



De bijzondere behandeling van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956

Master Fiscale Economie

Student	C.M.H. van de Mortel
Studentnummer	1264282
Studierichting	Fiscale Economie
Universiteit	Tilburg University
Datum	28-01-2019
Examencommissie	mr. dr. M.J. Hoogeveen prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Lijst met gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
Ak	Aandelenkapitaal
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Besluit IB 1941	Besluit op de inkomstenbelasting 1941
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BW	Burgerlijk Wetboek
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
Dutch GAAP	Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving
FED	FED Fiscaal Weekblad
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IW 1990	Invorderingswet 1990
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
Par.	Paragraaf
RJ	Richtlijnen voor de jaarverslaggeving
Stcrt.	Staatscourant
SW 1956	Successiewet 1956
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv.reg.	Uitvoeringsregeling
VFP	Vakblad Financiële Planning
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 1964	Wet inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Abstract

De wetgever is van mening dat de continuïteit van een onderneming niet in gevaar mag komen doordat belasting is verschuldigd bij de overdracht van die onderneming. Wanneer sprake is van een reële bedrijfsopvolging, kunnen daarom de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden toegepast. Preferente aandelen kwalificeren alleen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien deze zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Welke aandelen moeten worden bestempeld als preferente aandelen, dient te worden beoordeeld met in achtneming van de economische werkelijkheid.

Om te bewerkstelligen dat enkel de overdracht van preferente aandelen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging fiscaal wordt begeleid, heeft de wetgever vier nadere voorwaarden gesteld. Voldaan moet worden aan het omzettingsvereiste, het toekenningsvereiste, het ondernemingsvereiste en het aandeelhoudersvereiste. Het is de vraag of deze voorwaarden juist zijn vormgegeven. Uit het onderzoek blijkt dat de gedachte achter het omzettingsvereiste en het toekenningsvereiste in overeenstemming is met de ratio van de faciliteiten. Voor deze voorwaarden dienen echter een aantal aanpassingen te worden doorgevoerd, zodat slechts gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen kwalificeren. Het ondernemingsvereiste is juist vormgegeven en behoeft geen aanpassingen. Het aandeelhoudersvereiste is niet juist vormgegeven en dient te worden aangepast. Het onderzoek pleit ervoor om aan te sluiten bij een 5%-belang van gewone aandelen.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding.....	7
1.1 Aanleiding	7
1.2 Probleemstelling.....	8
1.3 Verantwoording van de opzet.....	9
Hoofdstuk 2 – De bijzondere positie van preferente aandelen.....	10
2.1 Inleiding.....	10
2.2 Preferente aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling	10
2.2.1 Besluit IB 1941.....	10
2.2.2 Wet IB 1964 tot 1997	11
2.2.3 Reparatiewetgeving.....	12
2.2.4 Wet IB 1964 vanaf 1997.....	12
2.2.5 Wet IB 2001	13
2.3 Ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.....	13
2.3.1 Doorschuiфregelingen voor de inkomstenbelasting	14
2.3.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de schenk- en erfbelasting	15
2.3.3 Voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.....	15
2.4 Preferente aandelen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.....	17
2.5 Tussenconclusie.....	18
Hoofdstuk 3 – Rechtvaardiging voor uitzondering preferente aanmerkelijkbelanghouder?.....	20
3.1 Inleiding.....	20
3.2 Argument 1: belasten van de preferente aanmerkelijkbelanghouder in box 2	20
3.3 Argument 2: risico en kapitaalverstrekkende functie	22
3.4 Tussenconclusie.....	24
Hoofdstuk 4 – Welke aandelen zijn preferent?	25
4.1 Inleiding.....	25
4.2 Definities gewone en preferente aandelen.....	25
4.2.1 Definitie binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	25
4.2.2 Definitie binnen het civiele recht.....	27
4.2.3 Definitie binnen het jaarrekeningenrecht	28
4.2.4 Handvaten voor de kwalificatie van aandelen.....	29
4.3 Kwalificatie hybride vormen: gewone of preferente aandelen?.....	30
4.3.1 Verschillen in het nominale kapitaal	31
4.3.2 Verschillen in agio- en dividendreserves.....	31
4.3.3 Tracking stocks.....	34

4.4	Tussenconclusie.....	35
Hoofdstuk 5 – Invulling nadere voorwaarden voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder		36
5.1	Inleiding.....	36
5.2	Omzettingsvereiste	36
5.3	Toekenningsvereiste.....	39
5.4	Ondernemingsvereiste	41
5.5	Aandeelhouderschapsvereiste.....	42
5.6	Tussenconclusie.....	43
Hoofdstuk 6 – Conclusies en aanbevelingen.....		45
6.1	Inleiding.....	45
6.2	Conclusies	45
6.3	Aanbevelingen.....	46
Literatuurlijst.....		48

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

Wanneer een aanmerkelijkbelanghouder zijn aandelen vervreemdt, zal hij in beginsel inkomstenbelasting moeten betalen over het vervreemdingsvoordeel dat hij behaalt. In geval van een schenking of vererving is de verkrijger van de aandelen daarnaast schenkbelasting dan wel erfbelasting verschuldigd over de waarde in het economische verkeer van de verkregen aandelen. Om deze belastingen te kunnen voldoen hebben de erflater en de verkrijger liquide middelen nodig. Indien zij hierover niet beschikken, zouden liquide middelen aan de onderneming kunnen worden onttrokken. De wetgever heeft aangegeven dat hierdoor de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen.¹ In de literatuur wordt nut en noodzaak van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in twijfel getrokken. De wetgever heeft namelijk niet aannemelijk gemaakt dat de faciliteiten noodzakelijk zijn, omdat hij daar geen onderzoek naar gedaan heeft. In de literatuur wordt gesteld dat een uitstelregeling ook zou volstaan om liquiditeitsproblemen als gevolg van een bedrijfsopvolging te voorkomen.² Deze discussie wordt in het vervolg van deze scriptie buiten beschouwing gelaten. Voor deze scriptie is van belang dat de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten liquiditeitsproblemen wil voorkomen die kunnen ontstaan als gevolg van een bedrijfsopvolging.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bestaan uit doorschuiffaciliteiten voor de inkomstenbelasting en voorwaardelijke vrijstellingen voor de schenk- en erfbelasting.³ De doorschuiffaciliteiten bepalen dat de verkrijgingsprijs van de erflater of schenker wordt doorgeschoven naar de verkrijger van de aandelen. In de schenk- en erfbelasting staan voorwaardelijke vrijstellingen beschreven. Indien de liquidatiewaarde hoger is dan de waarde going concern, kan een voorwaardelijke vrijstelling van 100% worden verkregen voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern. Daarnaast bestaat een voorwaardelijke vrijstelling van 100% voor de totale waarde van het ondernemingsvermogen, tot een maximum van € 1.084.851 per objectieve onderneming. Nadat de 100%-vrijstelling is benut, geldt voor het overige ondernemingsvermogen een voorwaardelijke vrijstelling van 83%.⁴

De wetgever heeft nadrukkelijk aangegeven dat het de bedoeling van de faciliteiten is om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Hij verstaat onder een reële bedrijfsopvolging de overdracht van een onderneming door een ondernemer aan een bedrijfsopvolger. Hierbij is van belang dat de ondernemer de onderneming enige tijd moet hebben gedreven en de bedrijfsopvolger de onderneming voortzet als ondernemer.⁵ De faciliteiten zijn niet bedoeld om iedere vermogensverstrekking aan een onderneming fiscaal te begeleiden. Zo kwalificeert een kapitaalverschaffer niet als ondernemer.⁶ Houders van preferente aandelen kunnen in beginsel geen beroep doen op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat de wetgever hen als kapitaalverschaffers beschouwt.⁷ Alleen

¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 25.

² Zie o.a.: Hoogeveen en Vernooij 2010, noot 5 en Van Vijfeijken 2011 par 3.1. en 3.3.

³ Zie voor de inkomstenbelasting in geval van erven: artikel 4.17a jo. artikel 4.39a Wet IB 2001 jo. artikel 26a en 26b Uitv.reg. Wet IB 2001. Zie voor de inkomstenbelasting in geval van schenking: artikel 4.17c jo. artikel 4.39c Wet IB 2001 jo. artikel 26c en 26d Uitv.reg. Wet IB 2001. Zie voor de schenk- en erfbelasting in geval van schenken of erven: artikel 35b - artikel 35f SW 1956 jo. artikel 7 – artikel 10 Uitv.reg. S&E.

⁴ De cijfers zijn ontleend aan de belastingwetgeving van 2019.

⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁶ *Kamerstukken I* 2009-2010, 32 128, nr. E, p. 7.

⁷ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 97.

indien preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging, kan onder nadere voorwaarden een beroep op de faciliteiten worden gedaan.⁸

In de literatuur geven diverse auteurs aan dat ze het niet eens zijn met de keuze van de wetgever om voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder nadere voorwaarden te stellen.⁹ Zo vinden verschillende auteurs het niet rechtvaardig dat iedere preferente aanmerkelijkbelanghouder onder de aanmerkelijkbelangregeling wordt belast, maar enkel onder nadere voorwaarden een beroep kan doen op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarnaast wordt in de literatuur aangedragen dat het niet rechtvaardig is dat de preferente aandeelhouder een andere behandeling geniet dan de gewone aandeelhouder, omdat de preferente aandeelhouder dezelfde risico's loopt als de gewone aandeelhouder en ze beiden kapitaal aan de onderneming verstrekken.

Naast de discussie of terecht nadere voorwaarden zijn gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen, kan worden afgevraagd op welke aandelen de wetgever doelt. De wetgever heeft het begrip 'preferente aandelen' namelijk niet gedefinieerd. De wetgever heeft slechts een aantal omschrijvingen gegeven. Deze omschrijvingen staan haaks op elkaar, waardoor het in sommige situaties onduidelijk is of sprake is van een gewoon of preferent aandeel. Gewone aandelen vertegenwoordigen eigen vermogen. Preferente aandelen worden voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten behandeld als vreemd vermogen, omdat ze slechts recht geven op dividend. In de praktijk bestaan aandelen met zowel kenmerken van eigen vermogen als van vreemd vermogen.¹⁰ In de literatuur bestaat verdeeldheid over hoe deze hybride vormen moeten worden behandeld voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹¹

Daarnaast bestaat kritiek op de invulling van de nadere voorwaarden. De voorwaarden zijn gesteld zodat preferente aandelen, die zijn ontstaan en verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging, toegang kunnen verkrijgen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Diverse auteurs betogen dat de voorwaarden onjuist zijn vormgegeven. Volgens hen zorgen de nader gestelde voorwaarden niet altijd voor een juiste uitwerking, gelet op de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹²

1.2 Probleemstelling

De probleemstelling van deze scriptie luidt als volgt:

Is het stellen van nadere voorwaarden voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en in hoeverre zorgen deze voorwaarden ervoor dat enkel, maar ook alle gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen fiscaal worden begeleid?

Middels onderstaande deelvragen zal naar een antwoord op de probleemstelling worden gezocht.

- Wat is de gegeven ratio van de aanmerkelijkbelangregeling en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?
- Is het te rechtvaardigen dat voor de preferente aandeelhouder nadere voorwaarden zijn gesteld, gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?
- Wat moet onder preferente aandelen worden verstaan voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?

⁸ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁹ Zie o.a.: De Beer 2010, Stevens 2010, De Wijkerslooth-Lhoëst 2010 en Dijkstra 2011.

¹⁰ Kathman & Monteiro 2014.

¹¹ Zie o.a.: Gijlswijk 2010, Heithuis 2010, Van der Kroon 2012 en De Beer & Overduin 2017.

¹² Zie o.a.: De Beer 2009, Heithuis 2010, Hoogwout 2011, Van der Kroon 2012, Bult 2013, Janssen 2013.

- Zijn de nader gestelde voorwaarden juist vormgegeven zodat gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen fiscaal worden begeleid? Zo nee, welke aanpassingen zijn nodig om dit te bereiken?

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn een veelbesproken onderwerp in de literatuur. Het gaat deze scriptie te buiten om alle aspecten van de faciliteit onder de loep te nemen. In deze scriptie staat louter de behandeling van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten centraal. Met behulp van nationale wet- en regelgeving, de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en opvattingen in de literatuur zal een antwoord op de probleemstelling worden gegeven.

Sinds 2010 zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956 voor zover mogelijk met elkaar in overeenstemming gebracht.¹³ Om die reden worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten slechts vanuit de schenk- en erfbelasting besproken. Indien de voorwaarden voor de doorschuiffaciliteiten en de voorwaardelijke vrijstellingen niet met elkaar overeenkomen, zal dit worden vermeld.

1.3 Verantwoording van de opzet

In hoofdstuk 2 wordt de gegeven ratio van de aanmerkelijkbelangregeling en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uiteengezet. Hierbij wordt aandacht besteed aan de positie van de preferente aandeelhouder in de aanmerkelijkbelangregeling en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 onderzocht of het rechtvaardig is dat voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder nadere voorwaarden zijn gesteld, gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

In hoofdstuk 4 wordt onderzocht welke aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als preferente aandelen moeten kwalificeren. Er zal worden ingegaan op de definitie van preferente aandelen. Tevens wordt onderzocht hoe aandelen met zowel eigenschappen van eigen vermogen als van vreemd vermogen moeten worden behandeld voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Daaropvolgend worden in hoofdstuk 5 de nader gestelde voorwaarden voor preferente aandelen besproken. Onderzocht zal worden of deze voorwaarden ertoe leiden dat gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen fiscaal worden begeleid. Indien nodig worden aanpassingen voorgesteld.

Tot slot volgen in hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen.

¹³ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 705, nr. 23, p. 37-38 en *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 42.

Hoofdstuk 2 – De bijzondere positie van preferente aandelen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt de ratio van de aanmerkelijkbelangregeling aan bod, waarbij zal worden ingegaan op de positie van preferente aandelen binnen het aanmerkelijkbelangregime. Toegelicht zal worden waarom de wetgever de preferente aanmerkelijkbelanghouder in box 2 belast.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Eerst zullen de ratio en de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden besproken. Hierna wordt ingegaan op de positie van preferente aandelen binnen de faciliteiten. Uiteengezet wordt waarom de wetgever de preferente aanmerkelijkbelanghouder een andere behandeling heeft gegeven dan de gewone aanmerkelijkbelanghouder. De gewone aanmerkelijkbelanghouder heeft toegang tot de faciliteiten, maar de preferente aanmerkelijkbelanghouder wordt in beginsel uitgesloten. Alleen indien is voldaan aan de nader gestelde cumulatieve voorwaarden, kan de preferente aanmerkelijkbelanghouder toegang tot de faciliteiten verkrijgen.

2.2 Preferente aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling

Bij de invoering van de aanmerkelijkbelangregeling behoorden preferente aandelen niet tot de aandelen die een aanmerkelijk belang konden vormen. Later is de preferente aandeelhouder alsnog in de aanmerkelijkbelangregeling betrokken. De parlementaire geschiedenis zal uiteen worden gezet, zodat de keuzes van de wetgever kunnen worden toegelicht.¹⁴

2.2.1 Besluit IB 1941¹⁵

In de periode voor het Besluit IB 1941 bestonden de inkomsten van een grootaandeelhouder uit ondernemingswinst en privévermogenswinst. Een grootaandeelhouder werd enerzijds vergeleken met een ib-ondernemer, omdat zij beiden recht hebben op de winstreserves van de onderneming. De winstreserves behoorden bij de grootaandeelhouder tot de ondernemingswinst en hierover moest inkomstenbelasting worden betaald.¹⁶ De grootaandeelhouder werd anderzijds met een belegger vergeleken, omdat hij aandelen hield. Wanneer een grootaandeelhouder zijn aandelen vervreemde, werd de winst die hij daarbij behaalde bestempeld als privévermogenswinst. Privévermogenswinst behoorde niet tot het inkomensbegrip voor de inkomstenbelasting. Over privévermogenswinsten was de grootaandeelhouder dus geen belasting verschuldigd. Aangezien de grootaandeelhouder invloed kon uitoefenen op het dividendbeleid van de onderneming, kon hij (mede) beslissen dat geen dividend werd uitgekeerd waardoor de winstreserves in de onderneming bleven. De opgepote winstreserves konden vervolgens onbelast worden gerealiseerd wanneer de grootaandeelhouder zijn aandelen vervreemde.¹⁷

Bij het Besluit IB 1941 is de aanmerkelijkbelangregeling ingevoerd. De regeling hield in dat wanneer de grootaandeelhouder zijn aandelen vervreemde, hij belasting moest betalen over de winstreserves. Oppotten van dividenden werd hierdoor voorkomen.¹⁸ Het begrip aanmerkelijk belang bevat een

¹⁴ Zie Rijkers & van Dijck 2000, p. 22-24 voor een uitgebreidere uiteenzetting van de parlementaire geschiedenis ten aanzien van de aanmerkelijkbelangregeling.

¹⁵ De parlementaire geschiedenis ontbreekt als gevolg van de Tweede Wereldoorlog. De Leidraad Besluit 1941 en Nota Algemene Herziening dienen als vervanging voor de parlementaire behandeling.

¹⁶ §26, vierde lid Leidraad Besluit 1941.

¹⁷ Nota Algemene Herziening, p. 4–5.

¹⁸ Nota Algemene Herziening, p. 3–4.

kwantitatief en kwalitatief criterium. Het kwantitatieve criterium houdt voor het Besluit IB 1941 in dat een aandeelhouder al dan niet tezamen met zijn naaste verwanten ten minste 25% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal moest bezitten. Het kwalitatieve element houdt verband met het middellijk of onmiddellijk zijn van aandeelhouder.¹⁹

In het Besluit IB 1941 zijn geen bepalingen te vinden ten aanzien van de behandeling van preferente aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling.²⁰

2.2.2 Wet IB 1964 tot 1997

In het kamerjaar 1961-1962 is de behandeling van prioriteitsaandelen aan bod gekomen. Prioriteitsaandelen zijn aandelen waaraan bijzondere zeggenschapsrechten zijn verbonden. Deze zeggenschapsrechten kunnen in de statuten van de vennootschap worden beschreven. Ook preferente aandelen worden in de statuten gecreëerd.²¹ Prioriteitsaandelen hebben net zoals preferente aandelen vaak een beperkt recht op de winstreserves en de liquidatie-uitkeringen. De positie van prioriteitsaandelen en preferente aandelen binnen de aanmerkelijkbelangregeling is daarom vergelijkbaar.²² Uit de volgende passage blijkt dat prioriteitsaandelen niet tot het aanmerkelijkbelangregime behoren volgens de wetgever.²³

“(…) Prioriteitsaandelen zijn vrijwel steeds beperkt tot een matig dividend en tot ontvangst van het nominale bedrag in geval van liquidatie. (…) Wanneer zij met winst worden verkocht, vindt die winst haar grond geenszins in de reserves van de n.v., maar wel in de genoemde rechten. Daarom is het – ook in de gedachtegang van de bewindslieden – onjuist dergelijke aandelen aan het a.b.-regime te onderwerpen.”

