶ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.2. Dit is in principe een logische eis, aangezien de beoordeling of sprake is van een reële activiteit in beginsel gebeurt op basis van de jaarrekening. T. Schepens, ‘Wat bij fusie of splitsing binnen de drie jaar vóór of na de schenking of overlijden?’ *Tiberghien Fiscale actualiteit* 2014/25, p. 1.

⁴²⁷ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.2.

⁴²⁸ Dit kan wel gevolgen hebben voor een verdere schenking/vererving, voor zover de verkrijger op dat ogenblik niet meer voldoet aan de participatievoorwaarde. *Parl. St. VI. Parl. 2002/03*, nr. 1690/1, p. 23, *Parl. St. VI. Parl. 2002/03*, nr. 1690/7, p. 8 en omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 2.2.1.

⁴²⁹ B. de Groote, S. van Bree & E. Verkest, ‘Vlaamse decreetgever hertekent het fiscaal kader voor de overdracht van familiebedrijven – eerste verkenning van de nieuwe regeling en evaluatie vanuit de beleidsdoelstellingen’, *TEP* 2012/2-3, p. 76.

⁴³⁰ Art. 2.7.4.2.3, par. 2, sub 3, jo. art. 2.8.6.0.6, par. 2, sub 3, VCF.

⁴³¹ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.3.

⁴³² Ook een tijdelijke kapitaalvermindering direct gevolgd door een kapitaalverhoging is niet toegelaten. Er geldt een proportionele vermindering, omdat de decreetgever wenst te vermijden dat vennootschappen gedurende drie jaar zouden ‘vastzitten’. *Parl. St. VI. Parl. 2002/03*, nr. 1690/1, p. 26 en omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.3.

⁴³³ Het met kapitaal aanzuiveren van verliezen of de omzetting van kapitaal in reserves, valt niet onder ‘uitkeringen en betalingen’ en betreft derhalve geen intrekkingsgrond. A. Biesmans & R. DeBlauwe, ‘Overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen’, *T. Not.* 2012/6, p. 343.

⁴³⁴ Art. 2.7.4.2.3, par. 2, sub 4, jo. art. 2.8.6.0.6, par. 2, sub 4, VCF.

⁴³⁵ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.2.3.

5.4 Rechtsvergelijkende analyse

Op basis van de hiervoor beschreven voortzettingsvereisten worden hieronder de significante verschillen tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten schematisch weergegeven. Vervolgens analyseer ik of er op basis van deze verschillen effectieve aanknopingspunten voor de Nederlandse voortzettingsvereisten naar voren komen.

Schema 5: Vlaamse voortzettingsvereisten & significante verschillen

Categorie	Vlaamse voortzettingsvereisten	Verschillen Nederlandse & Vlaamse voortzettingsvereisten
Voortzettingstermijn	❖ Drie jaar.	– Vlaanderen hanteert een termijn van drie jaar, terwijl Nederland een termijn van vijf jaar hanteert.
Familiale onderneming	❖ Activiteiten zonder onderbreking voortzetten. ❖ Niet hoofdzakelijk bewonen onroerende goederen.	– In Vlaanderen hoeft niet de oorspronkelijke verkrijger voort te zetten. In Nederland is dit wel vereist. – In Vlaanderen hoeft niet de oorspronkelijke activiteit te worden voortgezet. Er moet wel ononderbroken een activiteit worden uitgeoefend. In Nederland mag de oorspronkelijke activiteit niet (gedeeltelijk) worden gestaakt.
Familiale vennootschap	❖ Familiale vennootschap blijven en behoud reële economische activiteit. ❖ Activiteiten zonder onderbreken voortzetten en neerlegging jaarrekening. ❖ Behoud van kapitaal. ❖ Behoud zetel binnen de EER.	– In Vlaanderen geldt geen vervreemdingsverbod voor de aandelen. In Nederland geldt wel een dergelijk verbod. – In Vlaanderen hoeft niet de oorspronkelijke activiteit te worden voortgezet. Er moet wel ononderbroken een activiteit worden uitgeoefend. In Nederland mag de oorspronkelijke activiteit niet (gedeeltelijk) worden gestaakt. – In Vlaanderen geldt de eis dat het kapitaal behouden moet blijven. Nederland kent geen dergelijke eis. – In Vlaanderen is de verkoop van de oorspronkelijk verkregen deelneming mogelijk. In Nederland betreft dit een (gedeeltelijke) staking. – In Vlaanderen moet de zetel van de werkelijke leiding van de vennootschap binnen de EER behouden blijven. Nederland kent geen dergelijke eis.

- *Een voortzettingstermijn van drie jaar*

De mening van de decreetgever, dat een voortzettingstermijn van drie jaar optimaal is om de continuïteit van de onderneming te waarborgen, wordt naar mijn oordeel niet deugdelijk onderbouwd (par. 5.3.4.1).⁴³⁶ Uit par. 4.2.2 volgt dat ik de Nederlandse vijfjaarstermijn, en dus ook een driejaarstermijn, onvoldoende lang acht om te bereiken dat uitsluitend in gevallen van reële bedrijfsopvolgingen wordt gefaciliteerd. Ik heb reeds het standpunt ingenomen dat een voortzettingstermijn van tien jaar de meest optimale termijn is, mits de inhoudelijke vereisten afdoende dynamisch worden benaderd. Enerzijds kan dan een bedreiging voor de continuïteit van reële ondernemingen, als gevolg van een versturende werking van de termijn, afdoende worden beperkt terwijl anderzijds meer wordt gewaarborgd dat de faciliteiten uitsluitend in reële gevallen worden verstrekt. Vanuit dit standpunt vind ik het overigens opmerkelijk dat in Vlaanderen maar een termijn van drie jaar geldt. De huidige Vlaamse inhoudelijke voortzettingsvereisten zijn namelijk ten opzichte van de huidige Nederlandse inhoudelijke voortzettingsvereisten aanzienlijk dynamischer ingevuld. Ik concludeer dat de Vlaamse voortzettingstermijn van drie jaar niet heeft overtuigd en ik in deze driejaarstermijn geen mogelijkheden zie voor de Nederlandse voortzettingsvereisten.

- *Oorspronkelijke verkrijger hoeft niet voort te zetten*

Een ander opvallend verschil tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten is dat in Vlaanderen de verkrijger niet zelf de onderneming (in de vennootschap) voort hoeft te zetten.⁴³⁷ Gezien de enige onderbouwing van de decreetgever dat een vervreemdingsverbod tegenstrijdig zou zijn met de continuïteitsdoelstelling, zie ik op dit punt geen aanknopingspunten voor de Nederlandse voortzettingsvereisten. In Vlaanderen is het weliswaar niet meer zozeer de premisse dat de schenk- en erfbelasting liquiditeitsproblemen veroorzaakt (par. 5.2.1), maar toch kunnen naar mijn mening vraagtekens worden gezet bij deze Vlaamse invulling.⁴³⁸ Volgens de Nederlandse wetgever zou de continuïteit echter wel in gevaar komen door de verschuldigde schenk- en erfbelasting. Zodra de onderneming of aandelen worden verkocht doet dit probleem zich niet meer voor (par. 4.3.1).⁴³⁹ Hiertegen kan worden ingebracht dat ‘dwangondernemerschap’ kan ontstaan dat de continuïteit van reële ondernemingen niet bevordert.⁴⁴⁰ Of in de woorden van de decreetgever ‘immobiliteit’.⁴⁴¹ In par. 4.3.1 heb ik de voor- en nadelen van de eis dat de oorspronkelijke verkrijger moet voortzetten tegen elkaar afgewogen. Gezien de Nederlandse liquiditeits- en continuïteitsgedachte blijf ik bij de conclusie dat de verkrijger de onderneming zelf moet voortzetten.⁴⁴² Wel vind ik het Vlaamse uitgangspunt dat de onderneming feitelijk mag worden uitgeoefend door een ander dan de verkrijger een doeltreffend uitgangspunt. Dit acht ik (slechts) doeltreffend in situaties waarin de verkrijger de onderneming op een andere wijze voor zijn rekening en risico gaat uitoefenen.

⁴³⁶ *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1, p. 29.

⁴³⁷ Ook Hoogeveen vindt dit ‘opvallend’, te meer omdat de verkrijger de activiteiten van de onderneming mag wijzigen. M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 25.

⁴³⁸ Een verkoop kan er immers toe leiden dat er geen sprake meer is van een familiale onderneming, terwijl het doel van de gunstregeling juist is om de continuïteit van familiale ondernemingen te waarborgen.

⁴³⁹ Hoogeveen stelt in die zin dat de vraag opkomt waarom de verkrijging van niet-ondernemingsvermogen dat direct wordt geïnvesteerd in een onderneming niet wordt gefaciliteerd, als niet van de verkrijger wordt geëist dat hij degene is die de onderneming voortzet. M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 25.

⁴⁴⁰ F. Sonneveldt & B.B.A. de Kroon, ‘Bedrijfsopvolging in België en Duitsland’, *WPNR* 2009/6808, p. 662.

⁴⁴¹ *Parl. St. Vl. Parl.* 2002/03, nr. 1690/7, p. 8.

⁴⁴² In gelijke zin M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012/5, p. 25.

