



## **De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956**

*Zijn de doelstellingen van de wetgever, aangaande indirect aanmerkelijk belang,  
preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang, bereikt?*

Masterthesis Fiscaal Recht

Door:  
K.J.A. Dielemans

Onder begeleiding van:  
Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

## **Probleemstelling:**

*'In hoeverre zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de SW 1956, aangaande indirect aanmerkelijke belangen, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang, in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteit?'*

Masterthesis  
Tilburg, februari 2019

Naam: K.J.A. Dielemans  
Administratienummer: 428267  
Studentennummer: 1258762

Studierichting: Fiscaal Recht  
Examencommissie: Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken  
mr. dr. M.J. Hoogeveen

## Voorwoord

Voor u ligt mijn masterthesis die ik heb geschreven ter afronding van mijn studie Fiscaal Recht aan Tilburg University. De afgelopen vijf jaar heb ik hier met enthousiasme mijn studies gevolgd.

Als scriptieonderwerp heb ik gekozen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956. In het bijzonder ben ik ingegaan op de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, aangaande indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang, in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever. Mijn interesse voor successierecht en in het bijzonder voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, is gewekt tijdens de colleges Successiewet en Wet BRV. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is interessant, aangezien het een groot financieel voordeel met zich mee kan brengen. Daarnaast kunnen verschillende structuren opgezet worden om een fiscaal voordeel te behalen.

Tijdens mijn tijd op Tilburg University en in het bijzonder tijdens het schrijven van mijn masterthesis, ben ik bijgestaan door mijn ouders en vriendin. Graag wil ik hun bedanken voor de steun en motivatie die ze mij hebben geboden. Daarnaast wil ik mijn begeleidster, mevrouw Van Vijfeijken, bedanken voor de begeleiding en de waardevolle kritische feedback die ik van haar heb mogen ontvangen. Tot slot wil ik mevrouw Hoogeveen bedanken voor het plaatsnemen in de examencommissie.

Koen Dielemans

Tilburg, 19 februari 2019

## Inhoudsopgave

<b>Voorwoord</b> .....	3
<b>Hoofdstuk 1 Inleiding</b> .....	6
1.1. Aanleiding tot het onderzoek .....	6
1.2. Koppeling SW 1956 en Wet IB 2001 .....	7
1.3. Probleemstelling .....	7
1.4. Deelvragen .....	8
1.5. Opzet en structuur van het onderzoek .....	8
1.6. Onderzoeksdoel .....	9
<b>Hoofdstuk 2 Doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit</b> .....	10
2.1. Inleiding .....	10
2.2. Uitgangspunten .....	10
2.3. Voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit .....	10
2.3.1. Verkrijging van ondernemingsvermogen .....	11
2.3.2. Bezitseis .....	11
2.3.3. Voortzettingsvereiste .....	12
2.4. Doel en strekking .....	12
2.4.1. Waarborging van de continuïteit van de ondernemingen .....	12
2.4.2. Reële bedrijfsopvolging .....	13
2.4.3. Gelijke behandeling van de verkrijging van indirecte en directe belangen en het bereiken van rechtsvormneutraliteit .....	13
2.5. Praktische toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit .....	13
2.6. Tussenconclusie .....	16
<b>Hoofdstuk 3 Indirect aanmerkelijk belang</b> .....	17
3.1. Inleiding .....	17
3.2. Toerekeningsbepaling .....	17
3.3. Indirect aanmerkelijk belang voor 2010 .....	18
3.4. Indirect aanmerkelijk belang vanaf 2010 .....	19
3.5. Indirect aanmerkelijk belang vanaf juli 2016 .....	21
3.5.1. Het arrest BNB 2016/167 .....	21
3.5.2. Arrest van de Hoge Raad .....	22
3.5.3. Reparatiewetgeving per 1 juli 2016 .....	23
3.6. Zienswijzen .....	24
3.6.1. Rechtvaardiging voor de reparatiewetgeving .....	25
3.6.2. Kritische invalshoek in de literatuur .....	27