Ook uit de reactie van de bewindslieden kan worden opgemaakt dat dergelijke aandelen geen aanmerkelijk belang kunnen vormen.²⁴

“dat deze aandelen – zoals trouwens ook andere aandelen waarin geen recht op de reserves van de n.v. is belichaamd – (…) buiten de aanmerkelijkbelangregeling vallen.”

De Hoge Raad volgde de gedachtegang van de wetgever in BNB 1980/100. De Hoge Raad besliste dat een vervreemdingswinst op prioriteitsaandelen niet onder het aanmerkelijkbelangregime viel, omdat zulke aandelen geen recht op reserves van het lichaam boden.²⁵ De Hoge Raad besliste daarentegen in andere arresten dat cumulatief preferente aandelen moeten worden meegeteld om te bepalen welk percentage een aandeelhouder van het nominaal gestorte kapitaal bezat.²⁶ Het gegeven dat de preferente aandelen geen recht gaven op de reserves van de onderneming, was voor de Hoge Raad geen reden om ze niet mee te tellen bij het nominaal gestorte aandelenkapitaal. Dit zorgde ervoor dat de aanmerkelijkbelangregeling op een eenvoudige manier kon worden ontweken. Wanneer preferente aandelen werden uitgegeven, daalde procentueel gezien het belang dat de aandeelhouder in de onderneming hield. Het nominaal gestorte aandelenkapitaal werd namelijk groter door de uitgifte van de preferente aandelen. De uitgifte van preferente aandelen ging dus mogelijk gepaard met verwatering

¹⁹ Nota Algemene Herziening, p. 3–4.

²⁰ Hoogeveen 2012, p. 27.

²¹ Artikel 2:92 lid 3 BW en artikel 2:201 lid 3 BW.

²² Van Solinge & Nieuwe Weme 2013, 309.

²³ *Kamerstukken II 1961-1962*, 5 380, nr. 16, p. 24.

²⁴ *Kamerstukken II 1961-1962*, 5 380, nr. 19, p. 58.

²⁵ HR 21 november 1979, nr. 19 279, BNB 1980/100, m.nt. Van Dijck.

²⁶ HR 23 januari 1974, nr. 17 149, BNB 1974/132 en HR 23 januari 1974, nr. 17 194, BNB 1974/133, m.nt. J. Verburg.

van het aanmerkelijk belang. Voor aanmerkelijkbelanghouders bestond nog geen afrekenmoment wanneer zij ophielden aanmerkelijkbelanghouder te zijn. Hierdoor ging de belastingclaim verloren wanneer een aanmerkelijk belang verwaterde. De Hoge Raad besliste dat het creëren van een verwateringsconstructie niet in strijd was met het doel en de strekking van de aanmerkelijkbelangregeling.²⁷

2.2.3 Reparatiwetgeving

Als reactie op de beslissing van de Hoge Raad werd reparatiwetgeving ingevoerd. De wetgever wilde voorkomen dat een aanmerkelijk belang verwaterde door de uitgifte van preferente aandelen.²⁸ De reparatiwetgeving zorgde voor een drietal wijzigingen.

Een van die wijzigingen hield in dat preferente aandelen niet tot het nominaal gestorte aandelenkapitaal werden gerekend. Hierdoor werden ze niet meegerekend bij de bepaling of sprake was van een aanmerkelijk belang. Volgens artikel 39 lid 3 Wet IB 1964 was sprake van een preferent aandeel indien de winstgerechtigdheid was beperkt tot 10% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal, dividend jaarlijks werd uitgekeerd en het aandeel bij ontbinding van de vennootschap niet meedeelde in de reserves. Indien aandelen niet voldeden aan alle voorwaarden van dit artikel, werden ze als gewone aandelen bestempeld. Enkel gewone aandelen telden mee voor het kwalitatieve criterium. De wijziging zorgde ervoor dat een aanmerkelijk belang niet meer kon verwateren door de uitgifte van preferente aandelen. De tweede wijziging betrof de invoering van het soort aanmerkelijk belang. Aan artikel 39 lid 3 Wet IB 1964 werd toegevoegd dat ook per soort aandelen een aanmerkelijk belang kon worden gevormd. Allereerst werd getoetst of sprake was van een aanmerkelijk belang. Indien dit niet het geval was, werd vervolgens gekeken of een soort aanmerkelijk belang aanwezig was. De voorwaarden voor een soort aanmerkelijk belang zijn hetzelfde als die van een gewoon aanmerkelijk belang, maar dan toegespitst per soort aandelen. Aandelen vormen een soort wanneer aan de aandelen een specifiek recht is toegekend.²⁹ Tot slot werd het aflopende aanmerkelijk belang ingevoerd. Een aflopend aanmerkelijk belang ontstond indien een aanmerkelijk belang niet langer kwalificeerde als aanmerkelijk belang. Het belang werd vervolgens gedurende 5 jaar belast alsof sprake was van een aanmerkelijk belang. Na de periode van 5 jaar verliep de aanmerkelijkbelangpositie alsnog, zonder dat een afrekeningsmoment zich voordeed.³⁰

2.2.4 Wet IB 1964 vanaf 1997

De aanmerkelijkbelangregeling is hervormd bij Wet van 16 december 1996, Stb. 657. Het doel van de nieuwe regeling was bestaande knelpunten te verhelpen.³¹ Vanaf 1997 heeft een aandeelhouder een aanmerkelijk belang indien hij al dan niet tezamen met zijn echtgenoot of partner 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal bezit. Daarnaast worden zowel reguliere- als vervreemdingsvoordelen belast onder de aanmerkelijkbelangregeling tegen een vast tarief van 25%. De wetgever heeft voor dit tarief gekozen zodat een vergelijkbare belastingdruk voor aanmerkelijkbelanghouders en ib-ondernemers ontstaat. Bij de belastingheffing van de aanmerkelijkbelanghouder moet namelijk rekening worden gehouden met de vennootschapsbelasting. De wetgever wilde de belemmering om dividenden uit te keren wegnemen door een vergelijkbare belastingdruk te creëren.³²

²⁷ HR 11 mei 1988, nr. 24 918, BNB 1988/289, m.nt. Van Brunshot.

²⁸ Wet tot wijziging van de inkomstenbelasting van 7 maart 1991, Stb. 94.

²⁹ *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 033, nr. 12, p. 3 en *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 761, nr. 3, p. 43-44.

³⁰ *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 033, nr. 12, p. 3.

³¹ *Kamerstukken II 1996-1997*, 24 761, nr. 7, p. 5.

³² *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 761, nr. 3, p. 34.

Bij de hervorming zijn ook ten aanzien van preferente aandelen wijzigingen doorgevoerd. Een van die wijzigingen hield in dat preferente aandelen weer worden meegeteld bij de bepaling of een aanmerkelijk belang aanwezig is. De reguliere- en vervreemdingsvoordelen van een preferent aanmerkelijk belang worden daarom belast als inkomen uit aanmerkelijk belang. De uitzondering dat preferente aandelen niet tot het nominaal gestorte aandelenkapitaal moesten worden gerekend werd ingetrokken, omdat het soort aanmerkelijk belang werd ingevoerd als reactie op de verwateringsconstructies. De invoering van het soort aanmerkelijk belang maakte deze uitzondering overbodig. Bij de uitgifte van preferente aandelen ontstaan namelijk soort aandelen. Gewone aandelen en preferente aandelen vormen ieder een eigen soort, omdat beiden specifieke kenmerken bezitten. Voorheen kon een aanmerkelijk belang verwateren door de uitgifte van preferente aandelen, omdat het aandelenbelang ten opzichte van het geplaatste kapitaal verkleint door de uitgifte van preferente aandelen. Hierdoor was het mogelijk dat niet meer werd voldaan aan de voorwaarden van een aanmerkelijk belang. Door de invoering van het soort aandeel moet ook per soort worden bepaald of sprake is van een aanmerkelijk belang. Aandelen die voor de uitgifte van preferente aandelen een aanmerkelijk belang vormden, behouden hierdoor de kwalificatie als aanmerkelijk belang aandelen.³³ Daarnaast is het aflopende aanmerkelijk belang vervangen door een fictief aanmerkelijk belang. Wanneer een aanmerkelijk belang niet langer aanwezig is, om welke reden dan ook, wordt dit als een vervreemding beschouwd. In dergelijke gevallen moet worden afgerekend over de waarde in het economische verkeer minus de verkrijgingsprijs. Dit kan bezwaren opleveren wanneer de belastingplichtige de winst nog niet heeft gerealiseerd. Om die reden kan gebruik worden gemaakt van doorschuifregelingen, waardoor de verkrijgingsprijs van de vervreemder wordt doorgeschoven naar de verkrijger van de aandelen. Indien de aandelen na doorschuiving niet meer is voldaan aan het 5%-criterium, vormen deze aandelen een fictief aanmerkelijk belang. Hierdoor blijft de fiscale claim behouden.³⁴ De doorschuifregeling zal verder worden toegelicht in paragraaf 2.3.1.

2.2.5 Wet IB 2001

Preferente aandelen behoren tot een aanmerkelijk belang wanneer de houder van aandelen al dan niet tezamen met zijn partner 5% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit zoals in artikel 4.6 Wet IB 2001 is beschreven. Tevens is het mogelijk dat preferente aandelen een soort aanmerkelijk belang vormen op basis van art 4.7 Wet IB 2001.

Gesteld kan worden dat ondernemersparalliteit tussen de ib-ondernemer en de aanmerkelijkbelanghouder bestaat. Echter, niet iedere aanmerkelijkbelanghouder moet worden beschouwd als ondernemer. De vergelijking met een ondernemer kan niet worden gemaakt wanneer een aandeelhouder alle aandelen in een beleggings-bv houdt. Wanneer hij de beleggingen in privé zou houden, zou de belastingplichtige immers in box 3 worden belast.³⁵

2.3 Ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

In deze paragraaf zal de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan bod komen. Allereerst zal worden ingegaan op het doel van de doorschuiffaciliteiten voor de inkomstenbelasting en van de voorwaardelijke vrijstellingen voor de schenk- en erfbelasting.³⁶ Daarna zullen de voorwaarden van de faciliteiten beknopt worden besproken.

³³ *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 761, nr. 3, p. 44.

³⁴ *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 761, nr. 3, p. 22 en 49.

³⁵ Hoogeveen 2012, par. 2.1.

³⁶ Zie uitgebreid Hoogeveen 2011, hoofdstuk 3 en Gijlswijk e.a. 2012, p. 10-20.

2.3.1 Doorschuifregelingen voor de inkomstenbelasting

In het Besluit IB 1941 is de aanmerkelijkbelangregeling ingevoerd, omdat de aandeelhouder stille reserves kon oppotten in de vennootschap en vervolgens onbelast kon realiseren wanneer hij zijn aandelen vervreemde. In het Besluit IB 1941 waren geen bepalingen opgenomen met betrekking tot de overdracht van aandelen in geval van overlijden. Hierdoor bestond de vraag of de verkrijgingsprijs van de verkrijger moest worden gesteld op de verkrijgingsprijs van de erflater of op de waarde van de aandelen ten tijde van het overlijden van de erflater. In de Resolutie van 10 juli 1942, B. nr. 7706 is antwoord gegeven op deze vraag. De verkrijgingsprijs van de verkrijger moest worden gesteld op de waarde in het economische verkeer ten tijde van het overlijden van de erflater. De Hoge Raad heeft dit in een aantal arresten bevestigd.³⁷ Hierdoor ontstond een heffingslek wanneer de waarde in het economische verkeer hoger was dan de verkrijgingsprijs van de erflater. Bij de erflater vond geen afrekening plaats, waardoor over het verschil tussen de verkrijgingsprijs van de erflater en de waarde in het economische verkeer geen belasting werd geheven. Om dit heffingslek te voorkomen, werd een doorschuiffaciliteit bij overlijden opgenomen in artikel 39 lid 9 Wet IB 1964. In dit lid was geregeld dat wanneer de aanmerkelijkbelanghouder overleed, zijn verkrijgingsprijs werd doorgeschoven naar de verkrijger van de aandelen. Artikel 39 lid 10 Wet IB 1964 betrof een uitzondering op de hoofdregel en bepaalde dat op verzoek kon worden afgerekend.

De doorschuiffaciliteit is ingevoerd zodat de belastingclaim werd behouden en niet met de reden om een nieuw heffingsmoment te creëren.³⁸ Daarnaast dient de doorschuifregeling belastingcumulatie te voorkomen. De doorschuifregeling houdt namelijk rekening met de verschuldigde erfbelasting.³⁹ In de winstfeer kon de doorschuifregeling ook worden toegepast bij leven, zodat werd voorkomen dat een bedrijfsopvolging werd uitgesteld tot het overlijden van de ondernemer.⁴⁰ Voor het aanmerkelijk belang was enkel een beroep op de doorschuifregeling bij overlijden mogelijk.⁴¹

In 2010 heeft de wetgever gepoogd de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting te harmoniseren, zodat de faciliteiten beter op elkaar aansluiten.⁴² De wetgever wilde, voor zover mogelijk, een gelijklopende toets aanbrengen voor de faciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956, zodat deze faciliteiten onder dezelfde voorwaarden van toepassing zijn. Hierdoor hoeft niet tweemaal getoetst te worden of de faciliteiten van toepassing zijn.⁴³

Vanaf 2010 is de doorschuifregeling ook toegankelijk bij overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen krachtens schenking. Voor 2010 bestond voor de inkomstenbelasting alleen een doorschuifregeling bij de overdracht van aandelen als gevolg van overlijden. Dit bracht met zich mee dat ondernemers vanuit fiscaal oogpunt een bedrijfsopvolging konden uitstellen tot aan het overlijden. Economisch gezien was dit onwenselijk en daarom moeten de faciliteiten een bedrijfsopvolging bij leven en overlijden gelijk behandelen.⁴⁴ De wetgever heeft tevens aangegeven dat geen onderscheid gemaakt mag worden tussen

³⁷ HR 2 april 1947, no. B 8335, HR 9 oktober 1957, nr. 13 235, BNB 1957/302, m.nt. Hollander en HR 29 april 1959, nr. 13 891, BNB 1959/222, m.nt. M.J.H. Smeets.

³⁸ *Kamerstukken II 1957-1958*, 5 380, nr. 3, p. 44.

³⁹ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 4, p. 3.

⁴⁰ Artikel 17 Wet IB 1964.

⁴¹ *Kamerstukken II 1961-1962*, 5 380, nr. 16, p. 16 en *Kamerstukken II 1962-1963*, 5 380, nr. 19, p. 38.

⁴² *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930 en *Kamerstukken II, 2009-2010*, 32 129.

⁴³ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 5.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 3.

direct en indirect gehouden aandelen. Voor een indirect aanmerkelijk belang moeten derhalve dezelfde eisen worden gesteld als voor een direct aanmerkelijk belang.⁴⁵ Deze wijzigingen dragen bij aan de rechtsvormneutraliteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De wetgever heeft aangegeven dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten reële bedrijfsopvolgingen fiscaal moeten begeleiden. De wetgever heeft een reële bedrijfsopvolging gedefinieerd als:⁴⁶

“een overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet”

Om toegang te krijgen tot de faciliteiten moet dus ‘echt’ ondernemingsvermogen worden verkregen. Over beleggingsvermogen moet in beginsel worden afgerekend. Voorheen was het voor de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting niet van belang of beleggings- of ondernemingsvermogen werd verkregen.⁴⁷ Het is volgens de wetgever terecht dat de faciliteiten niet van toepassing zijn op beleggingsvermogen. Overlijden is het laatste heffingsmoment en gelet op de draagkrachtgedachte moet over de meerwaarde van de aandelen belasting worden geheven. Voor het ondernemingsvermogen wordt daarvan afgezien, omdat de economische bedrijvigheid niet in gevaar mag worden gebracht door de betaling van belasting. Deze gedachte gaat niet op voor beleggingsvermogen. Ook in geval van schenking is de wetgever van mening dat moet worden afgerekend over het beleggingsvermogen dat toerekenbaar is aan de vennootschap.⁴⁸

2.3.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de schenk- en erfbelasting

Vanaf 1 januari 2002 zijn de faciliteiten voor de SW 1956 van kracht. De faciliteiten zijn van toepassing wanneer ondernemingsvermogen wordt verkregen.⁴⁹ Voor 1 januari 2002 bestond een betalingsregeling en een kwijtscheldingsfaciliteit in de IW 1990 voor de verschuldigde successierechten. De wetgever heeft voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voortgeborduurd op de ratio van de betalingsregeling en de kwijtscheldingsfaciliteit.⁵⁰ Het doel van de betalingsregeling en de kwijtscheldingsfaciliteit komt met elkaar overeen. In de Kamerstukken is aangegeven dat wanneer een onderneming wordt verkregen krachtens erfrecht of schenking, het verschuldigde successierecht niet tot financiële problemen mag leiden waardoor de continuïteit van de onderneming wordt geschaad.⁵¹ De verschuldigde belasting zou tot liquiditeitsproblemen kunnen leiden wanneer liquide middelen worden uitgekeerd om de belasting te voldoen. In het kader van de harmonisatie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in 2010 heeft de wetgever nogmaals aangegeven dat moet worden voorkomen dat de continuïteit van een onderneming in gevaar komt doordat bij de overdracht van die onderneming belasting is verschuldigd.⁵²

2.3.3 Voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

De wetgever heeft aangegeven dat hij alleen reële bedrijfsopvolgingen wil faciliteren.⁵³ Om dit te bewerkstelligen heeft de wetgever een ondernemingseis, bezitseis en voortzettingseis gesteld.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 6-7.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 705, nr. 23, p. 26-27.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 17 en *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 4, p. 6-8.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 789, nr. 1, p. 15-19.

⁵¹ *Kamerstukken II 1997-1998*, 25 688, nr. 3, p. 2, 7-8 en *Kamerstukken II 1989-1990*, 20 588, nr. 3, p. 75.

⁵² *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁵³ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 17.