- *Oorspronkelijke activiteit hoeft niet te worden voortgezet*

Vanwege de continuïteitsgedachte wordt het voortzetten van de onderneming in Vlaanderen soepel benaderd.⁴⁴³ De aard van de activiteiten mag veranderen en er mag zelfs een nieuwe activiteit worden ontwikkeld.⁴⁴⁴ In Nederland mag de oorspronkelijke activiteit niet (gedeeltelijk) worden gestaakt. De Vlaamse benadering beschouw ik als doeltreffender dan de Nederlandse omdat er geen liquiditeiten vrijkomen voor zover het vermogen blijft aangewend als ondernemingsvermogen én de onderneming (door de verkrijger) wordt gecontinueerd. Nederland zou moeten aansluiten bij deze dynamische benadering van de ‘onderneming’, met als voorwaarde dat het verkregen vermogen blijft kwalificeren als ondernemingsvermogen in de zin van de BOF. In onderschrijf derhalve deze Vlaamse continuïteitsgedachte.

Het ‘ononderbroken’ moeten uitoefenen van de activiteit zie ik als een onnodige knellende voortzettingseis. Door deze eis wordt het bijvoorbeeld onmogelijk om de bedrijfsuitoefening tijdelijk stil te leggen. De Beer merkt naar mijn mening terecht op dat een tijdelijke stillegging juist vaak wordt ingegeven met het oog op de continuïteit van de onderneming.⁴⁴⁵ Een dergelijke voortzettingseis hoeft de continuïteit van de onderneming (op lange termijn) dus zeker niet ten goede te komen. Hoewel de Nederlandse voortzettingsvereisten niet expliciet de eis stellen dat de activiteiten niet mogen worden ‘onderbroken’, blijft de BOF bij een tijdelijke stillegging van de activiteiten niet zonder meer van toepassing (par. 3.5.1.1).

Een ander opmerkelijk verschil tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten is dat in Vlaanderen in tegenstelling tot in Nederland de oorspronkelijk verkregen deelneming mag worden verkocht. Het is voldoende dat een 30% belang in een ‘willekeurige’ actieve dochter wordt aangehouden. Alsdan blijft de ‘Vlaamse toerekeningsregeling’ van toepassing. Dat in Vlaanderen niet de ‘oorspronkelijke deelneming’ hoeft te worden voortgezet, beschouw ik als doeltreffend. In lijn met mijn vorige bevindingen stel ik dat Nederland bij deze invulling zou moeten aansluiten onder de voorwaarde dat de verkoopopbrengst van de oorspronkelijke deelneming blijft aangewend als ondernemingsvermogen.

- *Behoud van kapitaal*

De Vlaamse voortzettingseis dat het kapitaal niet mag worden verminderd door uitkeringen of terugbetalingen volgt in principe logisch uit de continuïteitsgedachte. Met deze voorwaarde wordt namelijk beoogd te waarborgen dat de activiteiten op een *gelijkwaardig niveau* worden voortgezet.⁴⁴⁶ Ik maak op dat deze eis moet bewerkstelligen dat de balanspositie gelijk blijft aan de balanspositie van de erflater/schenker.⁴⁴⁷ Een voordeel van deze Vlaamse voortzettingseis is dat het misbruik tegen kan

⁴⁴³ Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, onderdeel 6.1.1.

⁴⁴⁴ B. Peeters & R. Smet, ‘De Vlaamse registratie- en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015’, *AFT* 2015/12, p. 46.

⁴⁴⁵ A.M.A. de Beer, ‘Herinvesteringsreserve: over staken, voornemen en economische gelijkwaardigheid’, *MBB* 2009/05-01, p. 5.

⁴⁴⁶ B. de Groote, S. van Bree & E. Verkest, ‘Vlaamse decreetgever hertekent het fiscaal kader voor de overdracht van familiebedrijven – eerste verkenning van de nieuwe regeling en evaluatie vanuit de beleidsdoelstellingen’, *TEP* 2012/2-3, p. 75.

⁴⁴⁷ Dit verklaart ook waarom het logisch is dat het aanzuiveren van verliezen of het omzetten van kapitaal en reserves geen intrekkingsgronden betreffen. Er verandert dan namelijk niets in de balanspositie en daarmee ook niet in het totaal aan ondernemingsvermogen waarop de faciliteiten zijn toegepast.

gaan.⁴⁴⁸ Een nadeel is echter dat er een kunstmatige werking van kan uitgaan, aangezien het niet mogelijk is gedurende de voortzettingsperiode dividenden uit te keren.⁴⁴⁹ In Nederland heeft een kapitaalvermindering, bijvoorbeeld door een dividenduitkering, geen (gedeeltelijke) intrekking van de faciliteiten tot gevolg. In Nederland is het ‘voldoende’ als de materiële onderneming in de vennootschap niet (gedeeltelijk) wordt gestaakt. Naar mijn mening kan hiermee afdoende worden gewaarborgd dat de activiteiten op een *gelijkwaardig niveau* worden voortgezet. Daarbij richt de Nederlandse voortzettingseis zich juist meer dan de Vlaamse voortzettingseis, op de activiteit zelf. Dit is een doeltreffender uitgangspunt. Ik concludeer dat deze Vlaamse voortzettingseis geen doeltreffende aanvulling is voor Nederland.

- *Zetel van werkelijke leiding binnen de EER behouden*

Uit de Vlaamse parlementaire stukken volgt bij mijn weten geen toelichting voor de eis dat de vennootschap haar zetel van werkelijke leiding binnen de EER moet hebben, en behouden. Deze eis kan in principe wel worden verklaard vanuit de doelstellingen van de gunstregeling. De decreetgever zal immers vooral binnenlandse bedrijvigheid en werkgelegenheid wensen te stimuleren, maar ook rekening willen (of moeten) houden met Europese aspecten, zoals het EU-recht.⁴⁵⁰ In de SW wordt geen dergelijke voortzettingseis gesteld. Het is enkel vereist dat de verkrijger dan wel het lichaam winst blijft genieten uit de onderneming, waarbij aansluiting wordt gezocht bij het stakingsbegrip uit de Wet IB. Dit roept de vraag op of er op basis van dit stakingsbegrip gevolgen zijn voor de voortzettingsvereisten in de SW als zich binnen de voortzettingsperiode grensoverschrijdende situaties voordoen, zoals de situatie van een emigratie van de verkrijger naar een (ander) buitenland en/of de situatie van verplaatsing van de onderneming (in de vennootschap) naar een (ander) buitenland.

Ik merk op dat het voor een gefaciliteerde verkrijger van aandelen in elk geval mogelijk is te emigreren, aangezien de fictieve vervreemding voor de Wet IB in geval van emigratie van de aandeelhouder niet doorwerkt naar de BOF (par. 4.5). Op grond van de jurisprudentie kom ik tot de conclusie dat bij een grensoverschrijdende verplaatsing van de onderneming (in de vennootschap) net als in een binnenlandse situatie, materieel moet worden getoetst of de identiteit van de onderneming wezenlijk dezelfde is gebleven.⁴⁵¹ Enkel een emigratie van de verkrijger van een IB-onderneming leidt ook niet tot een staking voor de Wet IB. Als zowel in Nederland gelegen ondernemingsvermogen wordt verplaatst naar het buitenland en een in Nederland woonachtige verkrijger emigreert naar het buitenland, kan art. 3.60 Wet IB aan de orde komen.⁴⁵² Aangezien art. 3.60 Wet IB in principe losstaat

⁴⁴⁸ De vennootschap kan bijvoorbeeld niet onmiddellijk door de verkrijger worden ‘leeggepompt’ door middel van een dividenduitkering. Het tegengaan van misbruik is ook een doel van de decreetgever met deze voortzettingseis. *Parl. St.* VI. Parl. 2002/03, nr. 1690/1, p. 26.

⁴⁴⁹ In die zin merkte de decreetgever ook op dat geen absolute sanctie gold – maar een proportionele vermindering – omdat kapitaalsbehoud niet noodzakelijk is voor de continuïteit van de onderneming en omdat anders belet zou worden activa te herbeleggen in nieuwe economische activiteiten. *Gedr. St.* VI. Parl. 1996/97, nr. 428/1, p. 10. In de Vlaamse literatuur komt overigens naar voren dat deze voortzettingseis een knelpunt oplevert bij een reorganisatie omdat een kapitaalvermindering die met een reorganisatie gepaard kan gaan de gunstregeling in gedrang kan brengen. Vanwege de reikwijdte van mijn onderzoek ga ik in deze scriptie verder niet in op de reorganisatiemogelijkheden in Vlaanderen. Soeffriau & E. Mingalejev, ‘Opgelet met herstructurerings in de drie jaar na overdracht van een familiale vennootschap’, *Tiberghien Fiscale Actualiteiten* 2017/19, p. 2.

⁴⁵⁰ Daarnaast kan het EER-aspect mogelijk worden verklaard vanuit de Vlaamse subdoelstelling om (vooral) constructies in het buitenland met het oog op het vermijden van schenk- en erfbelasting, overbodig te maken. *Gedr. St.* VI. Parl. 1996/97, nr. 428/1, p. 8.

⁴⁵¹ HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4551 en HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523.