3.6.3. Eigen zienswijze.....	28
3.7. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.....	29
3.8. Tussenconclusie.....	31
<b>Hoofdstuk 4 Preferente aandelen .....</b>	<b>33</b>
4.1. Inleiding.....	33
4.2. Preferente aandelen in algemene context.....	33
4.2.1. Begrip preferente aandelen .....	33
4.2.2. Redenen voor het uitgeven van preferente aandelen .....	34
4.3. Voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.....	35
4.3.1. Omzettingsvereiste .....	35
4.3.2. Toekenningsvereiste .....	36
4.3.3. Materiële ondernemingsvereiste.....	36
4.3.4. Verkrijgingseis.....	36
4.4. Gevolgen voor preferente-aandelenstructuren .....	36
4.5. Zienswijzen .....	37
4.5.1. Rechtvaardiging voor de aanvullende eisen .....	37
4.5.2. Kritische invalshoek in de literatuur .....	38
4.5.3. Eigen zienswijze.....	40
4.6. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.....	42
4.7. Tussenconclusie.....	43
<b>Hoofdstuk 5 Indirect verwaterd belang .....</b>	<b>45</b>
5.1. Inleiding.....	45
5.2. Voorwaarden inzake indirecte verwaterde belangen .....	45
5.3. Indirecte verwaterde belangen vanaf 2010 .....	47
5.4. Zienswijzen .....	48
5.4.1. Rechtvaardiging voor de uitzondering .....	48
5.4.2. Kritische invalshoek in de literatuur .....	49
5.4.3. Eigen zienswijze.....	49
5.5. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.....	51
5.6. Tussenconclusie.....	52
<b>Hoofdstuk 6 Conclusie.....</b>	<b>53</b>
<b>Literatuurlijst.....</b>	<b>58</b>

# Hoofdstuk 1      Inleiding

## 1.1.    Aanleiding tot het onderzoek

Ooit komt het moment daar waarop de aanmerkelijkbelanghouder besluit te stoppen met het drijven van zijn onderneming. De aanmerkelijkbelanghouder kan zijn ondernemingsactiviteiten beëindigen door vervreemding van de in de vennootschap gehouden aandelen. Bij een dergelijke overgang van het aanmerkelijk belang is de vervreemder verplicht inkomstenbelasting af te dragen, aangezien de voordelen tot het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang behoren.<sup>1</sup> De verkrijger dient schenkdan wel erfbelasting over het verkregen deel te betalen, omdat (ondernemings)vermogen wordt verkregen.<sup>2</sup>

Het verkrijgen van ondernemingsvermogen, krachtens schenking of vererving, brengt echter een liquiditeitsrisico voor de vennootschap met zich mee. Wanneer de verkrijger de schenk- of erfbelasting niet uit privémiddelen kan voldoen, moet door de verkrijger aanspraak worden gemaakt op gelden van het ondernemingsvermogen. Door het onttrekken van liquide middelen aan de onderneming ontstaat een liquiditeitsrisico voor de vennootschap, waardoor de continuïteit in gevaar zou kunnen komen. Sinds 2002 zijn in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten opgenomen, die de continuïteit van de ondernemingen waarborgen.<sup>3</sup> Deze faciliteiten vinden hun wettelijke grondslag in de artikelen 35b tot en met 35f SW 1956.

Een voorwaarde voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is de verkrijging van ondernemingsvermogen. Hieronder wordt verstaan de verkrijging van:

- a) een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) of een gedeelte daarvan;
- b) een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan;
- c) vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10 van de Wet IB 2001;
- d) onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001.

In deze scriptie wordt specifiek ingegaan op onderdeel c, namelijk het verkrijgen van vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001.

In beginsel ziet de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op vermogensbestanddelen die tot het aanmerkelijk belang van de erflater of schenker behoorden. Er kan zich een situatie voordoen waarin niet enkel gesproken kan worden van een 'normaal' aanmerkelijk belang. Bij het verkrijgen van aandelen krachtens schenking of vererving kunnen namelijk ook andere soorten belangen aanwezig zijn, zoals een indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen of een indirect verwaterd aanmerkelijk

---

<sup>1</sup> Artikel 4.12 Wet IB 2001.

<sup>2</sup> Artikel 1, lid 1, SW 1956.

<sup>3</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215.

belang. De vraag die gesteld kan worden is of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook van toepassing kan zijn op deze soorten belangen. Het antwoord op deze vraag is 'ja'.<sup>4</sup>

In de loop van de jaren is de SW 1956 en als onderdeel daarvan ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, meerdere malen gewijzigd. Bij de wijziging van de SW 1956 in 2010 heeft de wetgever meerdere doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geformuleerd naast de reeds bestaande doelstelling om de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Dit roept de vraag op of het faciliteren van de eerdergenoemde soorten belangen in overstemming is met de nieuwe doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de wetgever.