De ondernemingseis staat beschreven in artikel 35c SW 1956. Het is van belang dat vermogensbestanddelen die overgaan naar de verkrijger bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van het meegetrokken aanmerkelijk belang zoals in artikel 4.10 Wet IB 2001. De vennootschap moet een onderneming drijven als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid zoals in artikel 3.3 lid 1 sub a Wet IB 2001. De omvang van de onderneming wordt bepaald op basis van de vermogensetiketteringsregels, omdat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aansluiten bij het inkomensbegrip voor de ib-onderneming. De vermogensetiketteringsregels bepalen of sprake is van ondernemings-, privé of keuzevermogen. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat keuzevermogen wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen, omdat een lichaam geen keuzevermogen kent.⁵⁴ Beleggingsvermogen kwalificeert in beginsel niet als ondernemingsvermogen. Tot het ondernemingsvermogen behoort echter het beleggingsvermogen van het lichaam tot maximaal 5% van het totale ondernemingsvermogen. Deze marge is gesteld om discussies rondom het beleggingsvermogen te voorkomen en gelijkheid tussen de ib-ondernemer en de aanmerkelijkbelanghouder te waarborgen.⁵⁵

Een volgende eis waaraan moet worden voldaan, is de bezitseis voor de bedrijfsoverdrager. De bezitseis staat in artikel 35d SW 1956 beschreven. Voor een reële bedrijfsopvolging met de overdrager de onderneming enige tijd hebben gedreven en daarom is de bezitseis ingesteld. De eis houdt in dat de bedrijfsoverdrager bij schenking gedurende 5 jaar en bij overlijden gedurende een jaar de onderneming – in een lichaam – moet hebben gedreven. Bij een overdracht krachtens schenking of vererving voor de inkomstenbelasting is de bezitseis niet van toepassing. Ik begrijp de gedachte achter de bezitseis, maar ben van mening dat de voorwaarde niet bereikt dat - alle en alleen - reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. De bezitseis kan in sommige situaties te ruim zijn, waardoor reële bedrijfsopvolgingen niet worden gefacilieerd. Indien een aandeelhouder na bijvoorbeeld drie jaar zijn aandelen vervreemdt, is het mogelijk dat deze aandelen ondernemingsvermogen vertegenwoordigen. Wanneer deze aandelen vererven, kunnen de faciliteiten van toepassing zijn, maar in het geval van een schenking kwalificeren deze aandelen echter niet. Indien de aandelen ondernemingsvermogen vertegenwoordigen, ben ik van mening dat de faciliteiten toegankelijk moeten zijn. Naar mijn mening zou materieel moeten worden getoetst of de aandeelhouder middels het lichaam een onderneming drijft.

De verkrijger moet aan bepaalde voortzettingsvereisten voldoen welke staan beschreven in artikel 35e SW 1956. De verkrijger moet de onderneming – in het lichaam – 5 jaar voortzetten. De verkrijger moet de onderneming voortzetten en mag tevens zijn aandelen niet vervreemden. In de literatuur wordt aangegeven dat het begrip ‘voortzetten’ ruim moet worden uitgelegd. Het besluit om bijvoorbeeld het recht op dividend te wijzigen, kan worden aangemerkt als een handeling in strijd met het voortzettingsvereiste.⁵⁶ Het voortzettingsvereiste is niet gesteld voor de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting. Bij een schenking moet de verkrijger voor de inkomstenbelasting wel voldoen aan de zogenoemde dienstbetrekkingseis. Deze houdt in dat de verkrijger van het aanmerkelijk belang, onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van de verkrijging minimaal 36 maanden in dienst moet zijn van de onderneming. De gedachte achter de dienstbetrekkingseis is dat de overdrager niet alleen zijn aandelen overdraagt maar ook zijn kennis en kunde overbrengt aan de bedrijfsopvolger. Aan de invulling van deze dienstbetrekking worden geen eisen gesteld.⁵⁷ Zoals bij de bezitseis is aangegeven ben ik van mening dat materieel getoetst moet worden of de aandeelhouder middels het lichaam een onderneming drijft. Dezelfde redenering geldt ten aanzien van de voorzettingseis en de dienstbetrekkingseis. Er moet materieel worden getoetst of de verkrijger de onderneming voortzet.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 43.

⁵⁵ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 96 en *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 5.

⁵⁶ *Bult 2017*, p. 13-14.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 14, p. 7-8.

De wetgever heeft aangegeven dat hij direct en indirect gehouden belangen gelijk wil behandelen. De bezittingen en schulden van een indirect gehouden aanmerkelijk belang worden derhalve toegerekend aan het lichaam waarin de aandeelhouder een direct belang heeft. Na toerekening van het indirecte belang aan dat lichaam wordt bepaald of het lichaam een onderneming drijft. Voor indirecte belangen die zijn verwaterd zijn nadere voorwaarden gesteld. De praktijk had behoefte aan een regeling die ervoor zorgde dat ook verwaterde belangen onder de faciliteiten konden vallen. De wetgever heeft hieraan toegegeven. Hij heeft in artikel 35c lid 5 sub b SW 1956 nadere voorwaarden gesteld voor een indirect verwaterd aanmerkelijk belang.⁵⁸

Om toegang te krijgen tot de faciliteiten moet dus worden voldaan aan de ondernemingseis, bezitseis en voortzettingseis. Voor de preferente aandeelhouder heeft de wetgever daarnaast vier cumulatieve voorwaarden gesteld. De motivering van de wetgever om nadere voorwaarden te stellen zal in de volgende paragraaf worden toegelicht.

2.4 Preferente aandelen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn ontworpen zodat de overdracht van een onderneming door een ondernemer aan een bedrijfsopvolger fiscaal kan worden begeleid. De ondernemer moet de onderneming enige tijd hebben gedreven en de bedrijfsopvolger moet de onderneming voortzetten.⁵⁹ Voor een reële bedrijfsopvolging moet de onderneming dus een materiële onderneming drijven en moeten de aandeelhouder en de bedrijfsopvolger kwalificeren als ondernemer. De faciliteiten zijn niet van toepassing wanneer de aandeelhouder een zuivere kapitaalverschaffer is.⁶⁰ De aanmerkelijkbelanghouder moet kunnen worden vergeleken met een ondernemer.⁶¹ De vergelijking met een ondernemer kan worden gemaakt wanneer aan de aandeelhouder alle vermogensmutaties van de onderneming toekomen. In de Wet IB 2001 wordt een ondernemer omschreven als een belastingplichtige voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven en aan wie de verbintenissen van de onderneming toekomen.⁶²

De faciliteiten zijn in beginsel niet van toepassing op preferente aandelen, omdat de wetgever de preferente aandeelhouder niet als ondernemer, maar als belegger beschouwt. Indien preferente aandelen worden gebruikt als financieringsinstrument moet voor deze aandelen de toegang tot de faciliteiten worden onthouden. De wetgever geeft het volgende aan:⁶³

“Houders van preferente aandelen en houders van een medegerechtigdheid (...) kunnen worden beschouwd als kapitaalverschaffers, omdat zij feitelijk niets anders zijn dan financiers van de onderneming (in de BV). Uit de vooraf gegeven visie blijkt reeds dat dergelijke financiers niet de ondernemers zijn waarvoor de faciliteiten zijn bedoeld. De overgang van dit soort van kapitaalvormen, vormt geen bedrijfsopvolging.”

De wetgever heeft aangegeven dat het wenselijk is dat kapitaal aan ondernemers wordt verschaft, maar dat de faciliteiten niet zijn bedoeld voor iedere vermogensoverdracht. Om toegang te krijgen tot de faciliteiten moet een bedrijf worden opgevolgd.⁶⁴ Onder een reële bedrijfsopvolging valt evenmin de

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, nr. 12, p. 6.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 18.

⁶⁰ De Beer 2010, par. 2.4.1.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 20-21 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, nr. 3, p. 40-41.

⁶² Artikel 3.4 Wet IB 2001.

⁶³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 97.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 17.

overdracht van familievermogen dat geen ondernemingsvermogen is, aangezien de faciliteiten in het leven zijn geroepen voor de overdracht van ondernemingsvermogen.⁶⁵

Alleen in de gevallen dat sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging, bestaat afdoende rechtvaardiging om de faciliteiten bij preferente aandelen toe te passen.⁶⁶ In die situaties fungeert de omvorming van gewone aandelen tot preferente aandelen als tussenfase voor de uiteindelijke bedrijfsopvolging. Bij de omvorming moeten aan de bedrijfsopvolger gewone aandelen worden toegekend. Het uiteindelijke doel is dat de overdrager volledig zal uittreden en de bedrijfsopvolger het bedrijf alleen kan voortzetten. Het overdragen van de preferente aandelen vormt het sluitstuk van de bedrijfsopvolging. De verkrijging van preferente aandelen wordt daarom alleen gefacilieerd wanneer preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.⁶⁷ Dit is het geval wanneer de vennootschap een onderneming drijft op het moment dat de preferente aandelen worden uitgegeven. Daarnaast moet de verkrijger van de preferente aandelen tijdens de verkrijging als ondernemer betrokken zijn bij de onderneming en tevens moet hij na de omzetting betrokken blijven als ondernemer.⁶⁸

Om dit te realiseren heeft de wetgever vier cumulatieve voorwaarden opgenomen in artikel 35c lid 4 SW 1956. Deze voorwaarden moeten ervoor zorgen dat preferente aandelen enkel toegang krijgen tot de bedrijfsopvolgingen wanneer deze zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Allereerst moeten de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen. Daarnaast moet die omzetting gepaard gaan met de uitreiking van gewone aandelen aan een ander. Tevens moet de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hebben een onderneming drijven op het moment van de omzetting. Tot slot moet de verkrijger van preferente aandelen ten minste 5% van de gewone aandelen bezitten die zijn toegekend bij de omzetting. Van deze aandelen moet minstens één aandeel nieuw zijn uitgegeven tijdens de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen.⁶⁹

2.5 Tussenconclusie

De aanmerkelijkbelangregeling is ingevoerd om te voorkomen dat de belastingclaim verloren gaat wanneer een grootaandeelhouder zijn aandelen vervreemdt. Daarnaast moest de regeling zorgen voor een gelijkwaardige belastingheffing voor de ib-ondernemer en de aanmerkelijkbelanghouder. Preferente aandelen vielen bij invoering van het aanmerkelijk belang niet onder de aanmerkelijkbelangregeling, omdat de winst die werd behaald bij de verkoop van preferente aandelen volgens de wetgever niet voortkwam uit de reserves van de vennootschap. De preferente aandeelhouder is wegens anti-misbruikredenen in de aanmerkelijkbelangregeling opgenomen. Voorkomen moest worden dat een aanmerkelijk belang verwaterde door de uitgifte van preferente aandelen.

De wetgever wil niet dat de continuïteit van een onderneming in gevaar komt doordat belasting is verschuldigd bij de overdracht van die onderneming en heeft daarom de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ontworpen. Het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is het voorkomen van liquiditeitsproblemen. De regeling is slechts van toepassing op reële bedrijfsopvolgingen. Alleen de overdracht van echt

⁶⁵ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 930, nr. 13, p. 27.

⁶⁶ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 930, nr. 13, p. 26-27.

⁶⁷ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

⁶⁸ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 10, p. 21.

⁶⁹ AB-besluit van 9 maart 2018, par. 5.5.

ondernemingsvermogen kwalificeert voor de faciliteiten. Over beleggingsvermogen moet in beginsel worden afgerekend.

Voor de preferente aandeelhouder heeft de wetgever nadere voorwaarden gesteld, omdat de wetgever de preferente aandeelhouder in beginsel als kapitaalverschaffer beschouwt. Hij vindt dat een preferente aandeelhouder feitelijk niets anders doet dan het financieren van een onderneming. Enkel in het geval dat preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht, is de wetgever van mening dat preferente aandelen moeten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het overdragen van preferente aandelen vormt in dergelijke situaties het sluitstuk van de bedrijfsopvolging.

Hoofdstuk 3 – Rechtvaardiging voor uitzondering preferente aanmerkelijkbelanghouder?

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de keuze van de wetgever om nadere voorwaarden te stellen voor preferente aandelen getoetst aan de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De faciliteiten zijn in beginsel niet van toepassing op preferente aandelen, omdat de wetgever de preferente aandeelhouder niet als ondernemer, maar als financier van de onderneming beschouwt.⁷⁰

Er zal worden onderzocht of het rechtvaardig is dat voor de preferente aandeelhouder nadere voorwaarden zijn gesteld. In de literatuur wordt gesteld dat de preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet anders dan gewone aandelen moeten worden behandeld, omdat ze beide in box 2 worden belast. Ten aanzien van deze stelling zijn ook tegenstanders te vinden. Om over deze stelling een oordeel te kunnen vellen, wordt ingegaan op de behandeling van verschillende soorten aanmerkelijkbelanghouders voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarnaast wordt gesteld dat de preferente aanmerkelijkbelanghouder net zoals gewone aanmerkelijkbelanghouder een kapitaalverstrekkende functie heeft en ze dezelfde risico's lopen. De literatuur is ook over deze stelling niet eensgezind.

3.2 Argument 1: belasten van de preferente aanmerkelijkbelanghouder in box 2

De wetgever wil met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten de overdracht van een onderneming aan een bedrijfsopvolger faciliteren. De aandeelhouder moet daarom kwalificeren als ondernemer en de vennootschap als 'materiële onderneming'. In de literatuur wordt gesteld dat het belasten van een aandeelhouder in box 2 voldoende rechtvaardiging geeft om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toe te passen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden geen voorwaarden mogen stellen. Zo vinden Heithuis en Dijkstra dat een vennootschap geen materiële onderneming hoeft te drijven, omdat bij de aanmerkelijkbelangheffing geen rekening wordt gehouden met de aard van de activiteiten. Zowel ondernemingsvermogen als niet-ondernemingsvermogen wordt in box 2 belast. Ook wanneer belasting moet worden betaald over niet-ondernemingsvermogen kunnen liquiditeitsproblemen ontstaan.⁷¹ Hoogeveen vindt daarentegen dat box-2 heffing van zichzelf geen reden is om iedere aanmerkelijkbelanghouder toegang te verlenen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De activiteiten van de vennootschap zijn van belang, omdat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen mogen worden toegepast als uitzondering op de hoofdregel. De ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten eist dat het lichaam een materiële onderneming moet drijven.⁷²

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de preferente aanmerkelijkbelanghouder in box 2 is geplaatst wegens anti-misbruikredenen. Dit geldt ook voor de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis gezegd dat de plaatsing van de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder in box 2 niet met zich meebrengt dat dergelijke aandeelhouders direct kunnen worden vergeleken met een ondernemer. De meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder is enkel in box 2 geplaatst, omdat de aanmerkelijkbelangregeling kon worden omzeild door aandelen uit te geven aan zijn partner of bloed- en aanverwanten in rechte lijn. Er bestaat volgens de wetgever geen reden om hen toe

⁷⁰ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 97.

⁷¹ Heithuis 2009, par 3.3.1 en Dijkstra 2011.

⁷² Hoogeveen 2012, par 5.1 en 5.3.

te laten tot de faciliteiten.⁷³⁺⁷⁴ In de literatuur zijn de meningen verdeeld ten aanzien van de uitsluiting van de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder.⁷⁵ Ik ben van mening dat de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder terecht is uitgezonderd, omdat hij niet kan worden vergeleken met een ondernemer. Enkel het gegeven dat een naaste van de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder een aanmerkelijk belang bezit, maakt hem geen ondernemer. De redenering dat een aandeelhouder niet direct kan worden vergeleken met een ondernemer door zijn plaats in box 2, gaat ook op voor de preferente aandeelhouder. Hij is immers ook wegens anti-misbruikredenen in box 2 geplaatst. Ik sluit me aan bij de wetgever en vind dat niet iedere aanmerkelijkbelanghouder overeenkomsten toont met een ondernemer.

In tegenstelling tot meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder, kan de fictieve aanmerkelijkbelanghouder een beroep doen op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zonder dat hij moet voldoen aan nadere voorwaarden. In de literatuur bestaat hierover onenigheid.⁷⁶ Fictieve aanmerkelijkbelanghouders worden in box 2 belast, omdat ze hebben gekozen om de afrekening over de aanmerkelijkbelangclaim uit te stellen. De wetgever heeft aangegeven dat de fictieve aanmerkelijkbelanghouder een beroep op de faciliteiten kan doen, omdat hij voorheen een echt aanmerkelijk belang bezat en in die positie overeenkomsten toonde met een ondernemer.⁷⁷ Ik ben van mening dat de fictieve aanmerkelijkbelanghouder niet moet worden toegelaten tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat hij enkel voorheen een aanmerkelijk belang bezat. Hij fungeert tijdens een bedrijfsoverdracht niet als ondernemer. Gelet op de ratio van de faciliteiten vind ik dat niet moet worden afgeweken van de hoofdregel dat belasting moet worden betaald. Aan de aandeelhouder wordt al eens uitstel gegeven door het aanmerkelijk belang over te laten gaan in een fictief aanmerkelijk belang. Dit betekent niet dat de fictieve aanmerkelijkbelanghouder een ondernemer is. Mijns inziens zou de wet moeten worden opgenomen dat de fictieve aanmerkelijkbelanghouder wordt geweerd voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Zowel bij de medegerechtigde als de preferente aanmerkelijkbelanghouder zijn de faciliteiten slechts van toepassing wanneer de medegerechtigdheid respectievelijk preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. In die situaties fungeert de medegerechtigdheid als tussenfase in de bedrijfsopvolging. Dit geldt idem dito voor de preferente aandelen. De medegerechtigdheid of de preferente aandelen vormen als het ware een voortzetting van een eerdere positie als ondernemer.⁷⁸ Naar mijn mening kan uit de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt dat wanneer aanmerkelijkbelanghouders overeenkomsten tonen met de ondernemer, toegang tot de faciliteiten mogelijk moet zijn.

Kijkend naar de ratio van de regelingen, ben ik van mening dat het terecht is dat de aanmerkelijkbelanghouder moet kunnen worden vergeleken met een ondernemer. Enkel de plaatsing in box 2 is geeft geen garantie dat de aandeelhouder vergelijkbaar is met een ondernemer. Gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten uitzonderingen worden gemaakt, omdat de faciliteiten niet voor iedere vermogensverstrekking toegankelijk moeten zijn.

⁷³ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 20-21 en *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 129, nr. 3, p. 40-41.

⁷⁴ De uitzondering van de meetrek aanmerkelijkbelanghouder voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten staat beschreven in artikel 35c lid 1 sub c SW 1956.

⁷⁵ Zie o.a.: De Beer 2010, paragraaf 5, Van den Boorn 2012, Dijkstra 2011, par. 3-4, Hoogeveen 2012, par 5.1 en 5.3, Stevens 2010, par. 4.4. en De Wijkerslooth-Lhoëst 2010, par. 3.7.

⁷⁶ Zie o.a.: De Beer 2010, par. 5, Van den Boorn 2012 en Hoogeveen 2012, par 5.1 en 5.3.

⁷⁷ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 930, nr. 13, p. 48.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

3.3 Argument 2: risico en kapitaalverstreckende functie

In de literatuur zijn uiteenlopende meningen te vinden ten aanzien van de kapitaalverstreckende functie van de preferente aandeelhouder en het risico dat de preferente aandeelhouder loopt. Door sommige auteurs wordt gesteld dat de preferente aandeelhouder net zoals de gewone aandeelhouder kapitaal verstrekt en hetzelfde risico loopt. Zo stelt De Wijkerslooth-Lhoëst dat het onderscheid tussen de gewone en preferente aanmerkelijkbelanghouder ontorecht is en dat geen overtuigende argumenten te vinden zijn om de preferente aandeelhouder een andere behandeling te geven voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.⁷⁹ De redactie van Vakstudie Nieuws is eenzelfde mening aangedaan en geeft aan dat de preferente aandeelhouder naast de kapitaalverstreckende functie een groot risico loopt met betrekking tot de terugbetaling van kapitaal en het verkrijgen van rendement. Het risico dat de preferente aandeelhouder soms neemt, kan zo groot zijn dat externe financiers het risico niet durven aangaan.⁸⁰ Tigelaar-Klootwijk sluit zich aan bij bovengenoemde zienswijze en is van mening dat de preferente aandeelhouder niet enkel een kapitaalverstreckter is. De preferente aandeelhouder wordt namelijk niet als concurrente schuldeiser gezien en kan naast zijn kapitaalverstreckende functie ook zeggenschapsrechten hebben. Dit is bij de verstreckter van vreemd vermogen niet het geval.⁸¹

Zoals al eerder aan bod is gekomen, zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet bedoeld om iedere kapitaalverstrecking aan een onderneming fiscaal te begeleiden.⁸² Naar mijn mening heeft de wetgever het woord kapitaalverstreckter ongelukkig gekozen. Ook de gewone aanmerkelijkbelanghouder verstrekt kapitaal aan de onderneming. Uit de parlementaire geschiedenis maak ik op dat de wetgever met kapitaalverstreckter een financier bedoelt. Hij doelt op verstreckters van vreemd vermogen.⁸³ Indien preferente aandelen worden gebruikt als financieringsinstrument, kan worden gesteld dat ze niet moeten kwalificeren. Zoals aangegeven kan een aanmerkelijkbelanghouder worden vergeleken met een ondernemer wanneer aan hem alle vermogensmutaties van de onderneming toekomen. Een financier van de onderneming heeft slechts recht op dividend.