⁴⁵² Art. 3.60 Wet IB regelt de (partiële) eindafrekening in het geval vermogensbestanddelen van een onderneming in Nederland worden overgebracht naar het buitenland én de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn.

van de vraag of sprake is van een materiële staking voor de Wet IB, vormt art. 3.60 Wet IB naar mijn oordeel geen beperking voor de voortzettingsvereisten.⁴⁵³

De conclusie is dat bij een grensoverschrijdende verplaatsing van een onderneming en/of bij emigratie van de verkrijger geen verschil bestaat met een binnenlandse situatie, aangezien dezelfde ‘stakingstoets’ moet worden aangelegd. Intrekking van de faciliteiten in grensoverschrijdende situaties zou ook niet stroken met de toepassingsvoorwaarden, omdat de faciliteiten zich daardoor niet beperken tot ondernemingsvermogen dat gelegen is in Nederland of tot in Nederland woonachtige verkrijgers. Het zou dan niet logisch zijn als de faciliteiten worden ingetrokken in situaties waarin de onderneming door de verkrijger in een buitenland wordt gecontinueerd. Hiertegen kan worden ingebracht dat de Nederlandse wetgever vooral binnenlandse bedrijvigheid en werkgelegenheid wenst te bevorderen.⁴⁵⁴ Dit vormt voor mij echter geen reden om de voortzettingsvereisten op dit punt te beperken. In een dergelijk geval wijzigt immers niets in de vermogenspositie van de verkrijger, waardoor het niet zou stroken met de liquiditeits- en continuïteitsgedachte om de faciliteiten in een dergelijk geval in te trekken. Daarnaast blijft sprake van een reële bedrijfsopvolging. Om aan de verschillende elementen van de doelstellingen tegemoet te komen, zou het een optie zijn om net als Vlaanderen de voortzettingseis op te nemen dat de onderneming of de vennootschap niet mag worden verplaatst buiten de EER. Gelet op het genoemde zou het naar mijn mening echter niet het doeltreffendst zijn als de voortzettingsvereisten zich daartoe zouden beperken.

Nu de significante verschillen tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten zijn geanalyseerd, merk ik tot slot op dat het Vlaamse Gewest sinds 2012 net als Nederland – naar mijn mening terecht – geen verplichting (meer) kent met betrekking tot het behoud van tewerkstelling (par. 4.5). Het is wel opmerkelijk te constateren dat in Vlaanderen een uitzondering ontbreekt voor gevallen van overlijden, zoals de BOF deze kent.⁴⁵⁵ Ook ontbreekt in Vlaanderen net als in Nederland een uitzondering voor andere situaties van ‘overmacht’, zoals een faillissement of arbeidsongeschiktheid.⁴⁵⁶ Eerder heb ik aangegeven dat ik van mening ben dat een dergelijke aanvulling op de Nederlandse voortzettingsvereisten doeltreffend zou zijn (par. 4.5).

⁴⁵³ Zie onder andere HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4551 en HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523. Ook Russo concludeert dat voorafgaand aan een eventuele toepassing van art. 3.60, moet worden vastgesteld of de verplaatsing over de grens leidt tot een staking. R. Russo, ‘Ontwikkelingen in de herinvesteringsreserve’, *WFR* 2011/41, p. 3.

⁴⁵⁴ D.A. Albregtse, ‘Grensoverschrijdende bedrijfsoverdrachten en de toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, *TB* 2013/1, p. 32.

⁴⁵⁵ Hierop bestaat de nodige kritiek in de Vlaamse literatuur. P. Hinnekens & S. Gommers, ‘Wijzigingen ten gronde aan Vlaamse gunstregeling familiebedrijven’, *Fiscoloog* 2015/1420, p. 4, B. de Groote, E. verkest & S. van Bree, ‘Vlaamse decreetgever hertekent het fiscaal kader voor de overdracht van familiebedrijven – eerste verkenning van de nieuwe regeling en evaluatie vanuit de beleidsdoelstellingen’, *TEP* 2012/2-3, p. 80, B. Cardoen, ‘Overdracht familiebedrijven: gunstregelingen in nieuw kleedje’, *Fiscoloog* 2012/1280, p. 9, F. Herten & W. Coppens, ‘De overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaamse Gewest. De langverwachte omzendbrief brengt geen totale duidelijkheid en laat nog ruimte voor discussie en subjectieve beoordeling door de Vlaamse Belastingdienst’, *AFT* 2012/11, p. 31, N. Geelhand, ‘Behoorlijke wetgeving inzake schenkings- en successierechten: het nieuwe Vlaamse decreet inzake familiale ondernemingen en vennootschappen’, *TEP* 2012/1, p. 7 en S. van Wayenberghe, ‘Het Vlaams Successiedecreet 2012 – ommezwaai fiscaal beleid inzake overdracht van familiebedrijf in Vlaanderen’, *Eubelius Advocaten* 2012, p. 60.

⁴⁵⁶ Ook hierop bestaat kritiek in de Vlaamse literatuur (idem als vorige voetnoot).

5.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: ‘Welke voortzettingsvereisten gelden bij de gunstregeling in Vlaanderen en welke significante verschillen bestaan tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten?’. Om tot een antwoord op deze deelvraag te komen, zijn eerst de doelstellingen van de gunstregeling en de BOF met elkaar vergeleken. Vervolgens zijn de Vlaamse voortzettingsvereisten uiteengezet en de significante verschillen tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten geanalyseerd. Dit hoofdstuk heeft als doel om vanuit een breder perspectief na te denken over aanbevelingen voor de Nederlandse voortzettingsvereisten.

De gunstregeling is gericht op het bevorderen van de continuïteit van familiale bedrijven. Voor 2012 kenden Nederland en Vlaanderen een gedeelde liquiditeits- en continuïteitsgedachte, namelijk dat de schenk- en erfbelasting een liquiditeitsprobleem kan veroorzaken dat de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. Vanaf 2012 is de liquiditeits- en continuïteitsgedachte in Vlaanderen vooral dat de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen door het feit dat bedrijfsleiders zich slecht voorbereiden op een bedrijfsoverdracht. Het Nederlandse criterium ‘reële bedrijfsoverdrachten’ kan worden vergeleken met het Vlaamse criterium ‘overdrachten van reële bedrijven met een bepaald familiaal karakter’. De Vlaamse voorwaarden richten zich namelijk evenzeer op het scheiden van ondernemingsvermogen/ondernemers van beleggingsvermogen/beleggers en niet zozeer op het bevoordelen van het familiebedrijf. Het verschil blijft echter dat de Vlaamse decreetgever met de voorwaarden wenst uit te drukken dat het moet gaan om een familiebedrijf met een bepaald risiconiveau en niet om een belegging, terwijl de Nederlandse wetgever met de voorwaarden wenst uit te drukken dat het moet gaan om ondernemers met ondernemingsvermogen en niet om beleggers met beleggingsvermogen.⁴⁵⁷ Ik concludeer echter dat de faciliteiten praktisch gezien zowel in Vlaanderen als in Nederland vooral ten goede komen aan familiebedrijven, aangezien het uiteindelijk bij een schenking of vererving toch veelal zal gaan om een bedrijfsopvolging binnen de familie.

In Vlaanderen moet de gefaciliteerde verkrijger van een familiale onderneming of vennootschap voor een periode van drie jaar aan de (inhoudelijke) voortzettingsvereisten voldoen. Gedurende deze periode hoeft de verkrijger niet zelf de familiale onderneming voort te zetten of de aandelen in de familiale vennootschap te behouden. Essentieel is wel dat de onderneming (in de vennootschap) gedurende de voortzettingsperiode ‘ononderbroken een reële economische activiteit’ blijft uitoefenen. Voor de verkrijger van aandelen in een familiale vennootschap gelden de aanvullende voorwaarden dat het kapitaal in de vennootschap niet mag afnemen door terugbetalingen of uitkeringen en dat de zetel van werkelijke leiding van de vennootschap binnen de EER behouden moet blijven.

De rechtsvergelijkende analyse van de significante verschillen tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten heeft de volgende conclusies gebracht. De Vlaamse voortzettingstermijn van drie jaar is niet doeltreffend bevonden voor de BOF. Dat in Vlaanderen niet de oorspronkelijke verkrijger hoeft voort te zetten, is ‘mogelijk’ te verklaren vanwege de Vlaamse liquiditeits- en continuïteitsgedachte, maar deze invulling is in elk geval niet verenigbaar bevonden met de Nederlandse doelstellingen. Het Vlaamse uitgangspunt dat de faciliteiten behouden blijven als de verkrijger op een andere wijze de onderneming gaat uitoefenen, is doeltreffend bevonden in situaties waarin de verkrijger een bepaalde betrokkenheid bij de onderneming behoudt. De dynamische

⁴⁵⁷ De Nederlandse wetgever heeft in de parlementaire behandeling overigens wel aangegeven dat de faciliteit vooral is bedoeld voor familieondernemingen, maar daaraan is vervolgens geen nadere invulling gegeven (par. 2.2.5). *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

benadering in Vlaanderen dat het niet is vereist dat de oorspronkelijke activiteit behouden blijft, is een doeltreffend uitgangspunt. De eis dat de activiteit niet mag worden onderbroken, is echter geen doeltreffende eis. De Vlaamse voortzettingseis dat het kapitaal in de vennootschap behouden moet blijven, biedt geen effectieve aanknopingspunten voor de Nederlandse voortzettingsvereisten. De Vlaamse voortzettingseis dat de zetel van de vennootschap binnen de EER moet blijven, is in principe een doeltreffend uitgangspunt. Gebleken is echter dat dit geen doeltreffende aanvulling voor de BOF vormt. Tot slot heb ik geconstateerd dat Vlaanderen geen uitzonderingen kent in situaties van 'overmacht'. In par. 4.5 heb ik aangegeven dat een uitzondering voor gevallen van een faillissement en voor gevallen van arbeidsongeschiktheid een effectieve aanvulling zou zijn op de Nederlandse voortzettingsvereisten.