In deze scriptie wordt ingegaan op de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aangaande indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever.

## **1.2. Koppeling SW 1956 en Wet IB 2001**

Naast de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, zoals deze is geregeld in SW 1956, zijn ook in de Wet IB 2001 bepalingen opgenomen die zien op het faciliteren van bedrijfsopvolging, namelijk de doorschuifregelingen.<sup>5</sup> De schenking of vererving van aandelen wordt niet als vervreemding aangemerkt voor datgene van de vervreemdingswinst dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen. De aanmerkelijkbelangclaim wordt doorgeschoven naar de toekomst en daardoor blijft afrekening over deze claim achterwege. Om ervoor te zorgen dat de Belastingdienst de claim behoudt, wordt de verkrijgingsprijs die gold voor de erflater of schenker doorgeschoven naar de verkrijger.<sup>6</sup>

Evenals de SW 1956 is de Wet IB 2001 in 2010 gewijzigd. De wijziging van de SW 1956 vond in samenhang met de wijziging van de Wet IB 2001 plaats. Door deze wijzigingen is de doorschuiffaciliteit in lijn gebracht met de successierechtelijke behandeling van het vererven en schenken van aanmerkelijkbelangaandelen. Hierdoor is meer eenduidigheid in de wetgeving ontstaan. De samenhang blijkt uit het feit dat in de SW 1956 meerdere malen wordt gerefereerd aan de Wet IB 2001, zoals het ondernemingsbegrip en het ondernemersbegrip.<sup>7</sup> Vanwege deze samenhang wordt in deze scriptie bij de behandeling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit tevens gerefereerd aan de Wet IB 2001.

## **1.3. Probleemstelling**

De centrale vraag is of de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit aangaande indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever. Daarnaast wordt de (deel)vraag gesteld of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit hervormd dient te worden, wanneer blijkt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aangaande de genoemde belangen niet in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever. Dit leidt tot de volgende probleemstelling voor dit onderzoek:

---

<sup>4</sup> Artikel 35c, lid 4 en lid 5, SW 1956.

<sup>5</sup> Artikel 4.17 t/m artikel 4.17c Wet IB 2001.

<sup>6</sup> Artikel 4.39a t/m artikel 4.39c Wet IB 2001.

<sup>7</sup> Artikel 35c, lid 1, onder a, SW 1956 en artikel 35d, lid 1, onder a, SW 1956.

*'In hoeverre zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de SW 1956, aangaande indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang, in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteit?'*

#### **1.4. Deelvragen**

Om tot een beantwoording van de hoofdvraag te komen, wordt gebruik gemaakt van acht deelvragen. Deze luiden:

- 1.) Wat zijn de uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?
- 2.) Wat zijn het doel en de strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?
- 3.) Welke voorwaarden gelden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?
- 4.) Is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, inzake indirect aanmerkelijk belang, in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever?
- 5.) Wat zijn de gevolgen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, inzake indirect aanmerkelijk belang, van het arrest van de Hoge Raad BNB 2016/167?
- 6.) Is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, inzake preferente aandelen, in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever?
- 7.) Is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, inzake indirect verwaterd aanmerkelijk belang, in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever?
- 8.) Dient de bedrijfsopvolgingsfaciliteit hervormd te worden, wanneer de faciliteit aangaande de beschreven belangen niet in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever?

#### **1.5. Opzet en structuur van het onderzoek**

Om tot een beantwoording van de onderzoeksvraag te komen, die in paragraaf 1.2 is beschreven, wordt allereerst in hoofdstuk 2 doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit behandeld. Hierin komen de doelstellingen van de wetgever naar voren, zodat vastgesteld kan worden of het faciliteren van de verkrijging van de drie te onderzoeken aandeelsoorten in overeenstemming is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Daarnaast worden om de algemene context van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te schetsen, de uitgangspunten en de voorwaarden die gelden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit beknopt weergegeven.