De wetgever ziet de preferente aandeelhouder in beginsel als kapitaalverstreckter.⁸⁴ Dit geldt ook voor de medegerechtigde. In de Kamerstukken vergelijkt de wetgever hen, omdat hij ze beiden als kapitaalverstreckter ziet. De medegerechtigde kan alleen toegang tot de faciliteiten verkrijgen indien de medegerechtigdheid is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. De positie van de medegerechtigde vormt dan een voortzetting van zijn eerdere positie als ondernemer. In alle overige situaties ziet de wetgever hem enkel als financier en vormt het vermogen geen onderneming. De commanditaire vennoot is een medegerechtigde en kan daarom alleen onder nadere voorwaarden een beroep doen op de faciliteiten. In beginsel kan de commanditaire vennoot niet worden vergeleken met een ondernemer, omdat hij enkel kapitaal verstrekt en daarvoor een vaste vergoeding krijgt. Hij beïnvloedt niet de winstgevendheid van de onderneming, maar maakt louter zijn eigen vermogen rendabel.⁸⁵ Voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder maakt de wetgever eenzelfde redenering.⁸⁶ Ik begrijp de vergelijking van de preferente aanmerkelijkbelanghouder met een commanditaire vennoot. Beiden verstrecken slechts kapitaal tegen een vaste vergoeding. Bovendien mag de commanditaire

⁷⁹ De Wijkerslooth-Lhoëst 2009, p. 515.

⁸⁰ Redactie Vakstudie Nieuws 2009.

⁸¹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 217. Zie ook De Beer 2010, par. 5.1.2.2.

⁸² *Kamerstukken I* 2009-2010, 32 128, nr. E, p. 7.

⁸³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 97 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 26-27.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 97.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 21.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

vennoot geen beheersdaden verrichten en kan de preferente aandeelhouder een beperkt stemrecht hebben. Beiden kunnen in dat geval geen invloed uitoefenen op de onderneming. Zeggenschap is in principe geen voorwaarde voor de faciliteiten, maar zou naar mijn mening kunnen worden gebruikt als extra toets wanneer twijfel bestaat over de kwalificatie van de aandeelhouder. In het geval dat een preferente aandeelhouder net zoals de commanditaire vennoot slechts als financier van de onderneming optreedt, vind ik dat hij moet worden uitgezonderd voor de faciliteiten.

Hoogeveen is van mening dat het risico dat de gewone en preferente aandeelhouders lopen, niet met elkaar te vergelijken is. Ze geeft aan dat gewone aandeelhouders volledig in de winstreserves en liquidatieopbrengsten delen, daar waar preferente aandeelhouders slechts recht hebben op dividend. Om die reden zijn preferente aandeelhouders volgens haar niet te vergelijken met ondernemers. Ze deelt de mening van de wetgever dat medegerechtigden en preferente aandeelhouders in beginsel overeenkomsten tonen met beleggers.⁸⁷

Meijer & Denneboom geven aan dat houders van cumulatief preferente aandelen geen risico lopen op een lagere of geen betaling van dividend. Zij lopen slechts het risico dat de onderneming failliet gaat waardoor ze enkel hun inleg kunnen kwijtraken. Voor het risico dat ze lopen, krijgen ze een vaste vergoeding. Een preferent aandeel duiden ze aan als mezzanine financieringsinstrument. De letterlijke betekenis van mezzanine is tussenverdieping. Dit betekent dat de preferente aandeelhouder een risico loopt dat tussen de verstrekker van vreemd vermogen en de verstrekker van eigen vermogen inzit. Ze geven aan dat preferente aandelen civielrechtelijk eigen vermogen vormen, maar in economische zin kunnen worden vergeleken met obligaties. Zowel de preferente aandeelhouder als de obligatiehouder krijgt voor zijn kapitaalverstrekking een vaste vergoeding. Daarnaast verkrijgen de preferente aandeelhouder en de houder van obligaties voorrang bij de betaling van rente of dividend op de gewone aandeelhouder, maar worden ze achtergesteld op verstrekkers van vreemd vermogen met vestiging van zekerheidsrechten zoals een bank. De gewone aandeelhouder loopt naast het faillissementsrisico het risico om geen vergoeding te ontvangen wanneer de kasstromen tegenvallen. Daarbij profiteren de gewone aandeelhouders ook van meevallende kasstromen, maar staat de gewone aandeelhouder achteraan in de rij wanneer kapitaal wordt terugbetaald.⁸⁸ Ik ben het met hen eens dat een preferente aandeelhouder en een gewone aandeelhouder wel degelijk een ander risico lopen. De preferente aandeelhouder deelt niet mee in de vermogensmutaties naar boven.

Van Vijfeijken & Gubbels geven aan dat de regeling omtrent preferente aandelen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op twee gedachten hinkt. De wetgever vindt de preferente aandeelhouder een kapitaalverstrekker, omdat hij niets anders doet dan de onderneming financieren. Daarentegen wordt de preferente aanmerkelijkbelanghouder in box 2 belast en worden de aandelen niet als vreemd vermogen behandeld. Dit brengt een onevenwichtig systeem met zich mee. Als de wetgever de preferente aandeelhouder als verschaffer van vreemd vermogen ziet, ligt het volgens hen voor de hand om preferente aandelen te kwalificeren als privévermogen. De kwalificatie als privévermogen zorgt ervoor dat aandelen niet kunnen worden gefacilieerd.⁸⁹ Ondanks dat de wetgever de preferente aanmerkelijkbelanghouder een financier vindt, is onder nadere voorwaarden toegang tot de faciliteiten mogelijk. Ze vinden het vreemd dat de faciliteiten toch toegankelijk zijn, omdat preferente aandelen als privévermogen zouden moeten worden aangemerkt. Ik ben het niet met hen eens. In beginsel kunnen preferente aandeelhouders niet worden vergeleken met een ondernemer en moeten de aandelen niet

⁸⁷ Hoogeveen 2012, p. 32-33.

⁸⁸ Meijer & Denneboom 2014, par. 2.

⁸⁹ Van Vijfeijken & Gubbels 2018, S&E.11.2.0.D.c.

kwalficeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Slechts in het geval van een gefaseerde bedrijfsopvolging vormen de preferente aandelen een voortzetting van een eerder gedreven onderneming. De preferente aanmerkelijkbelanghouder is in die gevallen te vergelijken met een ondernemer. Het is in overeenstemming met de faciliteiten om in dergelijke situaties de overdracht van de preferente aandelen fiscaal te begeleiden.

3.4 Tussenconclusie

In de literatuur zijn de meningen verdeeld ten opzichte van de behandeling van de preferente aanmerkelijkbelanghouder voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De hoofdregel is dat de Wet IB 2001 de totaalwinst belast en de SW 1956 de verkrijging van de aandelen belast. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vormen een uitzondering. De faciliteiten kunnen worden toegepast onder de voorwaarde dat ondernemingsvermogen wordt overgedragen aan een bedrijfsopvolger. Aangezien box 2 niet beperkt is tot ondernemers, moet het mogelijk zijn dat voorwaarden worden gesteld om ervoor te zorgen dat alleen ondernemingsvermogen wordt gefacilieerd.

In beginsel deelt de gewone aandeelhouder mee in alle positieve en negatieve vermogensmutaties van de onderneming, terwijl de financier van de onderneming enkel een vaste vergoeding krijgt voor zijn kapitaalverstrekking. Gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kan de preferente aandeelhouder niet zonder meer worden toegelaten, omdat hij in beginsel niet kan worden vergeleken met een ondernemer. Het is in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dat nadere voorwaarden zijn gesteld. Enkel de gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen moet worden gefacilieerd, omdat in die situaties de aandelen een voortzetting van de eerder gedreven onderneming vormen.

Hoofdstuk 4 – Welke aandelen zijn preferent?

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat het naar mijn mening een rechtvaardige keuze van de wetgever is om voor de preferente aandeelhouder nadere voorwaarden te stellen. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke aandelen kwalificeren als preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In de wettekst is namelijk geen definitie opgenomen.

Een gewone aandeelhouder is een verschaffer van eigen vermogen en deelt mee in de plussen en minnen van de onderneming. Een preferente aandeelhouder wordt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vergeleken met een verschaffer van vreemd vermogen, omdat hij slechts recht heeft op dividend. In de literatuur wordt aangegeven dat het erg complex kan zijn of aandelen als gewone of preferente aandelen moeten worden bestempeld. In de praktijk bestaan immers aandelen met zowel kenmerken van eigen vermogen als van vreemd vermogen. Dergelijke aandelen worden gekenmerkt als hybride vormen.⁹⁰ Aangezien het onduidelijk is wat onder het begrip preferente aandelen moet worden verstaan, kunnen verschillende standpunten worden verdedigd. Nadat is onderzocht wat onder een gewoon en preferent aandeel moet worden verstaan, wordt onderzocht hoe hybride vormen moeten worden behandeld voor de faciliteiten.

4.2 Definities gewone en preferente aandelen

De wetgever heeft bewust geen definitie van preferente aandelen opgenomen in de wet omdat hij wil voorkomen dat belastingplichtigen de grens opzoeken.⁹¹ Aangezien de wetgever geen eenduidige definitie heeft gegeven, zal worden ingegaan op de betekenis van gewone en preferente aandelen binnen het civiele recht en het jaarrekeningenrecht. Gezocht wordt naar handvaten die kunnen worden toegepast binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

4.2.1 Definitie binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Uit de Kamerstukken blijkt dat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een gewoon aandeel wordt gezien als een aandeel waarop alle vermogensmutaties van de onderneming aan de aandeelhouder toekomen.⁹²

Het is onduidelijk welke aandelen kwalificeren als preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.⁹³ In het kader van de harmonisatie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft de wetgever aangegeven dat hij de uitleg zal volgen die in het spraakgebruik wordt gegeven aan preferente aandelen.⁹⁴

Citaat 1 “Het gaat daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen. In ieder geval vallen gewone aandelen die juridisch preferent genoemd zouden kunnen worden, omdat zij bijvoorbeeld een bijzonder stemrecht hebben, niet onder de preferente aandelen zoals bedoeld in artikel 35c, vierde lid.”

⁹⁰ Kathman & Monteiro 2014.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 100-101 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, nr. 8, p. 10.

⁹² *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 103 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 25.

⁹³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 100-101.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 100-101. Vergelijk *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, nr. 8, p. 10 voor de faciliteiten in de inkomstenbelasting.

Volgens deze uitleg moeten alleen aandelen die recht geven op een vaste vergoeding en niet meedelen in de waardevermeerdering van de aandelen, worden aangemerkt als preferente aandelen.

Vervolgens werd de wetgever gevraagd of hij het begrip preferente aandelen nader kon toelichten. Hij gaf aan dat:⁹⁵

Citaat 2 “(...) zolang de aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en elke vorm die hiervan afwijkt nu of later door de regering aangemerkt kan worden als preferente aandeel.”

Ik merk op dat in ieder geval het aandeel dat volledig meedeelt in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, wordt aangemerkt als gewoon aandeel. Ieder aandeel dat niet volledig meedeelt in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, kan worden aangemerkt als preferent aandeel. Het woord ‘kan’ geeft aan dat het een mogelijkheid is dat dergelijke aandelen als preferent worden aangemerkt, maar dat het niet zeker is. Dit zorgt voor onzekerheid.

Uit bovenstaande omschrijvingen blijkt dat de wetgever geen eenduidige definitie voor preferente aandelen heeft gevormd. Mijns inziens leiden de omschrijvingen tot twee uiterste definities. Enerzijds wordt het begrip eng uitgelegd en kwalificeert als preferent aandeel het een aandeel waarop een vast dividend wordt vergoed, bij winstuitdeling voorrang wordt verkregen op de gewone aandeelhouder en daarnaast geen recht op de waardevermeerdering van de vennootschap bestaat. Anderzijds wordt het begrip ruim uitgelegd en volgens die uitleg kan ieder aandeel dat afwijkt van een gewoon aandeel worden aangemerkt als preferent aandeel.

De staatssecretaris geeft later in een brief aan dat:⁹⁶

Citaat 3 “Alleen preferente aandelen die – zoals Stevens zelf ook aangeeft – materieel overeenkomen met een lening, komen niet in aanmerking voor de faciliteit.”

De staatssecretaris verklaart dat de passage perfect aansluit op de ratio van de faciliteit, namelijk het fiscaal begeleiden van reële bedrijfsoverdrachten. De faciliteiten zijn immers niet bedoeld voor iedere vermogensoverdracht. Slechts in de situatie dat preferente aandelen overeenkomen met een lening moeten de faciliteiten niet toegankelijk zijn. De verstrekker van een lening verkrijgt ten opzichte van de aandeelhouder voorrang bij het verkrijgen van zijn vergoeding.

De Belastingdienst heeft aangegeven dat ze van mening is dat volgens de wetgever het begrip preferente aandelen ruim moet worden uitgelegd.⁹⁷ Van Gijlswijk is van mening dat de enge uitleg het meeste past bij de gedachte dat een preferente aandeelhouder een schuldeiser is. Niet alle aandelen die afwijken van gewone aandelen kunnen volgens hem worden vergeleken met een preferent aandeel.⁹⁸ Ook Ganzeveld & Hoeve kunnen zich niet vinden in de ruime uitleg. Ze geven aan dat indien de ruime uitleg gevolgd moet worden, de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor veel ondernemers een dode letter zullen vormen. Ze vinden de ruime uitleg onjuist en verwachten dat een rechter dit eveneens zal beslissen. Ze geven daarbij aan dat de Belastingdienst stelt dat zelfs alleen preferente aandelen kunnen bestaan. Dit lijkt hen niet aannemelijk.⁹⁹ De uitleg van de Belastingdienst zorgt ervoor dat niet alleen aandelen vergelijkbaar met een financieringsinstrument worden uitgezonderd. Door de ruime uitleg te volgen, moeten bijna alle

⁹⁵ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 930, nr. 13, p. 25.

⁹⁶ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 930, nr. 15, p. 7.

⁹⁷ *Autar 2017*, p. 493, waar wordt verwezen naar *FutD 2015-1308*, *Fida 20153457*.

⁹⁸ Van Gijlswijk in *Van den Kerkhof & Belzer 2013*, p. 2-3.

⁹⁹ *Ganzeveld & Hoeve 2018*, p. 10.

soort aandelen worden bestempeld als preferent aandeel.¹⁰⁰ Het volledig meedingen in de winstreserves en liquidatie-opbrengst kan namelijk worden aangetast wanneer verschillende soorten aandelen ontstaan. Indien op beide soorten een reserve rust waarover een primair dividend wordt betaald, delen beide soorten niet meer volledig mee in de winstreserves. Ik ben van mening dat de wetgever dit niet bedoeld heeft, omdat hij reële bedrijfsopvolgingen wil faciliteren. Niet meer dan dat, maar ook niet minder. Hij heeft aangegeven dat slechts preferente aandelen die overeenkomen met een lening niet in aanmerking komen voor de faciliteit. Niet ieder soort aandeel kan worden vergeleken met een lening. In paragraaf 4.3.1 wordt verder ingegaan op het ontstaan van soort aandelen.

Het is lastig om te bepalen welke aandelen wel en welke aandelen niet kwalificeren, aangezien de definitie van een preferent aandeel niet is gegeven in de wet. Het blijft daarom de vraag wat onder een preferent aandeel moet worden verstaan. Er kan worden geconcludeerd dat in ieder geval het aandeel dat geen recht heeft op de winstreserves en liquidatie-uitkeringen een preferent aandeel is. Een aandeelhouder die volledig meedeelt in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen is in ieder geval een gewone aandeelhouder. Voor alle aandelen die zich bevinden tussen de enge en ruime uitleg is het onduidelijk hoe ze moeten worden behandeld voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Er zal daarom worden ingegaan op het civiele recht en het jaarrekeningenrecht. Gezocht wordt naar handvaten die kunnen worden gebruikt voor de interpretatie van het begrip preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

4.2.2 Definitie binnen het civiele recht

Een vennootschap is een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld kapitaal.¹⁰¹ Het begrip aandeel wordt in het Burgerlijk Wetboek negatief geformuleerd. Rechten zonder stemrecht en zonder aanspraak op de uitkering van winst of reserves, worden niet aangemerkt als aandeel.¹⁰² In de parlementaire geschiedenis is vermeld dat de negatieve formulering van het begrip aandelen niet met zich meebrengt dat alle rechten die wel aanspraak geven op een uitkering van winst of reserves, direct als aandelen kunnen worden bestempeld.¹⁰³ In beginsel hebben aandelen gelijke rechten en verplichtingen, zoals stemrecht, het recht op dividend en een stortingsplicht.¹⁰⁴ De statuten van een vennootschap kunnen bepalen dat diverse soorten aandelen worden uitgegeven met daaraan verschillende rechten en verplichtingen verbonden.¹⁰⁵ Een voorbeeld van in de statuten gecreëerde aandelen zijn preferente aandelen. Civielrechtelijk kwalificeren preferente aandelen als eigen vermogen.

Preferente aandelen bevatten een bijzonder financieel recht.¹⁰⁶ Bij een winstuitdeling krijgt de preferente aandeelhouder voorrang op de gewone aandeelhouder. Een preferente aandeelhouder ontvangt een vast dividend. Het vaste dividend wordt bepaald door een percentage te nemen van de nominale waarde van het aandeel. Cumulatief preferente aandelen hebben daarnaast recht op aanvulling van dividend tot het bepaalde percentage dat in voorgaande jaren is misgelopen. De algemene vergadering van aandeelhouders kan namelijk beslissen dat in een jaar geen winst wordt uitgedeeld.¹⁰⁷ Andere

¹⁰⁰ Ganzeveld 2018.

¹⁰¹ Artikel 2:175 lid 1 BW.

¹⁰² Artikel 2:190 BW.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 46-47.

¹⁰⁴ Artikel 2:201 lid 1 BW.