6 Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

Bij schenking of vererving van een onderneming is de schenk- en erfbelasting van invloed op de financieringsbehoefte van de overnemer. Hierdoor kan mogelijk een liquiditeitsprobleem ontstaan, wat voor de wetgever aanleiding is geweest voor een bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW. Ondanks de vele kritiekpunten in de literatuur wat betreft het nut en de noodzaak alsook de juridische rechtvaardigheid van de faciliteit, blijft de wetgever de BOF rechtvaardigen met verwijzing naar de doelstellingen. De voortzettingsvereisten zijn voor de wetgever een belangrijk middel om de doelstellingen te verwezenlijken. Uit eerder onderzoek blijkt echter dat de voortzettingsvereisten in de praktijk als grootste knelpunt met betrekking tot de voorwaarden van de BOF naar voren komen. Hieruit volgt dat de wettelijke voortzettingsvereisten ‘mogelijk’ kwalitatief ondermaats zijn. Een belangrijke kwaliteitseis die aan de wetgeving wordt gesteld, is namelijk dat de wetgeving een effectieve uitwerking heeft. In dit onderzoek is getoetst of de voortzettingsvereisten van de BOF voldoen aan deze kwaliteitseis van doeltreffendheid. Op basis van de toetsing is tevens bekeken of het mogelijk is om de kwaliteit van de voortzettingsvereisten op het punt van doeltreffendheid te verhogen, zodat de BOF rechtvaardiger wordt. Daarnaast is een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten, zodat vanuit een breder perspectief kan worden nagedacht over eventuele aanbevelingen voor de Nederlandse voortzettingsvereisten.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In par. 6.2 wordt de conclusie getrokken over de doelstellingen van de BOF. In par. 6.3 geef ik de conclusie over de invulling van de voortzettingsvereisten van de BOF. Par. 6.4 omvat de conclusie over de toetsing van de voortzettingsvereisten op doeltreffendheid. De aanbevelingen die worden aangedragen om de toetsingsresultaten te verbeteren, zijn integraal verwerkt in deze paragraaf. In par. 6.5 volgt de conclusie over de bevindingen van de rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten. De conclusies uit de rechtsvergelijking kunnen als aanvulling worden gezien op de eerdere bevindingen in hoofdstuk 4. Het geheel sluit ik af met enkele aanknopingspunten voor vervolgonderzoek (par. 6.6).

6.2 De doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW

In hoofdstuk 2 zijn de doelstellingen van de BOF uiteengezet. De wetgever acht het noodzakelijk om met de BOF de continuïteit van ondernemingen te waarborgen omdat zich liquiditeitsproblemen kunnen voordoen als gevolg van de heffing van schenk- en erfbelasting. Het waarborgen van de continuïteit van ondernemingen moet tevens voorkomen dat een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit optreedt. De faciliteiten lenen zich uitsluitend voor reële bedrijfsopvolgingen. De wetgever omschrijft een reële bedrijfsopvolging als een overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die ‘de onderneming als ondernemer voortzet’. Het voortzetten van de onderneming is dus een belangrijke voorwaarde om te spreken van een reële bedrijfsopvolging.

6.3 De voortzettingsvereisten in de SW

In hoofdstuk 3 is de invulling van de voortzettingsvereisten in kaart gebracht, waaronder:

- het wettelijke kader van de voortzettingsvereisten;
- de toepassing en uitleg van de voortzettingsvereisten door de rechter;
- het beleid van de staatssecretaris omtrent de uitvoering van de voortzettingsvereisten door de Belastingdienst.

De verkrijger van een IB-onderneming of medegerechtigdheid mag gedurende vijf jaar niet ophouden uit de onderneming respectievelijk de verkregen medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten. Deze voortzettingseis houdt in dat in beginsel het stakingsbegrip uit de Wet IB wordt gevolgd, maar dat in elk geval de ‘oorspronkelijke onderneming’ door de ‘oorspronkelijke verkrijger’ moet worden voortgezet. Het aangaan van een samenwerkingsverband gedurende de voortzettingsperiode is alleen mogelijk als de verkrijger ten tijde van de verkrijging reeds samenwerkend is en de winstgerechtigdheid niet verder afneemt dan waartoe de verkrijger ten tijde van de verkrijging reeds gerechtigd was. In art. 10 Uitv.reg. S&E zijn uitzonderingen opgenomen voor de inbreng in een BV/NV en voor een staking als gevolg van een overheidsingrijpen.

De verkrijger van AB-aandelen mag gedurende vijf jaar de verkregen aandelen niet vervreemden. Daarnaast mogen de aandelen gedurende de voortzettingsperiode niet worden omgezet in preferente aandelen en mag de aanspraak van de verkrijger op de toekomstige winsten of waardeontwikkelingen niet op andere wijze worden beperkt. De oorspronkelijke verkrijger moet dus voortzetten. Deze voortzettingseis houdt in dat in beginsel het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB wordt gevolgd, maar dat in elk geval de omzetting in preferente aandelen en een afname van de winstgerechtigdheid tot de verkregen AB-aandelen, intrekingsgronden betreffen. Deze voortzettingseis creëert een benadering vanuit de aandelen. De fictieve vervreemdingen als bedoeld in art. 4.16, eerste lid, onderdelen f, g en h, Wet IB, vormen geen verboden vervreemding. Voor de voortzettingseis aan het lichaam geldt hetzelfde criterium als voor de IB-onderneming, waardoor kan worden verwezen naar hetgeen ik over de voortzettingseis aan de verkrijger van een IB-onderneming heb opgemerkt. In geval van een verkrijging van een holdingvennootschap moet de toerekeningsregeling toepasbaar blijven. In de Uitv.reg. S&E zijn uitzonderingen opgenomen voor een geruisloze terugkeer, een aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en juridische splitsing en voor de uitoefening van een koopoptie.

Als de verkrijger van AB-aandelen ook een ter beschikking gestelde onroerende zaak verkrijgt, gelden de eisen dat de verkrijger gedurende vijf jaar het pand ter beschikking moet blijven stellen aan de onderneming en dat het pand dienstbaar moet blijven aan de onderneming. In art. 10 Uitv.reg. S&E zijn uitzonderingen opgenomen voor een vervanging van het verkregen pand door een nieuw pand, een geruisloze terugkeer, een aandelenfusie, juridische fusie en juridische splitsing en voor de inbreng in een BV/NV.

Tot slot zijn twee ‘algemene’ uitzonderingen op de voorwaarden dat de oorspronkelijke verkrijger de verkregen onderneming moet voortzetten, opgenomen in de Uitv.reg. S&E. Dit betreffen uitzonderingen voor gevallen van overlijden van de verkrijger en voor gevallen van een overgang van het ondernemingsvermogen onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht.

6.4 Doeltreffendheid voortzettingsvereisten

6.4.1 Algemeen

In hoofdstuk 4 is onderzoek verricht naar de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten van de BOF. Ik ben tot de conclusie gekomen dat de voortzettingsvereisten en uitzonderingen in samenhang bezien niet afdoende doeltreffend zijn. In essentie heeft de huidige invulling van de voortzettingsvereisten tot gevolg dat zich situaties kunnen voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken, terwijl sprake blijft van zowel een reële bedrijfsopvolging als van het (verondersteld) liquiditeits- en continuïteitsprobleem. Van een dergelijke ineffectieve situatie is naar mijn oordeel sprake als de verkrijger (i) op een gelijkwaardig niveau het verkregen ondernemingsvermogen in de zin van de BOF blijft voortzetten, (ii) ondernemer blijft in de zin van de BOF én (iii) ter zake van de verkregen onderneming geen liquiditeiten realiseert. Deze genoemde elementen van een dergelijke ‘ineffectieve situatie’ zullen als rode draad terugkomen in mijn conclusies en aanbevelingen.

Voordat ik inga op de huidige voortzettingsvereisten wens ik op te merken dat het wettelijke kader van de voortzettingsvereisten naar mijn mening is gebaat bij twee ‘nieuwe’ aanvullingen. Ik pleit ervoor om in art. 10 Uitv.reg. S&E, uitzonderingen op te nemen voor gevallen van een faillissement van de verkregen onderneming en voor gevallen van het arbeidsongeschikt worden van de verkrijger. Hiervoor kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij art. 13a Uitv.reg. Wet IB. In de volgende subparagrafen geef ik mijn conclusies en aanbevelingen ter zake van de doeltreffendheid van de verschillende onderdelen van de huidige voortzettingsvereisten.

6.4.2 Voortzettingstermijn

Wat betreft de voortzettingstermijn is de balans opgemaakt tussen de voor- en nadelen die zich kunnen voordoen bij een te korte of te lange voortzettingstermijn. Door het stellen van een voortzettingstermijn kunnen zich kunstmatige situaties voordoen met economische onwenselijke (lees: ineffectieve) situaties tot gevolg. Bij de keuze voor de duur van de voortzettingstermijn is rekening gehouden met de huidige invulling van de inhoudelijke vereisten alsook met de eventuele mogelijkheden om de inhoudelijke voortzettingsvereisten op het punt van doeltreffendheid te verbeteren. De uiteindelijke conclusie is dat een voortzettingstermijn van vijf jaar (of korter) niet optimaal is om te realiseren dat de faciliteiten uitsluitend worden verleend bij reële bedrijfsopvolgingen. Met inachtneming van de continuïteitsdoelstelling is de juiste balans gevonden bij een voortzettingstermijn van tien jaar.