¹⁰⁵ Artikel 2:178 lid 1 BW.

¹⁰⁶ Van Gelder 2011, par. 2.

¹⁰⁷ Artikel 2:216 lid 1 BW.

voorbeelden van preferente aandelen zijn bijvoorbeeld preferente winstdelende aandelen, preferente winstdelende aandelen en preferente financieringsaandelen.¹⁰⁸

Aangezien preferente aandelen in de statuten worden gecreëerd, zijn ze in vele vormen denkbaar. De wetgever heeft geen definitie van preferente aandelen voor het civiele recht gegeven. In artikel 2:206a lid 2 BW wordt wel een omschrijving gegeven van een soort aandelen die normaliter als preferent kan worden beschouwd.¹⁰⁹ Volgens die omschrijving hebben preferente aandelen geen of in beperkte mate recht op de winstuitdeling nadat het primaire dividend is toegekend en delen ze niet boven het nominale bedrag of slechts in beperkte mate mee in het overschot na vereffening.¹¹⁰ In beperkte mate houdt voor de fiscale wetgeving 10% in.¹¹¹ In de literatuur wordt aangegeven dat bedrijfseconomisch een vergelijking kan worden getrokken met een obligatie wanneer een preferent aandeel recht heeft op een bepaald percentage dividend en tevens voorrang krijgt bij de winstuitdeling op gewone aandelen. Daarnaast is het preferente aandeel uitgesloten van verdere winstdeling en heeft het preferent aandeel een beperkt recht op het liquidatiesaldo tot maximaal het nominale bedrag van het aandeel.¹¹²

4.2.3 Definitie binnen het jaarrekeningenrecht

In de Kamerstukken wordt bij de behandeling van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten verwezen naar de definitie van preferente aandelen voor het jaarrekeningenrecht.¹¹³

Voor alle beursgenoteerde bedrijven binnen de Europese Unie gelden de International Financial Accounting Standards (hierna: IFRS). De IFRS geven een wereldwijde standaard aan voor de jaarverslaggeving. Voordat IFRS van kracht was, golden de International Accounting Standards (hierna: IAS). De IAS vormen een onderdeel van de IFRS. Nederlandse entiteiten die onder titel 9 BW 2 vallen, waaronder de besloten vennootschap, mogen IFRS toepassen als alternatief op de Nederlandse wetgeving. IAS 32 geldt als richtlijn om te bepalen of een instrument als eigen vermogen of als vreemd vermogen moet worden geclassificeerd. Onder IAS 32.15 is het beginsel ‘substance over form’ van kracht. Indien op een vermogensbestanddeel het etiket ‘aandeel’ geplakt is, betekent dit niet automatisch dat onder IAS ook de stempel eigen vermogen wordt gegeven. Een aandeel kwalificeert als eigen vermogen indien geen verplichting bestaat om een vaste vergoeding te betalen en alleen bij liquidatie het kapitaal moet worden terugbetaald.¹¹⁴ Een financieel instrument wordt als vreemd vermogen geclassificeerd indien sprake is van een contractuele aflossingsverplichting of indien de houder de uitgevende partij kan verplichten tot aflossing of terugkoop. Daarbij moet de vennootschap de vergoeding op het financiële instrument niet kunnen tegenhouden. Deze situatie doet zich voor wanneer een preferent aandeel recht geeft tot een bepaald percentage dividend bij de aanwezigheid van voldoende winst én er een aflossingsdatum is afgesproken. Indien op basis van IAS sprake is van vreemd vermogen, moet dit in de commerciële winst- en verliesrekening worden verwerkt.

¹⁰⁸ Van Solinge & Nieuwe Weme 2013, 308 Preferente aandelen, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 640 Uitgifte preferente beschermingsaandelen.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1978-1979, 15 304, nr. 3, p. 31.

¹¹⁰ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, artikel 2:206a BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 1 juli 2018).

¹¹¹ Van Es 2011, par. 15.

¹¹² Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 219 Preferente aandelen.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 26.

¹¹⁴ Van Gelder 2011, par. 3.

Daarnaast bepaalt IAS 32.28 dat wanneer een financieel instrument zowel componenten van eigen als van vreemd vermogen bevat, ieder component afzonderlijk moet worden beoordeeld en geclassificeerd.¹¹⁵ Bij aandelen kunnen deze hybride vormen in twee situaties worden verdeeld. Enerzijds de situaties waarin geen aflossingsdatum is afgesproken en verplicht een vergoeding moet worden betaald. In deze situaties vertegenwoordigt het permanente kapitaal eigen vermogen en vertegenwoordigt de te betalen interest vreemd vermogen. Het vreemd vermogen moet worden gewaardeerd op de contante waarde van de te betalen interest.¹¹⁶ De hoogte van het eigen vermogen is het gestorte aandelenkapitaal minus de contante waarde van de interestcomponent. Anderzijds de situaties waarin een aflossingsdatum is afgesproken, maar geen verplichte vergoeding hoeft te worden gegeven. De verplichting tot terugbetaling van kapitaal vertegenwoordigt vreemd vermogen en ten aanzien van de niet verplichte interestbetalingen vormt het aandeel eigen vermogen. Vreemd vermogen is de contante waarde van het terug te betalen kapitaal.¹¹⁷ Eigen vermogen is het gestorte kapitaal minus de contante waarde van het terug te betalen kapitaal.

Nederlandse niet-beursgenoteerde ondernemingen zijn niet verplicht om hun jaarrekening conform IFRS op te stellen. Zij kunnen ook de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving (hierna: Dutch GAAP) hanteren. Deze richtlijnen zijn geen formele regelgeving, maar gelden als gezaghebbende bron.¹¹⁸ RJ. 240.207 en RJ 240.208 bepalen dat een financieel instrument in de enkelvoudige jaarrekening op basis van de juridische vorm wordt verantwoord.¹¹⁹ Er geldt dus geen ‘substance over form’, zoals onder IAS. Voor de behandeling van financiële instrumenten bestaan ontwerp-richtlijnen. Deze ontwerp-richtlijnen vereisen dat indien de juridische werkelijkheid afwijkt van de economisch werkelijkheid, de afwijkende onderdelen binnen de juridische kwalificatie moeten worden vermeld. Indien je dit zou vertalen naar aandelen, houdt dit het volgende in. Een aandeel is civielrechtelijk gezien eigen vermogen. Economisch gezien kan een aandeel deels overeenkomen met vreemd vermogen omdat bijvoorbeeld de vennootschap kan worden verplicht tot terugbetaling van het kapitaal. Het aandeel wordt gekwalificeerd als eigen vermogen waarbij wordt vermeld dat het aandeel vreemd vermogen vertegenwoordigt ten aanzien van de verplichte terugbetaling van het kapitaal.

4.2.4 Handvaten voor de kwalificatie van aandelen

In het civiele recht kwalificeren alle aandelen als eigen vermogen. In de statuten kunnen verschillende soorten aandelen worden gekwalificeerd, waaronder preferente aandelen. Vanuit de kwalificatie voor het jaarrekeningenrecht kan worden afgeleid of een aandeel eigen vermogen, vreemd vermogen of hybride vermogen vertegenwoordigt.

De opvattingen ten aanzien van preferente aandelen binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, het civiele recht en het jaarrekeningenrecht zijn schematisch als volgt weer te geven:

¹¹⁵ EY 2018, p. 94-95. Aldus ook: Van Dijk 2004 en Reimers 2004.

¹¹⁶ De contante waarde vertegenwoordigt de waarde van alle toekomstige interestbetalingen op dit moment.

¹¹⁷ De contante waarde vertegenwoordigt de waarde van het terug te betalen kapitaal op dit moment.

¹¹⁸ HR 10 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU7473, m.nt. J.M.M. Maeijer.

¹¹⁹ RJ. 240.207 en RJ 240.208.

	Vreemd vermogen	Hybride vermogen	Eigen vermogen
BOF	Aandelen die niet meedelen in de winstreserves & liquidatie-uitkering		Aandelen die volledig meedelen in de winstreserves & liquidatie-uitkering
Civiel recht			Alle aandelen*
Jaarrekening-enrecht	Aandelen met een vaste looptijd & waarop een verplichte vergoeding moet worden gegeven	Aandelen die:** 1) geen vaste looptijd hebben & waarop een verplichte vergoeding moet worden gegeven, of; 2) een vaste looptijd hebben & waarop geen verplichte vergoeding moet worden gegeven	Aandelen zonder vaste looptijd & waarop geen verplichte vergoeding moet worden gegeven
<p>* Aandelen die geen of in beperkte mate recht geven op de winstuitdeling nadat het primaire dividend is toegekend en die niet boven het nominale bedrag of slechts in beperkte mate meedelen in het overschot na vereffening, worden aangemerkt als preferente aandelen.</p> <p>** Voor het jaarrekeningenrecht wordt hybride vermogen gesplitst. Onder IFRS worden eigenvermogenscomponenten behandeld als eigen vermogen en vreemd vermogenscomponenten worden behandeld als vreemd vermogen. Onder Dutch GAAP wordt enkel de economische kwalificatie vermeld.</p>			

Uit bovenstaande tabel kunnen kenmerken van eigen en vreemd vermogen worden opgemaakt. Voor aandelen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die tussen de twee definities van de wetgever invallen, ben ik van mening dat moet worden gekeken naar de economische werkelijkheid. Getoetst moet worden of de aandelen eigen of vreemd vermogen vertegenwoordigen. Hierbij wegen de volgende kenmerken mee.

<p>Kenmerkend voor vreemd vermogen is:</p> <ul style="list-style-type: none"> - een vaste en primaire vergoeding; - een vaste looptijd; - niet meedelen in de winstreserves; - niet meedelen in de liquidatie-uitkering. 	<p>Kenmerkend voor eigen vermogen is:</p> <ul style="list-style-type: none"> - geen vaste vergoeding; - geen vaste looptijd; - volledig meedelen in de winstreserves; - volledig meedelen in de liquidatie-uitkering.
--	---

Stemrecht bepaalt in principe niet of sprake is gewone of preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik ben echter van mening dat het stemrecht criterium wel kan worden gebruikt als extra toets wanneer twijfel bestaat over de kwalificatie van een aandeel.

Aangezien preferente aandelen in de statuten kunnen worden gecreëerd, zijn diverse soorten mogelijk. Hierdoor kan moeilijk een definitie worden gegeven. Ik ben het met de wetgever eens dat het definiëren van het begrip preferente aandelen te gevoelig is voor misbruik.¹²⁰ Per geval zal moeten worden beoordeeld of sprake is van gewone aandelen of van preferente aandelen.

4.3 Kwalificatie hybride vormen: gewone of preferente aandelen?

Aangezien het onduidelijk is hoe aandelen moeten worden bestempeld die zich bevinden tussen de enge en de ruime uitleg van de wetgever, zal worden ingegaan op een aantal hybride vormen. Eerst zullen aandelen met een verschil in het nominale kapitaal worden behandeld. Vervolgens komen aandelen met

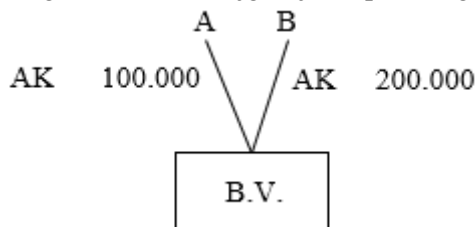
¹²⁰ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 100-101.

verschillende rechten op agio- en dividendreserves aan bod. Tot slot worden tracking stocks behandeld. Bij de kwalificatie van deze aandelen zal rekening worden gehouden met de kenmerken van eigen en vreemd vermogen.

4.3.1 Verschillen in het nominale kapitaal

Gelet op de ruime definitie van de wetgever is het betwistbaar of aandelen met een verschil in het nominale kapitaal als gewone of als preferente aandelen moeten worden bestempeld, omdat hierdoor een verschil in gerechtigdheid tot de winstreserves en de liquidatie-uitkering kan ontstaan. Wanneer een aandeelhouder niet volledig is gerechtigd tot de winstreserves en de liquidatie-uitkering, zou het aandeel kunnen kwalificeren als een preferent aandeel. Een verschil in gerechtigdheid kan zich voordoen bij letteraandelen. Letteraandelen zijn in beginsel gewone aandelen, waarbij iedere soort een specifiek kenmerk heeft waardoor ze van elkaar kunnen worden onderscheiden.¹²¹

In het volgende voorbeeld is sprake van letteraandelen. A en B zijn tezamen aandeelhouder van een vennootschap. Bij de oprichting worden 1.000 aandelen met een nominale waarde van 100 euro aan A toegekend. B verkrijgt bij de oprichting 1.000 aandelen met een nominale waarde van 200 euro.



Van der Kroon is van mening dat aandelen met een verschil in nominaal kapitaal niet moeten worden gekwalificeerd als preferente aandelen, indien de winst naar rato van het nominale kapitaal wordt verdeeld.¹²² Ik sluit me hier bij aan. Indien de aandelen van A recht geven op 1/3 van de winst en de aandelen van B op 2/3 van de winst, zijn beide aandelen te bestempelen als gewone aandelen. De aandelen delen naar rato van het aandelenkapitaal volledig mee in de winstreserves en liquidatieopbrengsten. Tevens wordt geen vaste vergoeding verkregen op de aandelen en hebben ze geen vaste looptijd. De aandeelhouders kunnen worden vergeleken met ondernemers en daarom moeten de aandelen als gewone aandelen worden bestempeld. Ik ben van mening dat in deze situatie geen twijfel kan bestaan over de classificatie van de aandelen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten toegankelijk zijn in het geval dat deze aandelen worden vervreemd.

4.3.2 Verschillen in agio- en dividendreserves

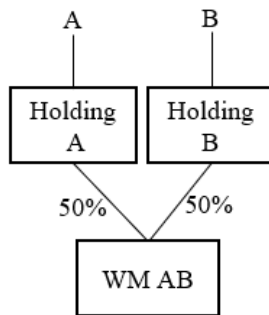
Indien een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft uitgegeven, is het mogelijk dat de ene soort een grote agio- of dividendreserve heeft en de andere soort een kleine agio- of dividendreserve heeft.¹²³ Wanneer op deze reserves een vast en primair dividend wordt uitgekeerd, is het de vraag of de aandelen nog volledig meedelen in de winstreserves. Omdat een agioreserve aan de aandelen is gekoppeld, ben ik van mening dat dit tezamen moet worden bekeken.

De wetgever behandelt in de Kamerstukken twee soorten aandelen met een verschil in dividendreserves gelijk. In het voorbeeld is A eigenaar van holding A en is B eigenaar van holding B. Beide holdings zijn gerechtigd tot 50% van het aandelenkapitaal in werkmaatschappij AB. De werkmaatschappij vertegenwoordigt een waarde van 5 miljoen.

¹²¹ Buijn 1999, par. 1.

¹²² Van der Kroon 2012, par. 2.1.

¹²³ Met reserve wordt in par. 4.3.2. agio- of dividendreserve bedoeld.



A heeft zijn winstreserve in het verleden aangewend, maar B daarentegen niet. De aandelen van A hebben een waarde van 2 miljoen en de aandelen van B hebben een waarde van 3 miljoen. De aandelen van A en B geven bij liquidatie recht op de waarde van de aandelen. De wetgever heeft aangegeven dat toerekening naar gerechtigdheid in het nominale aandelenkapitaal tot onjuiste uitkomsten zou leiden. In dat geval zou bij liquidatie 2,5 miljoen toekomen aan A, terwijl zijn aandelen maar 2 miljoen waard zijn. B zou in deze situatie een half miljoen te weinig uitgekeerd krijgen.¹²⁴ Zowel de aandelen van A als die van B worden in het voorbeeld als gewone aandelen behandeld. Ik ben van mening dat de wetgever hier een juiste keuze heeft gemaakt. Zowel A als B zijn te vergelijken met een ondernemer, omdat beiden ten aanzien van de waarde van hun aandelen meedelen in de liquidatie-uitkering. Dit sluit aan bij de gedachte dat een ondernemer meedeelt in de vermogensmutaties van de onderneming. Indien deze aandelen worden overgedragen, moet toegang tot de faciliteiten worden verkregen. De aandelen van A en B voldoen beide aan de voorwaarden van gewone aandelen. In dit voorbeeld wordt niet ingegaan op een vast en primair dividend op de reserves.

De Beer & Overduin geven in hun artikel het volgende voorbeeld. Twee directeur-grotaandeelhouders bezitten ieder 50% van de aandelen van de vennootschap. De aandelen worden omgevormd tot letteraandelen, zodat beiden een eigen dividendpolitiek kunnen voeren. De waarde van de onderneming wordt naar rato verdeeld over de aandelen. Op beide soorten wordt een primair dividend vergoed over de toegerekende waarde. Indien na deze winstuitdeling nog winst beschikbaar is, delen beiden voor de omvang van het aandelenbelang mee. De auteurs kwalificeren de aandelen als gewone aandelen, omdat de winst wordt verdeeld naar rato van het aandelenbelang. Volgens hen gaat deze redenatie ook op wanneer dividendreserves van beide aandelensoorten afwijken, omdat letteraandelen immers een apart dividendbeleid mogen voeren.¹²⁵ Van der Kroon is ook van mening dat in dergelijke situaties de aandelen als gewone aandelen moeten worden aangemerkt. Wanneer dit niet zo zou zijn, zouden alle aandelen preferent zijn, waardoor de gewone aandelen niet meer bestaan. Dit kan volgens hem niet de bedoeling zijn.¹²⁶ Indien het toekennen van een vast dividend zou leiden tot preferente aandelen, bestaan in het voorbeeld van De Beer & Overduin geen gewone aandelen. Dit lijkt me niet de bedoeling, omdat de aandeelhouders weldegelijk overeenkomsten tonen met ondernemers. Nadat het primaire dividend is toegekend, delen de aandelen voor de omvang van het aandelenbelang mee in de winstreserves. Ook delen de aandelen naar rato van het aandelenbelang mee in een eventuele liquidatie-uitkering. Tevens is geen vaste looptijd bepaald. Mijns inziens duidt dit erop dat de aandelen geen vreemd vermogen, maar eigen vermogen vertegenwoordigen. De aandelen moeten dus gekwalificeerd worden als gewone aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

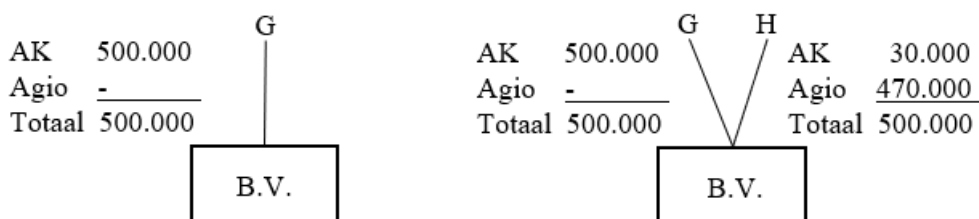
¹²⁴ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 100.

¹²⁵ De Beer & Overduin 2017, p. 9.

¹²⁶ Van der Kroon 2012, par. 2.1.