De aanbeveling op dit punt houdt in dat de formulering van de aanhef van art. 35e, eerste lid, SW moet worden gewijzigd, zodat de voortzettingstermijn tien jaar gaat bedragen. Logischerwijs moet de formulering van art. 35b, vijfde lid, SW eveneens worden gewijzigd, zodat op basis van de wet pas sprake is van ‘een bedrijfsopvolging’ als de verkrijger tien jaar aan de (inhoudelijke) voortzettingsvereisten voldoet. Daarnaast moet een dergelijke wijziging logischerwijs ook worden doorgevoerd in de Uitv.reg S&E daar waar wordt gesproken over de vijfjaarstermijn.

6.4.3 Voortzettingseisen IB-onderneming

De voortzettingseis aan de verkrijger van een IB-onderneming is in de wet ruim geformuleerd. De voortzettingseis wordt echter te statisch benaderd door zowel de rechter als door de staatssecretaris. Dat de ‘oorspronkelijke door de erflater/schenker gedreven onderneming’ moet worden voortgezet is niet doeltreffend. Dat de ‘oorspronkelijke verkrijger’ de onderneming moet voortzetten, is wel een doeltreffend uitgangspunt.

Voor de aanpassing van deze voortzettingseis kan in eerste instantie worden teruggegrepen op de formulering van de voortzettingseis als bedoeld in art. 35e, eerste lid, onderdeel a, SW. Wel dient het criterium ‘winst blijven genieten uit de onderneming’ zowel door de rechter als door de staatssecretaris meer dynamisch te worden benaderd. Aan de voorwaarden als genoemd in par. 6.4.1. wordt voldaan als verkrijger op een gelijkwaardig niveau een materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB voortzet en ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB. Om te realiseren dat de faciliteiten in een dergelijk geval niet worden ingetrokken, stel ik allereerst voor om de aansluiting met de Wet IB te behouden.⁴⁵⁸ Daarnaast moet door zowel de rechter als de staatssecretaris zuiver worden aangesloten bij de jurisprudentie die betrekking heeft op het stakingsbegrip uit de Wet IB. Alsdan wordt geen intrekkinggrond aangenomen als de oorspronkelijke *economische* onderneming wordt voortgezet. Hierdoor kunnen zich echter nog steeds situaties voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken, terwijl het verkregen vermogen op een gelijkwaardig niveau als ondernemingsvermogen blijft kwalificeren. Het zuiver aansluiten bij de jurisprudentie die betrekking heeft op het stakingsbegrip uit de Wet IB is dus nog niet afdoende doeltreffend. Dit euvel kan naar mijn mening worden opgelost door in de Uitv.reg. S&E een bepaling op te nemen dat de doorschuifregeling van art. 3.64 Wet IB doorwerkt naar de SW.⁴⁵⁹ Art. 3.64 Wet IB moet daarbij overeenkomstig van toepassing worden verklaard voor gevallen van een gedeeltelijke staking.⁴⁶⁰ Op deze wijze worden de faciliteiten niet ingetrokken als het gestaakte vermogen door de verkrijger binnen twaalf maanden wordt geherinvesteerd in de (nieuwe) onderneming.⁴⁶¹ Hierbij is het van belang dat het moet gaan om een herinvestering in ondernemingsvermogen in de zin van de BOF. In een dergelijk geval worden ook geen liquiditeiten gerealiseerd die niet worden gebruikt om de onderneming te verbeteren, waardoor naar mijn oordeel aan elk van de drie in par. 6.4.1 genoemde voorwaarden wordt voldaan.

- *Verkrijging medegerechtigdheid*

De voortzettingseis aan de verkrijger van een medegerechtigdheid is niet doeltreffend geformuleerd. Het is niet doeltreffend dat een ‘upgrade’ van een medegerechtigdheid naar ondernemerschap leidt tot intrekking van de faciliteiten. Bovendien bevat de huidige formulering van de voortzettingseis een manco omdat een verkrijging van een medegerechtigdheid strikt genomen niet kan worden voortgezet. Ook ten aanzien van deze voortzettingseis moet gelden dat de faciliteiten niet worden ingetrokken als

⁴⁵⁸ De wetgever heeft immers in 2010 ten doel gesteld een samenhang te maken tussen de SW en de Wet IB. Daarbij wordt ook voor de toepassingsvoorwaarden van de faciliteiten aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit de Wet IB. Door de aansluiting met de Wet IB te behouden kan naar mijn mening worden voorkomen dat de regeling onnodig ingewikkelder wordt.

⁴⁵⁹ Russo pleit er overigens voor om de herinvesteringsreserve van art. 3.54 Wet IB – voor de heffing van IB – toepasbaar te maken over de stakingsgrens heen, als alternatief voor art. 3.64 Wet IB. Vanwege de reikwijdte van dit onderzoek ga ik niet in op dit alternatief. R. Russo, ‘Ontwikkelingen in de herinvesteringsreserve’, *WFR* 2011/41, p. 5.

⁴⁶⁰ Art. 3.64 Wet IB kan namelijk niet worden toegepast in gevallen van gedeeltelijk staken. Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:61, r.o. 4.7 en Hof Den-Bosch 18 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2192, r.o. 4.9.

⁴⁶¹ De voortzettingstermijn moet dan weer aanvangen als de herinvestering heeft plaatsgevonden. Een dergelijke bepaling zien we ook terug in art. 10, vierde lid, laatste zinsnede, Uitv.reg. S&E.

aan de drie in par. 6.4.1 genoemde voorwaarden wordt voldaan. De in art. 35e, onderdeel b, SW opgenomen voortzettingseis moet zodoende anders worden ingekleed. De faciliteiten moeten niet worden ingetrokken als de verkrijger van een medegerechtigdheid (gedeeltelijk) ophoudt winst te genieten uit de verkregen medegerechtigdheid en ter zake van (een gedeelte van) de oorspronkelijk verkregen medegerechtigdheid, als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB winst gaat genieten uit een IB-onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB.

- *Aangaan samenwerkingsverbanden*

Het is een doeltreffend uitgangspunt dat de voortzettingseis ten aanzien van het aangaan van een samenwerkingsverband, niet geldt voor het aandeel in het samenwerkingsverband waartoe de verkrijger reeds gerechtigd was ten tijde van de verkrijging. De voortzettingseis is echter niet als afdoende doeltreffend beoordeeld. Dit oordeel is wederom terug te voeren op de drie voorwaarden als genoemd in par. 6.4.1. Naar mijn mening moet het uitgangspunt zijn dat de faciliteiten niet worden ingetrokken als de verkrijger de verkregen onderneming inbrengt in een samenwerkingsverband. Hierbij moeten de voorwaarden gelden dat de verkrijger geen vergoeding ontvangt voor de ingebrachte onderneming, een met de ingebrachte onderneming corresponderend (lees: zakelijk) winstrecht verkrijgt in het samenwerkingsverband én ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB. Om dit te realiseren zou bijvoorbeeld art. 35e, tweede lid, SW in haar huidige vorm in stand kunnen worden gehouden. Vervolgens moet de staatssecretaris in een besluit goedkeuren dat onder de hiervoor genoemde voorwaarden wordt afgeweken van het stakingsbegrip uit de Wet IB en de verkrijger voor de voortzettingsvereisten in een dergelijk geval dus niet (gedeeltelijk) ophoudt winst te genieten uit de onderneming.

- *Uitzonderingen voortzettingsvereisten IB-onderneming*

De uitzonderingen op de voortzettingsvereisten voor de verkrijger van een IB-onderneming zijn als afdoende doeltreffend beoordeeld.

6.4.4 Voortzettingsvereisten AB-aandelen

- *Eisen aan de verkrijger*

Het vervreemdingsverbod is in beginsel als doeltreffend beoordeeld. Dat de verkregen aandelen gedurende de voortzettingsperiode niet mogen worden omgezet in preferente aandelen en dat de winstgerechtigdheid niet mag afnemen, is in beginsel eveneens een doeltreffend uitgangspunt. Deze voortzettingseis creëert echter een benadering vanuit de aandelen, die niet doeltreffend is. De situatie kan zich namelijk voordoen dat de faciliteiten worden ingetrokken, terwijl de winstgerechtigdheid vanuit de aandeelhouder bezien alsook de betrokkenheid van de aandeelhouder bij de onderneming niet afneemt.

Op dit punt draag ik de volgende aanbevelingen aan zodat ook de gefaciliteerde verkrijger van AB-aandelen aan de voortzettingsvereisten blijft voldoen als aan de drie in par. 6.4.1 genoemde voorwaarden wordt voldaan. Een benadering vanuit de aandeelhouder wordt aanbevolen voor de voortzettingseis ter zake van de omzetting in preferente aandelen en van de afname van de winstgerechtigdheid als bedoeld in art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 2, SW. Deze benadering sluit bovendien aan bij het vervreemdingsbegrip uit de Wet IB en houdt in dat geen sprake is van een verboden handeling als er geen wijziging optreedt in de winstgerechtigdheid van de verkrijger. Om de genoemde verbeteringen te realiseren, dient het omzettingsverbod mijns inziens niet expliciet in de wettekst opgenomen te worden. Daarnaast moet een goedkeurend besluit worden gepubliceerd door de

staatssecretaris over dat een afname van de winstgerechtigdheid in de zin van art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 2, SW wordt gezien vanuit de aandeelhouder in plaats van uit de aandelen.