Van der Kroon stelt zichzelf de vraag hoe soorten aandelen geclassificeerd moeten worden indien de ene soort een hoge agio- en dividendreserve heeft en de andere soort een lage agio- en dividendreserve kent en op deze reserves een vast primair dividend wordt toegekend. De aandelen met het hoge reserve zouden als preferent kunnen worden bestempeld, omdat de aandeelhouder een vaste primaire vergoeding verkrijgt en ten opzichte van zijn nominale aandelenkapitaal niet volledig meedeelt in de winstreserves en de liquidatie-uitkering. Volgens Van der Kroon is een reserve onlosmakelijk verbonden met een aandeel en dienen derhalve samen te worden gekwalificeerd. Hij geeft aan dat een aandeel ten aanzien van het nominale kapitaal volledig meedeelt in de winst die overblijft nadat het primair dividend is uitgekeerd. Van der Kroon is van mening dat aandelen met een reserve waarop een primair dividend wordt toegekend en welke meedelen in de winst en liquidatie-uitkering, niet als preferent moeten worden aangemerkt. Dergelijke aandelen geven minstens gedeeltelijk recht geven op de waardevermeerdering van de vennootschap. In extreme gevallen kan daarentegen sprake zijn van misbruiksituaties en zouden de aandelen als preferent moeten worden aangemerkt.¹²⁷

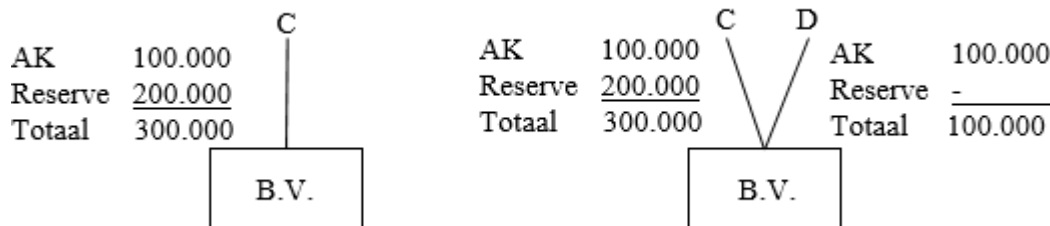
Ik ben met hem eens dat een aandeel tezamen met de reserves moet worden beoordeeld. In principe ontstaan reserves doordat de winst wordt behaald met het kapitaal dat in de vennootschap is gestort. Ook constateer ik dat in extreme situaties sprake kan zijn van preferente aandelen. Stel G is aandeelhouder van een vennootschap. Vervolgens treedt H toe. Op zijn aandelen stort hij 470.000 euro agio waarover hij een vaste primaire vergoeding krijgt.



In deze situatie deelt H naar rato van zijn nominale aandelenkapitaal mee in de winstreserves en het liquidatieoverschot. De overwinst komt vrijwel geheel aan G toe, terwijl G en H evenveel kapitaal in de vennootschap hebben gestort. Ik ben van mening dat in deze situatie voor H de overeenkomst met een financier opgaat. Het enkel verstrekken van kapitaal voert hier de boventoon. De aandelen van H moeten worden bestempeld als preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

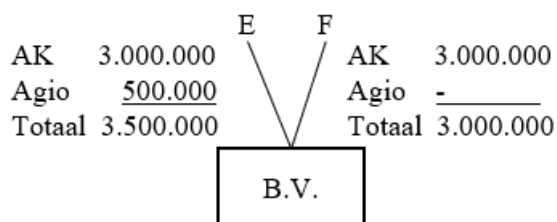
In de volgende situatie is C enig aandeelhouder. Er zal geen twijfel bestaan over de vraag of C een gewone aandeelhouder is, omdat aan hem alle vermogensmutaties van de onderneming toekomen. Vervolgens treedt D toe. D verkrijgt een andere soort aandelen dan C. De bestaande reserves worden toegerekend aan de aandelen van C, waarover een vaste vergoeding wordt vergoed. C en D delen ten aanzien van het nominale aandelenkapitaal mee in de winstreserves en liquidatie-uitkering. Wanneer aandeelhouder D in de vennootschap gaat deelnemen, is het gelet op de ruime uitleg van de wetgever de vraag of C nog steeds als ondernemer kan worden aangemerkt, omdat C slechts meedeelt in de vermogensmutaties ten aanzien van zijn nominale kapitaal.

¹²⁷ Van der Kroon 2012, par. 2.1.



Ik ben van mening dat de kwalificatie van C niet kan veranderen door het toetreden van een andere aandeelhouder. Doordat een aandeelhouder toetreedt, deelt C niet meer volledig mee in de overwinst en liquidatie-uitkering, maar enkel ten aanzien van 100.000 euro. In deze situatie ben ik van mening dat de enge uitleg van de wetgever gevolgd moet worden. C moet worden bestempeld als een gewone aandeelhouder, omdat ze kan worden vergeleken met een ondernemer. Het feit dat C een primair dividend over de eerder ontstane reserves krijgt, doet daar niet aan af.

Stel de volgende situatie is van kracht. E en F houden beiden aandelen met een nominale waarde van 3 miljoen euro. Op de aandelen van E rust een agioreserve van 500.000 euro, waarover een primair dividend wordt vergoed. De winstreserves en de liquidatie-uitkering worden naar rato van het nominale aandelenkapitaal verdeeld.



In bovenstaande situatie delen E en F beiden voor 50% mee in de winstreserve en de liquidatie-uitkering. Het is de vraag of E als preferente aandeelhouder moet worden aangemerkt, omdat hij slechts ten aanzien van 3.000.000 euro meedeelt in de winst nadat het primair dividend is uitgekeerd. Zoals voorheen is aangegeven moet het begrip preferente aandelen mijns inziens niet zo ruim worden uitgelegd als dat de Belastingdienst doet. Voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moet worden gekeken of de vergelijking met een verstrekker van vreemd vermogen opgaat. In dit geval wordt enkel over 500.000 een vast dividend verkregen en deelt hij ten aanzien van dat bedrag niet mee in de overwinst en liquidatie-uitkering. E verkrijgt bij terugbetaling van het kapitaal enkel ten aanzien van 500.000 euro voorrang op de gewone aandeelhouder. E verkrijgt geen voorrang ten aanzien van zijn nominale kapitaal. E deelt naar rato van zijn nominale aandelenkapitaal volledig mee in de vermogensmutaties van de onderneming die wordt gedreven in de vennootschap. Ten aanzien van zijn gestorte kapitaal deelt hij mee voor 85,7%.¹²⁸ In deze situatie vind ik dat de overeenkomst met een ondernemer kan worden getrokken en dat E niet kan worden vergeleken met een verstrekker van vreemd vermogen. Ik ben van mening dat de aandelen van E als gewone aandelen moeten worden bestempeld.

4.3.3 Tracking stocks

Ook de kwalificatie van tracking stocks kan moeilijkheden opleveren. Tracking stocks zijn verschillende categorieën aandelen, waarbij iedere categorie aandelen aanspraak kan maken op de winst en liquidatie-uitkering van een specifiek onderdeel van de onderneming die wordt gedreven in de vennootschap.¹²⁹ Tracking stocks zouden op twee manieren eventueel kunnen kwalificeren als preferent aandeel. Ten

¹²⁸ $3.000.000 / 3.500.000 \times 100\% = 85,7\%$.

¹²⁹ Groenewald 2004, par. 1.

eerste zouden tracking stocks als preferent kunnen worden aangemerkt, omdat deze aandelen niet ten aanzien van de gehele onderneming recht hebben op de winstreserves en de liquidatie-uitkeringen. Ten tweede zouden tracking stocks als preferent aandelen kunnen worden bestempeld, omdat het vermogen waarop de aandelen betrekking hebben overeenkomt met vreemd vermogen.

Tracking stocks zijn ten aanzien van een specifiek bedrijfsonderdeel volledig gerechtigd tot de vermogensmutaties van de onderneming die in de vennootschap wordt gedreven. Dit is een andere beperking dan de beperking bij preferente aandelen, omdat voor preferente aandelen ten aanzien van de gehele onderneming het recht op winst en de liquidatie-uitkering wordt beperkt.¹³⁰ Van Gijlswijk vindt dat in veel gevallen de houders van tracking stocks zich enigszins in een vergelijkbare positie bevinden met ondernemers. Hij is van mening dat tracking stocks als gewone aandelen moeten worden behandeld.¹³¹ Onder de ruime uitleg van de wetgever zouden tracking stocks kunnen kwalificeren als preferente aandelen, omdat ze niet altijd volledig meedelen in de winstreserves en liquidatie-uitkering. Houders van tracking stocks kunnen in beginsel worden vergeleken met ondernemers. Het is niet in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten om de houders van tracking stocks als preferente aandeelhouders te bestempelen.

Van der Kroon vermoedt dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden sprake is van preferente aandelen, bijvoorbeeld in het geval dat een categorie tracking stocks alleen gerechtigd is tot de opbrengst van een lening.¹³² Ik begrijp de opmerking van Van der Kroon. In dergelijke gevallen wordt een vast dividend verkregen, hebben de tracking stocks een vaste looptijd en delen ze niet mee in de winstreserves en een eventuele liquidatie-uitkering. Over de lening wordt enkel een vaste interestpercentage verkregen en de aflossing van die lening vormt de terugbetaling van het nominale aandelenkapitaal. In het geval dat de aandeelhouder alleen gerechtigd is tot de opbrengst van een lening of vergelijkbare vermogensbestanddelen, vind ik dat de vergelijking met een verstrekker van vreemd vermogen kan worden getrokken. De tracking stocks moeten in dat geval als preferente aandelen worden bestempeld.

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzoek gedaan naar wat moet worden verstaan onder preferente aandelen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Er kan worden geconcludeerd dat in ieder geval het aandeel dat geen recht heeft op de winstreserves en liquidatie-uitkeringen een preferent aandeel is. Een aandeelhouder die volledig meedeelt in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen is in ieder geval een gewone aandeelhouder. Voor alle aandelen die zich bevinden tussen de enge en ruime uitleg is het onduidelijk hoe ze moeten worden behandeld voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Aangezien preferente aandelen in de statuten kunnen worden gecreëerd, zijn diverse soorten mogelijk. Hierdoor kan moeilijk een definitie worden gegeven. Ik ben het met de staatssecretaris eens dat het definiëren van het begrip preferente aandelen te gevoelig is voor misbruik. Voor aandelen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die tussen de twee definities van de wetgever invallen, moet per geval worden getoetst of sprake is van gewone of preferente aandelen. Hierbij moet rekening worden gehouden met de kenmerken van eigen en vreemd vermogen. Indien de aandelen economisch gezien vreemd vermogen vertegenwoordigen, moeten ze worden bestempeld als preferente aandelen.

¹³⁰ De Beer & Overduin 2017, p. 9.

¹³¹ Van Gijlswijk 2010, p. 432.

¹³² Van der Kroon 2012, par. 2.1.

Hoofdstuk 5 – Invulling nadere voorwaarden voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder

5.1 Inleiding

De wetgever heeft aangegeven dat reële bedrijfsopvolgingen fiscaal moeten worden begeleid. Niet meer, maar ook niet minder. Enkel in de situatie dat preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht, past het volgens de wetgever binnen de ratio van de faciliteiten om de overdracht fiscaal te begeleiden. Om die reden heeft de wetgever in artikel 35c lid 4 SW 1956 nadere voorwaarden gesteld voor de preferente aandeelhouder. Voldaan moet worden aan het omzettingsvereiste, het toekenningsvereiste, het ondernemingsvereiste en het aandeelhoudersschapsvereiste.

Volgens de wetgever zorgen bovengenoemde voorwaarden ervoor dat de meest voorkomende vorm van een gefaseerde bedrijfsopvolging in de praktijk kwalificeert. Hij realiseert zich dat een gefaseerde bedrijfsopvolging ook op een andere manier kan worden geregeld. Vanuit de rechtszekerheid moeten zoveel mogelijk situaties in de uitvoeringsregeling worden opgenomen. De praktijk kan echter weerbarstig zijn waardoor de uitvoeringsregeling niet toereikend is. De wetgever zal ten aanzien van deze situaties in een beleidsbesluit duidelijkheid verschaffen.¹³³

In maart 2018 heeft de staatssecretaris een nieuw AB-Besluit uitgegeven.¹³⁴ Aangezien het vorige AB-Besluit en het BOR-Besluit met elkaar overeenstemmen, ga ik er vanuit dat de besluiten ten aanzien van preferente aandelen in het AB-Besluit ook gelden voor de schenk- en erfbelasting.¹³⁵ Ik verwacht dat wanneer het BOR-Besluit wordt aangepast, de besluiten ten aanzien van preferente aandelen worden overgenomen vanuit het laatstelijk AB-Besluit.¹³⁶

De wetgever heeft aangegeven dat direct en indirect gehouden aandelen voor de faciliteiten zo veel mogelijk gelijk moeten worden behandeld. Indirect gehouden preferente aandelen die zijn uitgegeven in het kader van een bedrijfsopvolging kunnen ook kwalificeren indien is voldaan aan de voorwaarden van artikel 8 lid 3 Uitv.reg. S&E. Deze voorwaarden zijn vergelijkbaar met de gestelde voorwaarden voor direct gehouden preferente aandelen.

In dit hoofdstuk zal per voorwaarde worden onderzocht of deze juist is vormgegeven. Indien nodig worden aanpassingen voorgesteld, zodat wordt aangesloten bij de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

5.2 Omzettingsvereiste

De eerste voorwaarde staat beschreven in artikel 35c lid 4 sub a SW 1956 en betreft het omzettingsvereiste. Volgens de eerste voorwaarde moeten:

“de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen”

Het is mijns inziens juist dat de preferente aandelen een omzetting moeten vormen van een eerder gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen, omdat een gewone aanmerkelijkbelanghouder overeenkomsten toont met een ondernemer. Van belang is dat niet alle aandeelhouders in box 2 kunnen

¹³³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 97-98.

¹³⁴ AB-besluit van 9 maart 2018.

¹³⁵ Vergelijk AB-Besluit van 4 september 2012 en BOR-Besluit van 17 januari 2013.

¹³⁶ Aldus ook: Heithuis 2018, par. 5.5.

worden vergeleken met een ondernemer. In het geval dat aandelen geen ondernemingsvermogen vertegenwoordigen, moeten de faciliteiten niet toegankelijk zijn. Het is daarom juist dat wordt gesteld dat een aanmerkelijk belang van gewone aandelen moet worden omgezet.

De wetgever is van mening dat een meetrek aanmerkelijkbelanghouder niet als ondernemer kan worden beschouwd en heeft hem om die reden uitgezonderd.¹³⁷ Desondanks kunnen preferente aandelen die voorheen een meetrek aanmerkelijk belang vormden, kwalificeren voor de faciliteiten. Dit is het geval wanneer een meegetrokken aanmerkelijk belang wordt omgezet in preferente aandelen en daarbij is voldaan aan de voorwaarden van artikel 35 lid 4 SW 1956.¹³⁸ De preferente aandelen vormen na omzetting een soort aanmerkelijk belang op basis van artikel 4.7 Wet IB 2001, waardoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing zijn. Dit is mijns inziens niet juist en hier zou een oplossing voor moeten komen. Tevens ben ik van mening dat een fictief aanmerkelijk belang dat is omgezet in preferente aandelen niet moet kwalificeren, omdat die aandeelhouder niet kan worden vergeleken met een ondernemer. In de uitvoeringsregeling moet worden opgenomen dat deze preferente aanmerkelijkbelanghouders geen toegang verkrijgen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

In artikel 8 Uitv.reg. S&E heeft de wetgever een aantal situaties opgenomen die met het omzettingsvereiste worden gelijkgesteld.¹³⁹ In het eerste lid is geregeld dat preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van een aandelenfusie, een juridische splitsing, een juridische fusie of in het kader van een bedrijfsfusie, worden gelijkgesteld met de omzetting van een eerder gehouden aanmerkelijk belang.¹⁴⁰ Voor indirecte preferente aandelen bestaat een gelijkkluidende bepaling in het derde lid. De staatssecretaris keurt in het AB-Besluit goed dat preferente aandelen die zijn uitgereikt bij een geruisloze omzetting eveneens toegang kunnen verkrijgen tot de faciliteiten.¹⁴¹

Artikel 8 lid 2 Uitv.reg. S&E bepaalt dat is voldaan aan de omzettingseis in situaties waarin aandelen worden verkregen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht en diegene waarvan de aandelen worden verkregen, de aandelen heeft omgezet. Eveneens is voldaan aan de omzettingseis wanneer de beoogde bedrijfsopvolger de aandelen verkrijgt krachtens erfrecht via tussenkomst van de langstlevende. Dit is het geval wanneer vader zijn aandelen omzet in preferente aandelen en daarbij gewone aandelen toekent aan zijn kind. Wanneer vader overlijdt, verkrijgt de langstlevende echtgenoot de preferente aandelen.¹⁴² Vervolgens overlijdt de langstlevende en vererven de preferente aandelen naar het kind. Op deze verkrijging zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in beginsel niet van toepassing, omdat de langstlevende de preferente aandelen niet heeft omgezet. In de uitvoeringsregeling staat beschreven dat het kind een beroep kan doen op de faciliteiten. Het kind verkrijgt immers de aandelen krachtens erfrecht, maar via tussenkomst van de langstlevende.¹⁴³ Van der Kroon merkt op dat deze tegemoetkoming alleen van toepassing is op directe preferente aandelen. Wanneer vader een indirect belang zou omzetten naar preferente aandelen en deze via tussenkomst van de langstlevende bij de

¹³⁷ Zie par. 3.2.

¹³⁸ Ik ga er vanuit dat is voldaan aan de overige voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

¹³⁹ Dit artikel komt overeen met artikel 26b Uitv.reg. IB 2001.

¹⁴⁰ Een aandelenfusie zoals bedoeld in artikel 3.55 Wet IB 2001, een juridische splitsing zoals bedoeld in artikel 3.56 Wet IB 2001, een juridische fusie zoals bedoeld in artikel 3.57 Wet IB 2001 en een bedrijfsfusie zoals bedoeld in artikel 14 Wet VPB 1969.

¹⁴¹ AB-besluit van 9 maart 2018, onderdeel 5.5.3.

¹⁴² Op deze verkrijging zijn de faciliteiten niet van toepassing, omdat ze niet voldoet aan alle voorwaarden van artikel 35c lid 5 SW 1956. Gelet op de ratio van de faciliteiten is dit juist, omdat de langstlevende geen beoogde bedrijfsopvolger is.

¹⁴³ *Kamerstukken II 2009-2010*, 31 930, nr 13, p. 29 en *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 128, nr. 20, p. 22.

beoogde bedrijfsopvolger terechtkomen, is niet voldaan aan de omzettingseis. Van der Kroon verwacht dat dit een omissie van de wetgever is en pleit ervoor dat deze fout wordt hersteld.¹⁴⁴ Ik sluit me hier bij aan. De wetgever wil immers directe en indirecte belangen gelijk behandelen. Ik zie geen reden om deze tegemoetkoming alleen van toepassing te laten zijn op directe preferente aandelen. In artikel 8 lid 2 Uitv.reg. S&E moet worden opgenomen dat deze tegemoetkoming ook van toepassing is op een indirect belang.

In artikel 8 lid 4 Uitv.reg. S&E is neergelegd dat indien eenmaal is voldaan aan het omzettingsvereiste, dit zo blijft zolang de preferente aandelen aan de gewone aandelen gekoppeld blijven. Stel X houdt preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging. Bij de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen zijn aan Z gewone aandelen uitgereikt. Wanneer X overlijdt en Z de preferente aandelen verkrijgt, zijn de faciliteiten ten aanzien van de preferente aandelen van toepassing. Z verkoopt na tien jaar 20% van zijn gewone aandelen. Z overlijdt en laat al zijn aandelen na aan zijn kind. De faciliteiten zijn van toepassing op 80% van de preferente aandelen, omdat voor 20% de koppeling met de gewone aandelen is beëindigd.

Tijdens de parlementaire behandeling van preferente aandelen is aangegeven dat bij de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen rekening moet worden gehouden met de bezitseis van artikel 35d SW 1956.¹⁴⁵ In artikel 9 lid 3 Uitv.reg. S&E is bepaald dat wanneer is voldaan aan de bezitseis bij de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen, tevens is voldaan aan de bezitseis voor de preferente aandelen na de omzetting. De Bult vindt dat er discrepantie bestaat tussen de wet en de parlementaire behandeling. Naar de letter van de wet kunnen preferente aandelen die voor omvorming minder dan één respectievelijk 5 jaar zijn gehouden ook kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Om discussies te voorkomen raadt De Bult echter aan om te voldoen aan de voorperiode.¹⁴⁶ Zoals ik in paragraaf 2.3.3 heb aangegeven, ben ik van mening dat materieel moet worden getoetst of de vervreemder van de aandelen een onderneming drijft middels de vennootschap, waardoor de bezitseis kan worden geschrapt. Indien gewone aandelen bij de omzetting in preferente aandelen ondernemingsvermogen vertegenwoordigen, moeten deze aandelen kunnen voldoen aan de omzettingseis.

Sinds 1 januari 2010 zijn de nadere voorwaarden voor preferente aandeelhouders van kracht.¹⁴⁷ De staatssecretaris heeft in het inmiddels vervallen BOR-besluit uit 2011 aangegeven dat hij begrip heeft voor de situatie dat bij bedrijfsopvolgingen voor 2010 geen rekening kon worden gehouden met de cumulatieve voorwaarden voor preferente aandelen. Concrete gevallen kunnen daarom aan hem worden voorgelegd. Vervolgens zal hij deze verzoeken beoordelen op basis van de hardheidsclausule van artikel 63 AWR.¹⁴⁸ De redactie van Vakstudie Nieuws stelt dat de concrete gevallen die aan de staatssecretaris zijn voorgelegd, hebben geleid tot situaties die worden goedgekeurd in het besluit van 17 januari 2013.¹⁴⁹ De staatssecretaris keurt onder bepaalde voorwaarden situaties van voor 2010 goed, zodat toch kan worden voldaan aan het omzettingsvereiste. Hij geeft eveneens onder voorwaarden goedkeuring voor situaties van voor 2010 waarin een vordering is omgezet in preferente aandelen. De wetgever keurt deze situaties goed omdat voor 2010 geen rekening kon worden gehouden met de nader gestelde

¹⁴⁴ Van der Kroon 2012, par. 2.2.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 103 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 28-29.

¹⁴⁶ Bult 2013, p. 8. Aldus ook Janssen 2013, p. 25.

¹⁴⁷ Zie laatstelijk AB-besluit van 9 maart 2018, onderdeel 5.5 en BOR-Besluit van 17 januari 2013, par. 3.9.

¹⁴⁸ BOR-Besluit van 4 april 2011, par. 3.9.

¹⁴⁹ BOR-Besluit van 17 januari 2013, par. 3.9 en AB-besluit van 9 maart 2018, par. 5.5.

voorwaarden. De redactie is van mening dat door de gegeven goedkeuring in het besluit concrete gevallen niet meer kunnen worden voorgelegd.¹⁵⁰ Hoogwout en Van der Kroon zijn het niet eens met de redactie. Zij stellen dat concrete gevallen altijd kunnen worden voorgelegd op basis van de hardheidsclausule.¹⁵¹ Ik ben het met hen eens dat concrete gevallen altijd kunnen worden voorgelegd aan de wetgever op basis van artikel 63 AWR.¹⁵² Het voorleggen van een situatie geldt ten aanzien van de gehele faciliteit en niet enkel ten aanzien van het omzettingsvereiste.

Gesteld kan worden dat de gedachte achter het omzettingsvereiste in overeenstemming is met de ratio van de faciliteiten. De eerste voorwaarde draagt bij aan het faciliteren van gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen, maar dient op een aantal punten te worden aangescherpt.

5.3 Toekenningsvereiste

De tweede voorwaarde staat beschreven in artikel 35c lid 4 sub b SW 1956 en betreft het toekenningsvereiste. De voorwaarde houdt in dat:

“de omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander”

In de literatuur wordt geschreven dat ‘gepaard gaan met’ een causaal verband veronderstelt. Dit betekent niet dat direct bij de omzetting gewone aandelen aan een ander moeten worden toegekend. Ook indien na de omzetting gewone aandelen worden toegekend aan een ander, moet kunnen worden voldaan aan de tweede voorwaarde, zolang sprake is van een causaal verband.¹⁵³ Ik kan me vinden in deze gedachtegang. De gewone aandelen moeten worden toegekend aan de beoogde bedrijfsopvolger, maar de beoogde bedrijfsopvolger hoeft pas bij verkrijging van preferente aandelen te voldoen aan het aandeelhoudersvereiste.¹⁵⁴ Mijns inziens brengt dit met zich mee dat de gewone aandelen niet direct bij de omzetting moeten worden uitgereikt. De reële bedrijfsopvolgingsgedachte wordt niet in gevaar gebracht doordat pas na de omzetting gewone aandelen worden toegekend. Zolang een causaal verband bestaat tussen de omzetting en het toekennen van gewone aandelen aan een ander, vind ik dat de faciliteiten toegankelijk moeten zijn.

Uit de Kamerstukken maak ik op dat het niet verplicht is om nieuwe gewone aandelen aan een ander toe te kennen. De wetgever geeft namelijk aan dat wanneer gewone aandelen deels worden omgezet in preferente aandelen en het overige deel gewone aandelen overgaat naar de bedrijfsopvolger, voldaan is aan het toekenningsvereiste.¹⁵⁵ In het oude AB-Besluit en het BOR-Besluit staat beschreven dat de verkrijger van preferente aandelen ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen minstens 5% van de toegekende gewone aandelen moet bezitten.¹⁵⁶ In het nieuwe AB-Besluit staat beschreven dat aandeelhouder daarnaast ten minste één nieuw uitgegeven gewoon aandeel moet bezitten.¹⁵⁷ Volgens het besluit volstaat het dus niet om enkel bestaande aandelen toe te kennen aan de beoogde bedrijfsopvolger. Van alle toegekende gewone aandelen bij de omzetting moet de aandeelhouder ten

¹⁵⁰ Redactie Vakstudie Nieuws 2013, par. 3.9

¹⁵¹ Hoogwout 2011, par. 9 en Van der Kroon 2012, par. 2.2.

¹⁵² *Vakstudie Algemeen*, art 63 AWR, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 01-12-2018).

¹⁵³ De Beer 2009, par. 4.1.3.b.

¹⁵⁴ BOR-Besluit van 17 januari 2013, par. 3.9.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 98.

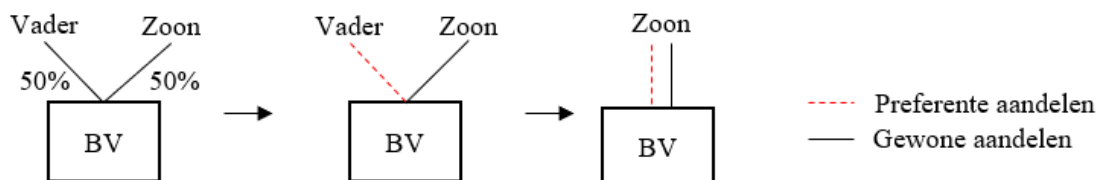
¹⁵⁶ AB-Besluit van 4 september 2012, par. 5.5 en BOR-Besluit van 17 januari 2013, par. 3.9.

¹⁵⁷ AB-besluit van 9 maart 2018, par. 5.5.

minste 5% bezitten wanneer hij de preferente aandelen verkrijgt. Van deze 5% moet ten minste één aandeel nieuw zijn uitgegeven tijdens de omzetting.

Sommige auteurs vinden dat de tweede voorwaarde onnodig beperkend is met als gevolg dat reële bedrijfsopvolgingen worden uitgesloten. Indien een beoogde bedrijfsopvolger reeds 5% van de gewone aandelen bezit en vervolgens preferente aandelen verkrijgt, kan geen beroep worden gedaan op de faciliteiten. In deze situatie zijn namelijk geen aandelen toegekend aan een ander. Volgens de auteurs moet de staatssecretaris goedkeuring geven voor situaties waarin de beoogde bedrijfsopvolger al gewone aandelen bezit.¹⁵⁸

Gelet op de ratio van de faciliteiten ben ik van mening dat niet per se nieuwe aandelen moeten worden toegekend. De faciliteiten moeten bijdragen aan de continuïteit van bestaande ondernemingen.¹⁵⁹ De wetgever acht hiervoor het volgende noodzakelijk. Ten eerste moet de vennootschap een onderneming drijven wanneer de preferente aandelen worden uitgegeven. Ten tweede moet de verkrijger van de preferente aandelen tijdens de verkrijging als ondernemer betrokken zijn bij de onderneming. Tevens moet hij na de omzetting betrokken blijven als ondernemer.¹⁶⁰ Preferente aandelen kwalificeren dus alleen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien de preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging. In de volgende situatie ben ik van mening dat sprake is van een reële bedrijfsopvolging.



Vader en zoon bezitten beiden 50% van de gewone aandelen. Vader wil uittreden en zet daarbij de helft van zijn aandelen om in preferente aandelen. Bij de omzetting kent hij de andere aandelen toe aan zijn zoon. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen niet worden toegepast, omdat zoon niet één nieuw toegekend aandeel bezit op het moment dat hij de preferente aandelen verkrijgt. Ik ben van mening dat deze situaties niet mogen worden uitgesloten van de faciliteiten. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten reële bedrijfsopvolgingen faciliteren. Niet meer, maar ook niet minder.¹⁶¹ In deze situatie ben ik van mening dat de faciliteiten moeten kunnen worden toegepast. Ik begrijp niet waarom een nieuw aandeel moet worden uitgegeven. Ik vind dat ook sprake is van een reële bedrijfsopvolging wanneer vader al zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen en geen gewone aandelen aan de zoon worden toegekend bij die omzetting. De vennootschap drijft een onderneming op het moment dat de gewone aandelen van vader worden omgezet in preferente aandelen. Zoon is als ondernemer betrokken bij de vennootschap op het moment dat hij preferente aandelen verkrijgt én hij zet de onderneming na de verkrijging van preferente aandelen voort.¹⁶² Gelet op de ratio vind ik dat hier sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Situaties waarin de bedrijfsopvolger bij omzetting ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit, moeten kunnen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Tevens wordt in de literatuur gesteld dat de tweede voorwaarde niet in lijn is met de ratio van de faciliteiten wanneer de beoogde bedrijfsopvolger nog niet bekend is op het moment van omzetten van

¹⁵⁸ Aldus ook: Van der Kroon 2012, par. 2.2 en Van Gijlswijk in Van den Kerkhof & Belzer 2013, p. 4-5.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 25.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10, p. 21.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 17.

¹⁶² Zie o.a.: Van der Kroon 2012, par. 2.2 en Van Gijlswijk in Van den Kerkhof & Belzer 2013, p. 4-5.

de gewone aandelen in preferente aandelen.¹⁶³ Ik vind dat dit geen reden is om de tweede eis te schrappen. Indien de aandelen in dergelijke situaties worden omgezet in preferente aandelen, ben ik van mening dat dit niet wordt gedaan omdat een bedrijfsopvolger het bedrijf wil overnemen en de bedrijfsopvolger uiteindelijk volledig zal uittreden.

In beginsel is het toekenningsvereiste in overeenstemming met het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat een bedrijfsopvolger moet toetreden. Het is echter zo dat situaties zich voordoen waarbij geen toegang wordt verkregen tot de faciliteiten, ondanks dat sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de beoogde bedrijfsopvolger al een gewoon aanmerkelijk belang bezit. Gelet op de ratio van de faciliteiten volstaat het toekennen van gewone aandelen aan een ander. De passage in het AB-Besluit waarin wordt aangegeven dat ten minste 1 nieuw aandeel moet worden uitgegeven, moet worden geschrapt. In de wet moet worden opgenomen dat niet hoeft te worden voldaan aan het toekenningsvereiste indien de verkrijger van preferente aandelen al bij omzetting ten minste 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houdt.

5.4 Ondernemingsvereiste

De derde voorwaarde die de wetgever heeft gesteld, staat beschreven in artikel 35c lid 4 sub c SW 1956 en betreft een ondernemingsvereiste. De voorwaarde houdt in dat:

“ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b”

Door het stellen van deze voorwaarde zou in de wettekst beter tot uitdrukking moeten komen dat preferente aandelen moeten worden verkregen in het kader van een reële bedrijfsopvolging.¹⁶⁴

Diverse auteurs vragen zich af of de ondernemingseis juist is vormgegeven. Zo is De Beer van mening dat de derde voorwaarde het beoogde doel niet bereikt. Nadat de aandelen zijn omgevormd, kan de vennootschap de aard van zijn activiteiten wijzigen.¹⁶⁵ Daarnaast vraagt Van der Kroon zich af of het een rechtvaardige eis is, omdat tweemaal wordt getoetst of het lichaam een materiële onderneming drijft. Ten eerste bij de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen en ten tweede bij het vervreemden van de preferente aandelen. Indien een belastingplichtige gewone aandelen van een beleggingsvennootschap verkrijgt, kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet worden toegepast. Er wordt immers geen ondernemingsvermogen verkregen. Wanneer de vennootschap vervolgens een materiële onderneming gaat drijven en de gewone aandelen worden vervreemd, kunnen de faciliteiten worden toegepast. Bij preferente aandelen is dit niet het geval, omdat op het moment van omzetten al moet zijn voldaan aan de materiële ondernemingseis.¹⁶⁶ De staatssecretaris beschouwt de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen als de eerste stap in het bedrijfsopvolgingsproces en acht het daarom juist dat deze voorwaarde is gesteld.¹⁶⁷ Van der Kroon erkent dit, maar geeft aan dat de beoogde bedrijfsopvolger slechts 5% van het bij omzetting toegekende gewone aandelenkapitaal hoeft te verkrijgen. De overige 95% kan aan niet-beoogde bedrijfsopvolgers worden verstrekt. Dit wijst volgens hem niet op situaties waarin een reële bedrijfsopvolging zich voordoet. Hier wordt in de volgende paragraaf op ingegaan.¹⁶⁸ Naar mijn mening is het terecht dat op twee momenten wordt getoetst of sprake

¹⁶³ Van der Kroon 2012, par. 2.2.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 9, p. 99.

¹⁶⁵ De Beer 2009, par. 4.1.3.b.

¹⁶⁶ Van der Kroon 2012, par. 2.2.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 9, p. 98.

¹⁶⁸ Van der Kroon 2012, par. 2.2.

is van een onderneming, aangezien de wetgever reële bedrijfsopvolgingen wil faciliteren. Een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen moet kwalificeren wanneer de preferente aandelen een voortzetting van een eerder gedreven onderneming vertegenwoordigen. Het is dus terecht dat ook ten tijde van de omzetting wordt getoetst of de vennootschap een onderneming drijft.

5.5 Aandeelhouderschapsvereiste

Het aandeelhouderschapsvereiste staat beschreven in artikel 35c lid 4 sub d SW 1956. De vierde voorwaarde houdt in dat:

“de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b.”

In artikel 8 lid 5 Uitv.reg. S&E is bepaald dat het geplaatste kapitaal van de preferente aandelen niet wordt meegenomen bij de beoordeling van de 5%-eis. Het geplaatste preferente kapitaal kan erg groot zijn ten opzichte van het geplaatste gewone kapitaal, waardoor mogelijk gewone aandeelhouders niet zouden voldoen aan het 5%-criterium.¹⁶⁹

In het BOR-Besluit is aangegeven dat de verkrijger van preferente aandelen niet al bij de omzetting 5% van de toegekende gewone aandelen hoeft te verkrijgen.¹⁷⁰ Zolang bij de verkrijging van preferente aandelen wordt voldaan aan het aandeelhouderschapsvereiste, is voldaan aan de vierde voorwaarde. In het nieuwe AB-Besluit is de toelichting op het aandeelhouderschapsvereiste gewijzigd.¹⁷¹

“De verkrijger van de (indirect gehouden) preferente aandelen moet ten tijde van de verkrijging minimaal één nieuw uitgegeven gewoon aandeel bezitten en in totaal ten minste 5% van het geplaatste kapitaal”

Hier maak ik uit op dat de verkrijger van preferente aandelen net zoals onder het BOR-Besluit 5% van de bij omzetting toegekende gewone aandelen moet houden. Daarnaast moet de preferente aanmerkelijkbelanghouder minstens één aandeel houden dat bij de omzetting nieuw is uitgegeven. Zoals in paragraaf 5.3 is aangekondigd ben ik van mening dat enkel het toekennen van gewone aandelen volstaat. Het uitgeven van een nieuw aandeel acht ik niet noodzakelijk, gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Tevens hoeven geen aandelen te worden toegekend indien de bedrijfsopvolger bij omzetting reeds 5% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit.

In de literatuur wordt aangegeven dat de beoogde bedrijfsopvolger slechts 5% van het toegekende gewone aandelenkapitaal hoeft te verkrijgen. De overige 95% kan aan niet-beoogde bedrijfsopvolgers worden verstrekt. Dit wijst niet op situaties waarin een reële bedrijfsopvolging zich voordoet.¹⁷² Ik sluit me aan bij deze gedachte. Ik ben van mening dat wanneer aan de beoogde bedrijfsopvolger 5% van de bij omzetting toegekende aandelen worden uitgereikt, dit belang veel kleiner kan zijn dan een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001. Een gewone aandeelhouder toont overeenkomsten met een ondernemer indien hij een aanmerkelijk belang bezit. Volgens de ratio van de faciliteiten moet de verkrijger van preferente aandelen tijdens de verkrijging als ondernemer bij de onderneming betrokken zijn en tevens moet hij na de omzetting betrokken blijven als ondernemer.¹⁷³ Hieruit maak ik op dat de beoogde bedrijfsopvolger ten minste 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal moet houden. Wanneer een aandeelhouder een dergelijk aanmerkelijk belang bezit,

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10, p. 21.

¹⁷⁰ BOR-Besluit van 17 januari 2013, par. 3.9.