Daarnaast heb ik geconcludeerd dat het niet doeltreffend is dat intrekking van de faciliteiten, als zich een gebeurtenis in de zin van art. 35e, vierde lid, SW voordoet, geschiedt naar evenredigheid op basis van het aantal vervreemde gewone aandelen ten opzichte van het totale aantal gewone aandelen. Een mogelijkheid om deze ineffectieve invulling te verbeteren, is dat de staatssecretaris goedkeurend beleid publiceert. Het beleid moet inhouden dat de voortzettingseis van art. 35e, vierde lid, SW zo wordt uitgevoerd door de Belastingdienst, dat intrekking van de faciliteiten geschiedt naar evenredigheid van de waarde van de vervreemde gewone aandelen ten opzichte van de waarde van de totaal gefaciliteerde preferente aandelen. Mijn voorkeur gaat echter uit naar een wetswijziging op dit punt. De huidige bepaling kan worden aangevuld, zodat duidelijk wordt dat de evenredige intrekking op de hiervoor genoemde wijze geschiedt.

- *Eisen aan het lichaam*

Aangezien de eisen aan het lichaam aansluiten bij de eisen die aan de verkrijger van een IB-onderneming worden gesteld, verwijs ik voor mijn conclusies en aanbevelingen naar par. 6.4.3. Door de in par. 6.4.3 genoemde aanbevelingen door te voeren, wordt het in geval van een verkregen holdingvennootschap onder meer mogelijk om de oorspronkelijke verkregen deelneming te verkopen. De voorwaarde moet zijn dat de verkoopopbrengst blijft kwalificeren als ondernemingsvermogen in de zin van de BOF of dat deze binnen een termijn van twaalf maanden (weer) gaat kwalificeren als ondernemingsvermogen in de zin van de BOF. Aan het genoemde voeg ik toe dat het niet doeltreffend is dat een bepaling ontbreekt dat het lichaam geen winst mag gaan genieten in de zin van art. 3.3 Wet IB. In art. 35e, eerste lid, onderdeel c, sub 3, SW moet derhalve een dergelijke bepaling worden opgenomen.

- *Uitzonderingen voortzettingsvereisten AB-aandelen*

De uitzonderingen op de voortzettingseisen aan de verkrijger van AB-aandelen zijn niet afdoende doeltreffend. De enig aandeelhouderseis legt namelijk beperkingen op bij reorganisaties, waardoor zich situaties kunnen voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken terwijl aan de drie in par. 6.4.1 genoemde voorwaarden wordt voldaan. Ik pleit zodoende voor een aanpassing van de wettekst van art. 10, eerste lid, onderdelen d en e, Uitv.reg. S&E. De enig aandeelhouderseis moet vervallen en worden vervangen door de voorwaarde dat de betrokken aandeelhouders per saldo hun deel moeten hebben ingebracht tegen uitreiking van aandelen. Als de enig aandeelhouderseis komt te vervallen, wordt het naar mijn oordeel ook mogelijk om na toepassing van art. 10, eerste lid, onderdeel d of e, Uitv.reg. S&E derden toe te laten treden tot de vennootschap onder de voorwaarde dat geen aandeelhoudersrechten verschuiven. Evenzeer acht ik vanwege de enig aandeelhouderseis de uitzondering voor een inbreng van een ter beschikking gestelde onroerende zaak in een BV/NV niet afdoende doeltreffend. Ook de enig aandeelhouderseis van art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 2, Uitv.reg. S&E, moet vervallen. Het moet naar mijn mening voldoende zijn dat de vervreemding als gevolg van de inbreng in een BV/NV plaatsvindt tegen uitreiking van aandelen. Deze voorwaarde is reeds opgenomen in de eerste zinsnede van art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 2, Uitv.reg. S&E. Daarnaast kent art. 10, vierde lid, Uitv.reg. S&E het manco dat de toerekeningsregeling niet kan worden toegepast op een structuur, waarbij de verkrijger bijvoorbeeld een nieuwe holdingvennootschap heeft opgericht met toepassing van art. 10, eerste lid, onderdeel d of e, Uitv.reg. S&E. Dit manco kan worden opgelost door in art. 10, vierde lid, Uitv.reg. S&E, de toerekeningsregeling van art. 35c, vijfde lid, SW in een dergelijk geval overeenkomstig van toepassing te verklaren op de nieuwe situatie. Deze oplossing is ook gewenst aangezien het op basis van mijn

aanbeveling met betrekking tot art. 3.64 Wet IB mogelijk zou worden dat een lichaam de verkoopopbrengst van de oorspronkelijk verkregen deelneming herinvesteert in een ‘nieuwe’ deelneming. In een dergelijk geval zou de toerekeningsregeling naar mijn oordeel ook niet kunnen worden toegepast.

Het is doeltreffend dat voortzettingseisen aan de verkrijger van een ter beschikking gestelde onroerende zaak worden gesteld. De rigide voorwaarden waaronder een verkoop van een ter beschikking gestelde onroerende zaak is toegestaan, zijn echter te beperkt. Ook hierdoor kunnen zich situaties voordoen waarin de faciliteiten worden ingetrokken, terwijl de verkoopopbrengst wordt geherinvesteerd in ondernemingsvermogen in de zin van de BOF. De voortzettingseis van art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 1, Uitv.reg. S&E, is gebaat bij een aanpassing. Een vervreemding van een verkregen ter beschikking gestelde onroerende zaak moet mogelijk zijn als sprake is van een herinvestering of van een reëel vervangingsvoornemen ten aanzien van de verkregen verkoopopbrengst. De voorwaarde moet zijn dat de verkoopopbrengst binnen een reële termijn (weer) gaat kwalificeren als ondernemingsvermogen in de zin van de BOF. Hiervoor kan wederom aansluiting worden gezocht bij de doorschuifregeling van art. 3.64 Wet IB. De herinvesteringstermijn gaat dan net als bij de IB-onderneming twaalf maanden bedragen.⁴⁶² Logischerwijs vervalt de huidige herinvesteringstermijn van zes maanden.

6.5 Wat leert een rechtsvergelijking met de Vlaamse voortzettingsvereisten?

In hoofdstuk 5 is een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten. Hiervoor zijn allereerst de doelstellingen van de BOF en de gunstregeling met elkaar vergeleken. De gunstregeling, als zijnde de Vlaamse faciliteit bij schenking en vererving van bedrijven, vindt evenals de BOF haar grond in het bevorderen van de continuïteit van de onderneming. De Vlaamse decreetgever heeft kennisgenomen van studies waaruit is gebleken dat niet per se de hoge schenk- en erfbelasting, maar vooral een slecht voorbereide bedrijfsoverdracht de continuïteit in gevaar zou brengen. Op dit punt lopen de Vlaamse en Nederlandse doelstellingen dan ook uiteen. Dat de decreetgever met de gunstregeling het oog heeft op het faciliteren van ondernemingen en vennootschappen waarin een reële economische activiteit wordt uitgeoefend en waarbij sprake is van een bepaalde familiale betrokkenheid, kan worden vergeleken met het feit dat de Nederlandse wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen beoogt te faciliteren. Daarbij worden de voortzettingsvereisten in Vlaanderen net als de voortzettingsvereisten van de BOF ingezet om de genoemde doelstellingen te realiseren. De Vlaamse voortzettingsvereisten laten zich zodoende goed lenen voor een rechtsvergelijking op het punt van doeltreffendheid, alhoewel rekening moet worden gehouden met de verschillende liquiditeits- en continuïteitsgedachten.

Op basis van de analyse van de significante verschillen tussen de Nederlandse en Vlaamse voortzettingsvereisten is bekeken of er effectieve aanknopingspunten voor de Nederlandse voortzettingsvereisten zijn. Dat de Vlaamse decreetgever heeft gekozen voor een voortzettingstermijn van drie jaar heeft mij niet overtuigd. Het uitgangspunt in Vlaanderen dat niet de oorspronkelijke verkrijger hoeft voort te zetten, is geen doeltreffend uitgangspunt voor de BOF. Dat in Vlaanderen een

⁴⁶² De voortzettingstermijn moet in een dergelijk geval niet worden geschorst gedurende de periode dat nog niet is geherinvesteerd in een andere ter beschikking gestelde onroerende zaak dan wel in ander (kwalificerend) ondernemingsvermogen. De onderneming in de vennootschap blijft namelijk gedurende de termijn van maximaal twaalf maanden voortgezet. Dat geen schorsing van de termijn plaatsvindt in een dergelijk geval, is in de huidige wetgeving ook terug te vinden in art. 10, eerste lid, onderdeel f, sub 1, jo art. 10, vierde lid, Uitv.reg. S&E.

‘wijziging van de bedrijfsuitoefening’ mogelijk is, is doeltreffend bevonden in situaties waarin de verkrijger de onderneming voor eigen rekening en risico blijft drijven. Dat het in Vlaanderen voldoende is dat het verkregen vermogen blijft kwalificeren als ‘ondernemingsvermogen’ en dat dus niet de ‘oorspronkelijke onderneming’ hoeft te worden voortgezet, vormt ook een doeltreffend uitgangspunt voor de BOF. De Vlaamse voortzettingseis dat ‘ononderbroken’ een activiteit moet worden uitgeoefend, is echter een onnodige knellende eis. Tot slot ben ik op basis van de Vlaamse voortzettingseis dat de zetel van werkelijke leiding binnen de EER behouden moet blijven tot het inzicht gekomen dat het doeltreffend is dat de BOF geen dergelijke voortzettingseis kent. Op dit punt wens ik een aanvulling te geven op mijn eerder aangedragen aanbeveling met betrekking tot art. 3.64 Wet IB (par. 6.4.3). Aangezien art. 3.64 Wet IB in haar huidige vorm de facto alleen uitkomst biedt als de verkrijger in Nederland belastbare winst blijft genieten en niet emigreert, moet art. 3.64 Wet IB – voor de toepassing van de voortzettingsvereisten – overeenkomstig van toepassing worden verklaard op situaties waarin geen sprake is van in Nederland belastbare winst en/of waarin sprake is van emigratie van de verkrijger.⁴⁶³

6.6 Aanbevelingen voor vervolgonderzoek

Tot slot wens ik op te merken dat het naar mijn mening een effectief uitgangspunt zou zijn als de faciliteiten alleen zouden openstaan voor verkrijgers die zich in een zodanige liquiditeitspositie bevinden dat daadwerkelijk ondernemingsvermogen aan de onderneming moet worden onttrokken.⁴⁶⁴ Daarnaast ben ik met Stevens en Tigelaar-Klootwijk van mening dat de BOF kan worden gezien als financieringsfaciliteit.⁴⁶⁵ Ik ben het echter niet eens met Stevens dat weinig eisen moeten worden gesteld aan de verkrijger.⁴⁶⁶ Niet iedere verkrijger verkeert namelijk in de mogelijkheid om middelen aan de onderneming te onttrekken.⁴⁶⁷ Als dat niet mogelijk is, kan de continuïteit van de onderneming ook niet worden bedreigd ten gevolge van de verschuldigde van schenk- of erfbelasting. Daarnaast moeten de faciliteiten beperkt blijven tot reële bedrijfsopvolgingen. Ook om deze reden moet de verkrijger als ‘ondernemer’ betrokken zijn bij de onderneming.⁴⁶⁸ Vanuit dit perspectief is het mijns inziens vreemd dat het op grond van art. 35c SW niet is vereist dat de verkrijger een AB verkrijgt. Dit is ook vreemd, gelet op het *kwantitatieve* 5% criterium dat de wetgever in de Wet IB hanteert voor een onderscheid tussen ondernemers en beleggers. Dit 5% criterium is bovendien ook het uitgangspunt in art. 35d SW. Gelet op dit uitgangspunt zou het doeltreffend zijn als een verkrijging slechts kwalificeert als de verkrijger een AB verkrijgt. Een interessante vervolgvraag is of aansluiten bij het 5% criterium afdoende is voor de BOF. De BOF bestaat namelijk in tegenstelling tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB onder meer uit een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit.

⁴⁶³ In art. 25, vierde lid, IW is namelijk bepaald dat het uitstel in de vorm van een conserverende aanslag wordt beëindigd als de herinvestering niet leidt tot in Nederland belastbare winst of als de belastingschuldige emigreert.

⁴⁶⁴ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 331 en S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 2.

⁴⁶⁵ S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 2 en Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 331.

⁴⁶⁶ S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 2.

⁴⁶⁷ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 331.

⁴⁶⁸ In gelijke zin A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2010/1242, p. 7, S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p. 2, M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004, p. 207-208 en A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, p. 2.

Ik onderschrijf de mening van Tigelaar-Klootwijk dat om te spreken van ondernemerschap voor de BOF eerder zou moeten worden gedacht aan (minimaal) een 20% aandelenbelang.⁴⁶⁹ In Vlaanderen is het uitgangspunt bijvoorbeeld dat de erflater/schenker een 50% aandelenbelang bezit.⁴⁷⁰ Daarnaast kan (ook) worden nagedacht over *kwalitatieve* eisen ter zake van de betrokkenheid van de aandeelhouder bij de onderneming. Een aandeelhouder is immers ook niet (rechtstreeks) verbonden voor verbintenissen van de vennootschap. Aan een verkrijger van een IB-ondernemer wordt een dergelijke eis (impliciet) wel gesteld.

Mogelijk vormt het genoemde aanknopingspunten voor toekomstig onderzoek. Immers, ik heb weliswaar aanbevelingen gedaan om de doeltreffendheid van de voortzettingsvereisten te verhogen, maar het is van belang dat de BOF in zijn geheel op een effectieve wijze een plaats in de wet inneemt:

‘Het primaire doel van wetgeving mag niet een eervolle plaats in het Staatsblad zijn; de wet moet immers bovenal werken, doeltreffend zijn’.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Ook Stubbé pleit voor een hoger percentage. Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 407-408 en J.P.M. Stubbé, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet’, *NTFR-B* 2008/3, p. 3 en 6.

⁴⁷⁰ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de voorwaarden van de gunstregeling niet realiseren dat de achterliggende participanten betrokken blijven bij de onderneming. Het Vlaamse uitgangspunt dat bij een aandelenbelang van 50% gesproken kan worden van ondernemerschap blijft – naar mijn mening – echter een interessant uitgangspunt.

⁴⁷¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2, p. 15.

Literatuurlijst

Boeken

Boer 2013

J.P. Boer, *Sturende belastingheffer een monster?*, Den Haag: SDU 2013.

Gribnau 2012

J.L.M. Gribnau, *Vertrouwen, legitimiteit en belastingen*, Tilburg: Prisma Printing Tilburg University 2012.

Hoogeveen 2004

M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED: Fiscale brochure, Deventer: Kluwer 2004.

Hoogeveen 2011

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

Kavelaars e.a. 2014

P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014.

Van Kempen e.a. 2017

M.L.M. van Kempen e.a., *Cursus belastingrecht inkomstenbelasting, Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017.

Stevens 2005

S.A. Stevens, 'Bedrijfsopvolging bij kapitaalvennootschappen (ondernemingen in de vorm van een NV/BV); fiscaalrechtelijke aspecten', in: H.J. de Kluiver & I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Preadvies KNB), Amersfoort: SDU 2005, p. 201-306.

Tigelaar-Klootwijk 2013

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

Van Vijfeijken 2011

I.J.F.A. van Vijfeijken, De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel, in: J. L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247.

Van Vijfeijken & Gubbels 2017

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus belastingrecht schenk- en erfbelasting, Studenteneditie 2017-2018*, Deventer: Kluwer 2017.

Artikelen

Albregtse 2013

D.A. Albregtse, 'Grensoverschrijdende bedrijfsoverdrachten en de toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *TB* 2013/1.

De Beer 2009a

A.M.A. de Beer, 'Herinvesteringsreserve: over staken, voornemen en economische gelijkwaardigheid', *MBB* 2009/05-01.

De Beer 2009b

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

De Beer 2011

A.M.A. de Beer, 'Schenken en vererven van ter beschikking gesteld vermogen', *Estate Planner Digitaal* 2011/01.

De Beer 2015a

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

De Beer 2015b

A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2015/1353.

De Beer 2016

A.M.A. de Beer, 'BOR-SW en firmaperikelen', *TB* 2016/2.

De Beer & Hoogeveen 2016a

A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (I)', *WFR* 2016/161.

De Beer & Hoogeveen 2016b

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

Biesmans & Deblauwe 2012

A. Biesmans & R. DeBlauwe, 'Overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen', *T. Not.* 2012/6.

Cardoen 2012

B. Cardoen, 'Overdracht van familiebedrijven: gunstregelingen in een nieuw kleedje', *Fiscoloog* 2012/1280.

EY 2015

EY. 'Overdracht van een familiebedrijf via schenking of erfenis', *HVG law* 2015.

Geelhand 2012

N. Geelhand, 'Behoorlijke wetgeving inzake schenkings- en successierechten: het nieuwe Vlaamse decreet inzake familiale ondernemingen en vennootschappen', *TEP* 2012/1.

Govers-de Louw & Schuurman-van Nifterik 2011

N.M.P. Govers-de Louw & M.M.J. Schuurman-van Nifterik, 'Besluit bedrijfsopvolgingsregeling: oude wijn in nieuwe zakken?' *WPNR* 2011/6906.

Govers-de Louw & Jansen 2013

N.M.P. Govers-de Louw & J.H.J. Jansen, 'Nieuw besluit bedrijfsopvolgingsregeling: het blijft lastig om klare wijn te schenken (II, slot)', *WPNR* 2013/6981.

Gribnau 2014

J.L.M. Gribnau, 'Respect voor het recht: de koninklijke weg', *NTFR* 2014/444.

De Groote, Van Bree & Verkest 2012

B. de Groote, S. van Bree & E. Verkest, 'Vlaamse decreetgever hertekent het fiscaal kader voor de overdracht van familiebedrijven – eerste verkenning van de nieuwe regeling en evaluatie vanuit de beleidsdoelstellingen', *TEP* 2012/2-3.

Gubbels 2004

N.C.G. Gubbels, 'Besluit bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WPNR* 2004/6580.

Gubbels 2016

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

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis, 'Een ongelukkig amendement', *WFR* 2010/348.

Herten & Coppens 2012

F. Herten & W. Coppens, 'De overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaamse Gewest. De langverwachte omzendbrief brengt geen totale duidelijkheid en laat nog ruimte voor discussie en subjectieve beoordeling door de Vlaamse Belastingdienst', *AFT* 2012/11.

Hinnekens & Gommers 2015

P. Hinnekens & S. Gommers, 'Wijzigingen ten gronde aan Vlaamse gunstregeling familiebedrijven', *Fiscoloog* 2015/1420.

Hinnekens 2016

P. Hinnekens, 'Gunstregeling inzake overdracht van familiebedrijven in Vlaanderen na de Omzendbrief van 15 december 2015', *Laurius Fiscale nieuwsbrief* 2016/02.