¹⁷¹ AB-besluit van 9 maart 2018, par. 5.5.

¹⁷² Van der Kroon 2012, par. 2.2.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10, p. 21.

kan de aandeelhouder mijn inziens worden vergeleken met een ondernemer. De vierde voorwaarde dient te worden aangepast.

Indien de beoogde bedrijfsopvolger geen aanmerkelijk belang bezit op het moment van de omzetting, moet de omzetting gepaard gaan met gewone aandelen. Aan het aandeelhouderschapsvereiste is voldaan indien de beoogde bedrijfsopvolger bij het ontvangen van de preferente aandelen ten minste 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal bezit. Tot dit aanmerkelijk belang moeten ook gewone aandelen behoren die bij de omzetting zijn toegekend.

In artikel 35c lid 4 sub d SW 1956 ontbreken de woorden ‘direct of indirect’, terwijl dit wel staat vermeld in artikel 8 lid 3 sub d Uitv.reg. S&E. Hieruit kan worden opgemaakt dat de verkrijger directe preferente aandelen van de gewone aandelen niet indirect mag houden. De staatssecretaris heeft in het AB-besluit van 9 maart 2018 goedgekeurd dat het indirect houden van de gewone aandelen ook kwalificeert voor de vierde voorwaarde.¹⁷⁴

Janssen geeft aan dat in de praktijk veelvuldig niet wordt voldaan aan de vierde voorwaarde. De langstlevende partner verkrijgt namelijk vaak de preferente aandelen, zodat kan worden voorzien in levensonderhoud, terwijl gewone aandelen zijn toegekend aan de beoogde bedrijfsopvolger. De wetgever heeft de langstlevende in dit geval de faciliteiten bewust onthouden.¹⁷⁵ In mijn ogen is de langstlevende in dergelijke gevallen geen bedrijfsopvolger en is het terecht dat de overdracht niet wordt gefacilieerd.

Onder de huidige voorwaarde is het onduidelijk wanneer een belastingplichtige die getrouwd is in gemeenschap van goederen voldoet aan het aandeelhouderschapsvereiste.¹⁷⁶ In de literatuur wordt gesteld dat ten minste 10% van de bij omzetting toegekende gewone aandelen moet worden verkregen, omdat de wettekst geen ruimte biedt om de 5%-eis ‘al dan niet tezamen’ te lezen.¹⁷⁷ Dit is bij de kwalificatie van een aanmerkelijkbelanghouder wel het geval.¹⁷⁸ Zoals aangegeven ben ik van mening dat de vierde voorwaarde moet aansluiten bij 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal. Voor partners met een gemeenschap van goederen betekent dit dat wordt voldaan aan de vierde voorwaarde indien zij tezamen ten minste 10% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houden.

5.6 Tussenconclusie

De wetgever heeft vier nadere voorwaarden gesteld waaraan de preferente aandeelhouder moet voldoen om toegang te krijgen tot de faciliteiten. In dit hoofdstuk is onderzocht of deze voorwaarden ervoor zorgen dat gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen fiscaal worden begeleid.

De gedachte achter het omzettingsvereiste is grotendeels in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De eerste voorwaarde draagt bij aan het faciliteren van een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen, maar dient op een aantal punten te worden aangescherpt.

Het toekenningsvereiste is in beginsel in overeenstemming met het doel de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In het meest recente AB-Besluit is echter een besluit genomen dat mijns

¹⁷⁴ AB-besluit van 9 maart 2018, par. 5.2.3.

¹⁷⁵ Janssen 2013, par. 2.4.

¹⁷⁶ Janssen 2013, par. 2.4 en 4.

¹⁷⁷ Heithuis 2015, p. 38-39.

¹⁷⁸ Art. 4.6 Wet IB 2001.

inziens niet juist is en moet daarom worden geschrapt. Het toekenningsvereiste is tevens te streng in de situatie dat de bedrijfsopvolger geen gewone aandelen krijgt toegekend, maar al een aanmerkelijk belang van gewone aandelen in die vennootschap bezit.

Het ondernemingsvereiste is in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en behoeft geen aanpassingen.

Ik ben van mening dat het aandeelhouderschapsvereiste in zijn huidige vorm niet overeenstemt met de ratio van de faciliteiten. De beoogde bedrijfsopvolger moet mijns inziens op het moment dat de preferente aandelen worden verkregen ten minste 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houden. Onder de huidige voorwaarden hoeft dit niet. De voorwaarde moet worden aangepast.

Wanneer een belastingplichtige aannemelijk kan maken dat de preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging, moeten de faciliteiten kunnen worden toegepast. Indien dit niet het geval is, moeten dergelijke situaties op basis van artikel 63 AWR kunnen worden voorgelegd aan de staatssecretaris.

Hoofdstuk 6 – Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de bijzondere behandeling van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In dit hoofdstuk zal een antwoord worden gegeven op de probleemstelling van deze scriptie:

Is het stellen van nadere voorwaarden voor de preferente aanmerkelijkbelanghouder in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en in hoeverre zorgen deze voorwaarden ervoor dat enkel, maar ook alle gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen fiscaal worden begeleid?

6.2 Conclusies

De wetgever is van mening dat de continuïteit van een onderneming niet in gevaar mag komen doordat belasting is verschuldigd bij de overdracht van die onderneming. Hij heeft daarom bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ontworpen om te voorkomen dat bij de overdracht van een onderneming continuïteitsproblemen ontstaan. De faciliteiten moeten reële bedrijfsopvolgingen fiscaal begeleiden. Niet meer, maar ook niet minder. Niet iedere kapitaalverstrekking aan de onderneming valt onder een reële bedrijfsopvolging. Preferente aandelen worden in beginsel uitgezonderd voor de faciliteiten, omdat de wetgever de preferente aanmerkelijkbelanghouder beschouwt als een financier van de onderneming.

Enkel in het geval dat preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht, moet toegang worden verkregen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De uitgifte van preferente aandelen vormt in dergelijke situaties een tussenstap in het bedrijfsopvolgingsproces. Van belang hierbij is dat de vennootschap een onderneming drijft wanneer de preferente aandelen worden uitgegeven. Daarnaast moet de verkrijger van de preferente aandelen tijdens de verkrijging als ondernemer betrokken zijn bij de onderneming en dient hij tevens na de omzetting betrokken te blijven als ondernemer bij de onderneming. Het past binnen de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten om de overdracht van deze aandelen fiscaal te begeleiden.

Het is in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dat voor preferente aandelen nadere voorwaarden zijn gesteld. Niet iedere aandeelhouder in box 2 toont overeenkomsten met een ondernemer en zo ook de preferente aandeelhouder niet. In beginsel toont enkel de gewone aanmerkelijkbelanghouder overeenkomsten met een ondernemer. Slechts bij een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen moeten de faciliteiten toegankelijk zijn, omdat in die situaties de preferente aandelen een voortzetting vormen van een eerder gedreven onderneming.

De wetgever heeft het begrip preferente aandelen bewust niet gedefinieerd. In ieder geval is diegene die volledig meedeelt in de winstreserves en de liquidatie-uitkeringen een gewone aandeelhouder. Tevens is het duidelijk dat de aandeelhouder die geen recht heeft op de winstreserves en de liquidatie-uitkeringen in ieder geval een preferente aandeelhouder is. Voor alle aandelen die zich bevinden tussen de enge en ruime uitleg is het onduidelijk hoe ze moeten worden behandeld voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Voor aandelen die tussen deze twee definities invallen, moet per situatie worden beoordeeld of de aandelen eigen of vreemd vermogen vertegenwoordigen.

De nader gestelde voorwaarden voor preferente aandelen bestaan uit vier vereisten. Het omzettingsvereiste, het toekenningsvereiste, het ondernemingsvereiste en het

aandeelhouderschapsvereiste. In sommige situaties zijn de faciliteiten niet van toepassing, ondanks dat sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen. Daarnaast zijn in sommige situaties de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing op verkrijgingen van preferente aandelen, ondanks dat geen sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging. De nadere voorwaarden behoeven daarom enkele aanpassingen.

Het omzettingsvereiste is grotendeels in overeenstemming met de ratio van de faciliteiten en draagt bij aan het faciliteren van gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen. Een aantal situaties worden gefacilieerd waarin de faciliteiten niet toegankelijk moeten zijn en vice versa. Om dit te voorkomen dienen aanpassingen te worden gedaan.

Het toekenningsvereiste is in overeenstemming met het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, maar is te streng geformuleerd. Gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten volstaat het toekennen van gewone aandelen. Het uitgeven van nieuwe aandelen moet geen vereiste zijn. In sommige situaties behoeft de beoogde bedrijfsopvolger geen aandelen te verkrijgen, omdat hij al een aanmerkelijk belang bezit op het moment van omzetting. Dit moet in de wet worden beschreven.

Het ondernemingsvereiste is in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Om te beoordelen of de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben een onderneming drijft, moet worden aangesloten bij het ondernemingsbegrip voor ib-onderneming. Dit geldt zowel ten aanzien van het moment dat gewone aandelen worden omgezet in preferente aandelen als het moment dat de bedrijfsopvolger de preferente aandelen verkrijgt.

Het aandeelhouderschapsvereiste is in zijn huidige vorm niet in overeenstemming met de ratio van de faciliteiten. De verkrijger van preferente aandelen moet de vennootschap als ondernemer voortzetten. De bedrijfsopvolger moet daarom ten minste 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houden op het moment dat de preferente aandelen worden verkregen. De voorwaarde dient te worden aangepast. Indien bij omzetting hieraan niet is voldaan, moet de bedrijfsopvolger bij het verkrijgen van preferente aandelen ook gewone aandelen houden die bij de omzetting zijn toegekend.

De nader gestelde voorwaarden zorgen er dus niet voor dat enkel en alle gefaseerde bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen fiscaal worden begeleid. In de volgende paragraaf heb ik aanpassingen voorgesteld, die mijns inziens ervoor zorgen dat dit wel het geval is.

6.3 Aanbevelingen

Wet

- Artikel 35c, lid 4, onderdeel d SW 1956 moet worden vervangen door het volgende:
“1° de verkrijger van de preferente aandelen reeds 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houdt en aan de verkrijger in verband met de omzetting gewone aandelen zijn toegekend, of
2° de verkrijger van de preferente aandelen ten tijde van de omzetting reeds 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houdt en bij de verkrijging 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houdt.”
- Aan artikel 35c, lid 4, SW 1956 moet een onderdeel worden toegevoegd. Onderdeel e wordt:
“Indien is voldaan aan het vierde lid, onderdeel d, 2° hoeft de omzetting van preferente aandelen in gewone aandelen niet gepaard te gaan met toekennen van gewone aandelen aan een ander zoals in het vierde lid, onderdeel b.”

Uitvoeringsregeling

- Aan artikel 8 Uitv.reg. S&E moet een lid worden toegevoegd. Lid 3 wordt:
“Niet is voldaan aan de voorwaarde van artikel 35c, vierde lid, onderdeel a, van de wet wanneer een meetrek aanmerkelijk belang zoals bedoeld in artikel 4.10 van de Wet inkomstenbelasting 2001 of een fictief aanmerkelijk belang zoals bedoeld in artikel 4.11 van de Wet inkomstenbelasting 2001, wordt omgezet in preferente aandelen.”
- Lid 3 wordt lid 4, lid 4 wordt lid 5 en lid 5 wordt lid 6.
- Artikel 8 lid 2 Uitv.reg. S&E moet *direct en indirect gehouden* worden toegevoegd:
Aan het gestelde in artikel 35c, vierde lid, onderdeel a, van de wet wordt ook geacht te zijn voldaan indien de daar bedoelde - *direct en indirect gehouden* - preferente aandelen krachtens erfrecht of schenking worden verkregen van een rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht van degene die de aandelen heeft omgezet als bedoeld in genoemd onderdeel.

Besluit

- De volgende passage in het AB-Besluit onder paragraaf 5.5 moet worden geschrapt.¹⁷⁹
“De verkrijger van de (indirect gehouden) preferente aandelen moet ten tijde van de verkrijging minimaal één nieuw uitgegeven gewoon aandeel bezitten en in totaal ten minste 5% van het geplaatste kapitaal (artikel 26b, derde lid, onderdeel d, URIB 2001).”

Deze aanbevelingen gelden ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting.

¹⁷⁹ AB-besluit van 9 maart 2018, par. 5.5.

Literatuurlijst

Boeken en rapporten

Autar 2017

A.R. Autar e.a., *Compendium Estate Planning*, Den Haag: SDU 2017.

EY 2018

Ernst & Young Accountants, *Vergelijking IFRS met Nederlandse wet- en regelgeving*, editie 2018.

Gijlswijk e.a. 2012

M. J. A. M. Gijlswijk e.a., *De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de boedel*, Amsterdam: BDO Private Wealth Tax Fund 2012.

Heithuis 2015

E.W.J. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Hoogeveen 2011

M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Rijkers & van Dijck 2000

A.C. Rijkers & J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en in de Wet IB 2001*, Deventer: FED 2000.

Van Solinge & Nieuwe Weme 2009

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Van Solinge & Nieuwe Weme 2013

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Tigelaar-Klootwijk 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen* (diss. Rotterdam), 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 2011.

Van Vijfeijken & Gubbels 2018

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht (Schenk- en erfbelasting)*, Deventer: Kluwer 2018 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Tijdschriften

De Beer 2009

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

De Beer 2010

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

De Beer & Overduin 2017

A.M.A. de Beer & C. Overduin, 'Soort aandelen en indirecte belangen <5% onder de BOR', *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2017/1.

Van den Boorn 2012

J.J. van den Boorn, 'Rechtvaardige verschillen tussen fictief en meetrek-aanmerkelijk belang bij vererving?', *FTV* 2012/1-6.

Buijn 1999

F.K. Buijn, 'Een bijzonder soort aandelen: letteraandelen', *TFO* 1999/24.

Bult 2013

J.A. Bult, 'Bedrijfsopvolging en cumulatief preferente aandelen', *Vakblad Estate Planning* 2013/43.

Bult 2017

J.A. Bult, 'Kleine aandelenbelangen en bedrijfsopvolgingsregeling', *Vakblad Estate Planning* 2017/48.

Van Dijk 2004

J.M. van Dijk, 'Van prefs die vreemd vermogen zijn', *Ondernemingsrecht* 2004/74.

Dijkstra 2011

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

Van Es 2011

J.A.G. van Es, 'Fiscale hoegrootheden', *WFR* 2011/1069.

Ganzeveld 2018

J. Ganzeveld, 'Preferente aandelen: stiefkindje van het aanmerkelijk belang', *NtFR* 2018/2813.

Ganzeveld & Hoeve 2018

J. Ganzeveld & H. Hoeve, '28. Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen', *FTV* 2018/7-8-28.

Van Gelder 2011

G.C.F. van Gelder, 'De fiscale impact van preferente aandelen', *WFR* 2011/653.

Van Gijlswijk 2010

M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?' *WPNR* 2010/6844.

Groenewald 2004

Th. Groenewald, 'Risico's bij tracking stock', *Ondernemingsrecht* 2004/70.

Heithuis 2009

E.J.W. Heithuis, 'Notitie fiscale positie directeur-grotaandeelhouder; een reactie', *WFR* 2009/889.

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis, 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', *TFO* 2010/93.

Heithuis 2018

E.J.W. Heithuis, 'Aanmerkelijk belang. Verzamelbesluit. Actualisering beleidsstandpunten', *BNB* 2018/133.

Hoogeveen 2012

M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?', *Hoogwout, T. C. & Kavelaars, P. (eds.) Bedrijfsopvolging* 2012.

Hoogeveen en Vernooij 2010

M.J. Hoogeveen en M.P.M. Vernooij, 'Effectiviteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beoordeeld aan de hand van Altman', *WFR* 2010/1594.

Hoogwout 2011

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

Janssen 2013

R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2013/1.

Kathman & Monteiro 2014

M.C. Kathman & M. Monteiro, 'KWEP rondetekentafeldiscussie - maandag 15 september 2014', *KWEP* 2014/18.

Van den Kerkhof & Belzer 2013

S. van den Kerkhof & P.L.C. Belzer, 'Verslag 35^e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging', *WFR* 2013/667.

Van der Kroon 2012

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

Meijer & Denneboom 2014

H.J. Meijer & C. Denneboom, 'De rendementseis voor preferente aandelen bij bedrijfsopvolging', *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/3.

Redactie Vakstudie Nieuws 2009

Redactie Vakstudie Nieuws, 'SCHENK-EN ERFBELASTING', *V-N* 2009/22.3 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Redactie Vakstudie Nieuws 2013

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Nieuw besluit over de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW', *V-N* 2013/8.17 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Reimers 2004

H.K.O. Reimers, 'Aandelen met kenmerken van eigen en vreemd vermogen onder IAS 32', *Ondernemingsrecht* 2004/242.

Stevens 2010

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

De Wijkerslooth-Lhoëst 2009

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

De Wijkerslooth-Lhoëst 2010

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

Besluiten

BOR-Besluit van 4 april 2011

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68M, *Stcrt.* 2011, 6416.

AB-Besluit van 4 september 2012

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *Stcrt.* 2012, 18480.

BOR-Besluit van 17 januari 2013

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stcrt.* 2013, 2175.

AB-besluit van 9 maart 2018

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. BLKB2012/101M, *Stcrt.* 2018, 15751.

Jurisprudentie

HR 2 april 1947, no. B 8335.

HR 9 oktober 1957, nr. 13 235, BNB 1957/302, m.nt. Hollander.

HR 29 april 1959, nr. 13 891, BNB 1959/222, m.nt. M.J.H. Smeets.

HR 23 januari 1974, nr. 17 149, BNB 1974/132, m.nt. J. Verburg.

HR 23 januari 1974, nr. 17 194, BNB 1974/133, m.nt. J. Verburg.

HR 21 november 1979, nr. 19 279, BNB 1980/100, m.nt. Van Dijck.

HR 11 mei 1988, nr. 24 918, BNB 1988/289, m.nt. Van Brunshot.

HR 10 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU7473, m.nt. J.M.M. Maeijer.

Kamerstukken

Kamerstukken I 2009-2010, 32 128, nr. E.

Kamerstukken II 1957-1958, 5 380, nr. 3.

Kamerstukken II 1961-1962, 5 380, nr. 16, nr. 19.
Kamerstukken II 1962-1963, 5 380, nr. 19.
Kamerstukken II 1978-1979, 15 304, nr. 3.
Kamerstukken II 1989-1990, 20 588, nr. 3.
Kamerstukken II 1989-1990, 21 033, nr. 12.
Kamerstukken II 1995-1996, 24 761, nr. 3.
Kamerstukken II 1996-1997, 24 761, nr. 7.
Kamerstukken II 1997-1998, 25 688, nr. 3.
Kamerstukken II 2000-2001, 27 789, nr. 1.
Kamerstukken II 2008-2009, 31 058, nr. 6.
Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 3, 9, 10.
Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 9, 13, 15.
Kamerstukken II 2009-2010, 31 705, nr. 23.
Kamerstukken II 2009-2010, 32 128, nr. 20.
Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, 4, 8, 12, 14.