Hoogeveen 2005

M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteit: het ene bedrijfspand is het andere niet', *NTFR* 2005/1045.

Hoogeveen 2012a

M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid is onder de maat', *TFO* 2012/118.

Hoogeveen 2012b

M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland', *VEP* 2012/5.

Hoogeveen & Lindenhof 2017

M.J. Hoogeveen & R.C.G. Lindenhof, 'Toerekenen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016', *MBB* 2017/10-03.

Hoogwout 2011

T.C. Hoogwout, 'Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FTV* 2011/5-23.

Jansen 2005

J.J.M. Jansen, 'Voortzettingsvereisten bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WFR* 2005/229.

Janssen 2013

R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *TB* 2013/1.

Van den Kerkhof & Belzer 2013

S. van den Kerkhof & P.L.C. Belzer, 'Verslag 35^e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging', *WFR* 2013/667.

Peeters & Smed 2015

B. Peeters & R. Smed, 'De Vlaamse registratie- en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015', *AFT* 2015/12.

Roelen 2007

A.W.M. Roelen, 'De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking', *MBB* 2007/03-03.

Rozendal 2018

A. Rozendal, 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.

Russo 2011

R. Russo, 'Ontwikkelingen in de herinvesteringsreserve', *WFR* 2011/41.

Schepens 2014

T. Schepens, 'Wat bij fusie of splitsing binnen de drie jaar vóór of na de schenking of overlijden?' *Tiberghien Fiscale Actualiteit* 2014/25.

ScholsBurgerhartSchols 2013

ScholsBurgerhartSchols, 'Successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Voortzettingseis bezien vanuit aandelen of aandeelhouder?', *Estate Tip* 2013-11.

Soeffriau & Mingalejev 2017

P. Soeffriau & E. Mingalejev, 'Opgelet met herstructurerings in de drie jaar na overdracht van een familiale vennootschap', *Tiberghien Fiscale Actualiteiten* 2017/19.

Sonneveldt & De Kroon 2009

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

Stevens 2008

S.A. Stevens, 'Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit', *WFR* 2008/339.

Stevens 2010

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

Stubbé 2008

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

Verbeke 2012

A.L. Verbeke, 'Het Vlaamse decreet overdracht familiebedrijven. Illustratie van een ontspoorde samenleving', *TEP* 2012/2-3.

Van Vijfeijken 2001

I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De voorgestelde wijzigingen van de Successiewet 1956', *WFR* 2001/1381.

Van Vijfeijken 2009

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

Van Waeyenberghe & Hinnekens 2012

S. van Waeyenberghe & P. Hinnekens, 'Het Successiedecreet 2012 – ommezwaai fiscaal beleid inzake overdracht van familiebedrijven in Vlaanderen', *Eubelius Advocaten* 2012.

De Wijkerslooth-Lhoëst 2009

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

De Wijkerslooth-Lhoëst & Swank 2011

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

Zwemmer 2004

J.W. Zwemmer, 'De heffing van successie- en schenkingsbelasting bij bedrijfsopvolging', *WPNR* 2004/6576.

Rapporten**Burgerhart, Hoogeveen & Egger 2009**

W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009.

EIM 2004 (Meijaard & Diephuis)

J. Meijaard & B.J. Diephuis, *Bedrijfsoverdrachten in het MKB*, Zoetermeer: EIM februari 2004.

EIM 2014 (Prince, Van der Zeijden & Matser)

Y.M. Prince, P. Th. van der Zeijden & I.A. Matser, *Bedrijfsoverdrachten in een periode van recessie en vergrijzing. Stand van zaken in het MKB anno 2013*, Zoetermeer: EIM februari 2014.

Rapport bedrijfsoverdracht 2004

Ministerie van Financiën, *Rapport Bedrijfsoverdracht. Continuïteit door fiscaliteit*, 21 juli 2004, *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 607, nr. 66.

Rapport Moltmaker 2000

Werkgroep modernisering successiewetgeving onder leiding van Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1.

Rapport SEO 2014

SEO Economisch onderzoek, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, SEO-rapport, nr. 2014-39, september 2014, bijlage bij brief staatssecretaris van Financiën van 27 mei 2016, nr. AFP/2016/312M.

Overig

Belastingwetten 2018, *Wolters Kluwer*.

Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3.

Commentaar Vakstudie Nieuws op *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, *V-N* 2009/50.3.

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, bij: Successiewet 1956, art. 35e SW 1956, vanaf 1 januari 2010 en bijgewerkt tot en met 2 september 2018.

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, bij: Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, art. 10 Uitv.reg. S&E, vanaf 1 januari 2010 en bijgewerkt tot en met 2 september 2018.

T&C Erfrecht civiel en fiscaal, commentaar op art. 35b SW 1956, vanaf 1 januari 2015 en bijgewerkt tot en met 1 september 2018.

Regelgeving en parlementaire stukken

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 1954/55, 915, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1954/55, 915, nr. 10.
- *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 24.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 5.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 428, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 14.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 36.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 58.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. C.
- *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 705, nr. 23.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 12.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3.
- *Stb.* 1995, 660.
- Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, nr. DB2009/175, *Stcrt.* 2009, 20169 en *V-N* 2010/5.8.2.

Vlaamse kamerstukken

- *Gedr. St.* Vl. Parl. 1996/97, nr. 428/1.
 - *Gedr. St.* Vl. Parl. 1996/97, nr. 428/17.
 - *Gedr. St.* Vl. Parl. 1997/98, nr. 1608/1.
 - *Parl. St.* Vl. Parl. 2002/03, nr. 1690/7.
 - *Parl. St.* Vl. Parl. 2011/12, nr. 1326/1.
 - *Parl. St.* Vl. Parl. 2011/12, nr. 1326/8.
 - *Parl. St.* Vl. Parl. 2013/14, nr. 2201/1.
-
- Art. 68 van de Wet van 22 december 1998, ‘houdende fiscale en andere bepalingen’, *BS* 15 januari 1999.
 - Decreet van 22 december 1999, ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2000’, *BS* 30 december 1999.

Besluiten

- Besluit staatssecretaris van Financiën van 27 april 2004, nr. DGB 2004/1164M, *Stcrt.* 2012, 26840 en *V-N* 2004/24.22.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, *Stcrt.* 2007, 202 en *V-N* 2007/49.23.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68M, *Stcrt.* 2011, 6416 en *V-N* 2011/23.23.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *Stcrt.* 2012, 18480 en *NTFR* 2012/2189.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stcrt.* 2013, 2175 en *V-N* 2013/8.17.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 16 november 2015, BLKB2015/1346M, *Stcrt.* 2015, 41921 en *V-N* 2015/63.16.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *BNB* 2018/133.

Vlaams beleid

- Omzendbrief van 20 juli 2012, nr. FB/2012/1, *BS* 23 augustus 2012.
- Omzendbrief van 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, *BS* 31 december 2015.
- Beslissing Vlaamse Belastingdienst van 17 oktober 2016, Familiale vennootschap – behoud gunstmaatregel na partiële splitsing, nr. 16048, *VLABEL*, 24 oktober 2016, <http://belastingen.vlaanderen.be/>.

Brieven

- Brief staatssecretaris van Financiën van 16 juni 1993, nr. AFP93/165, *V-N* 1993/2011, 3.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2004, nr. WDB 2004-420M, *V-N* 2004/37.7.
- Bijlage 1 bij brief staatssecretaris van Financiën van 29 juli 2014, nr. DGB 2014/4245U.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 27 mei 2016, nr. AFP/2016/312M.

Jurisprudentieregister

Rechtbanken

- Rb. Gelderland 8 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3088, *NTFR* 2014/2278, m.nt. L. Bergman.
- Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4708, *V-N* 2012/43.20, m.nt. Redactie V-N en *NTFR* 2016/1605, m.nt. L. Bergman.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 8 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8475, *V-N* 2017/17.2.3.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:61, *NTFR* 2017/961.

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 31 augustus 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AA1304, *V-N* 1999/15.12.
- Hof Leeuwarden 14 december 2001, ECLI:NL:GHLEE:2001:AD7350, *V-N* 2002/7.20.
- Hof Arnhem 11 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW3449, *NTFR* 2012/2128, m.nt. H. Roerdink.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1687, *V-N* 2016/30.1.3 en *NTFR* 2016/1321, m.nt. B.B.A. de Kroon.
- Hof Den-Bosch 18 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2192, *V-N* 2018/1766.

Hoge Raad

- HR 26 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY4122, *BNB* 1955/216.
- HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, *BNB* 1960/123.
- HR 7 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AY4399, *BNB* 1972/227.
- HR 11 juli 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8617, *BNB* 1984/311.
- HR 21 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8797, *BNB* 1984/71.
- HR 18 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AW8681, *BNB* 1984/169.
- HR 16 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8175, *BNB* 1985/320.
- HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5843, *BNB* 1997/303.
- HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4523, *BNB* 2010/213, m.nt. P.H.J. Essers.
- HR 19 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4511, *BNB* 2010/214, m.nt. P.H.J. Essers.
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0193, *BNB* 2010/286.
- HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4186, *BNB* 2012/286.
- HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, *BNB* 2016/166, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.
- HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:202, *BNB* 2017/112.

HVJ EG

- HVJ EG 25 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:631, *NJ* 2008/152.