In hoofdstuk 3 wordt het indirect aanmerkelijk belang behandeld. Hierbij wordt specifiek ingegaan op het arrest van de Hoge Raad, dat de staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) heeft doen besluiten om reparatiewetgeving op te nemen in het Belastingplan 2017. Tevens wordt getoetst of de regeling met betrekking tot het indirect aanmerkelijk belang in overeenstemming is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

De behandeling van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit komt in hoofdstuk 4 aan de orde, waarin tevens wordt onderzocht of de behandeling hiervan in overeenstemming is met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de wetgever. Het laatste belangentype, het indirect verwaterd aanmerkelijk belang, wordt besproken in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk vindt eveneens toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit plaats.

Deze scriptie wordt in hoofdstuk 6 afgesloten met een conclusie. In deze conclusie wordt de onderzoeksvraag beantwoord aan de hand van de onderzoeksbevindingen. Daarnaast wordt aan de



hand van de bevindingen beoordeeld of een hervorming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit noodzakelijk en wenselijk is, wanneer de belangen niet in overeenstemming zijn met de doelstellingen van de wetgever. Indien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aangaande de belangen in overeenstemming is met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, is een hervorming niet noodzakelijk of wenselijk. Er hoeft niet gesleuteld te worden aan een bepaling die in haar huidige vorm functioneert in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever. De beantwoording van de vraag of een hervorming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit noodzakelijk en wenselijk is, blijft daarom bij deze conclusie achterwege.

### **1.6. Onderzoeksdoel**

Zoals in paragraaf 1.1 is beschreven, heeft de wetgever bij de wijziging van de SW 1956 meerdere doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geformuleerd. Daarnaast is al aan de orde gekomen dat bij bedrijfsopvolging meerdere aandelentypen aanwezig kunnen zijn, zoals indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang.

In deze scriptie wordt onderzocht of het faciliteren deze aandelentypen in overeenstemming is met de doelstellingen die de wetgever heeft geformuleerd. Indien uit het onderzoek blijkt dat het faciliteren van deze aandelentypen niet in overeenstemming is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, wordt de vraag beantwoord of een hervorming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit noodzakelijk en wenselijk is beantwoorden. Hierbij wordt enkel ingegaan op een eventuele hervorming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aangaande de genoemde aandelentypen. Tot slot ligt de focus in deze scriptie op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, zoals deze is neergelegd in de SW 1956. De doorschuifregeling van de Wet IB 2001 blijft buiten beschouwing.

## Hoofdstuk 2 Doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit

### 2.1. Inleiding

In deze scriptie staat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit centraal. Om te onderzoeken of de verschillende genoemde aandelentypen binnen doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vallen, moeten doel en strekking van deze faciliteit in kaart worden gebracht. In §2.2 wordt allereerst ingegaan op de uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, waarna in §2.3 de voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden beschreven om het algemene kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te schetsen. Doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden in §2.4 behandeld. Aan de hand van een voorbeeld wordt verduidelijkt waarom de verkrijger gebaat kan zijn bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (§2.5). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

### 2.2. Uitgangspunten

Het uitgangspunt van de SW 1956 is neergelegd in artikel 1, lid 1, SW 1956. Hierin wordt bepaald dat schenk- of erfbelasting geheven wordt over de waarde van al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen, mits de schenker of erflater ten tijde van het overlijden of de schenking woonachtig is in Nederland. Een schenking of het krachtens erfrecht overgaan van aandelen in een vennootschap wordt daarom gezien als een belastbaar feit voor de SW 1956, met als gevolg dat over de verkregen waarde schenk- of erfbelasting verschuldigd is.

De af te dragen schenk- of erfbelasting bij verkrijging van ondernemingsvermogen kan worden verminderd door toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Hierbij is het uitgangspunt dat de faciliteit slechts toegepast kan worden op ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming, oftewel van de organisatorische eenheid die ook in het spraakgebruik als onderneming wordt aangeduid.<sup>8</sup> Het gevolg hiervan is dat beleggingsvermogen niet onder het bereik van de faciliteit valt en dat daarom hierover afgerekend dient te worden. De huidige vrijstelling bedraagt 100% tot een bedrag (van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming) van ten hoogste € 1.084.851,- en een vrijstelling van 83% voor datgene wat het bedrag van € 1.084.851,- te boven gaat. Het uitgangspunt is dat een verzoek ingediend moet worden om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing te laten verklaren.<sup>9</sup>

Uitstel van betaling kan worden gevraagd in het geval dat, ondanks de (voorwaardelijke) vrijstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, nog schenk- of erfbelasting verschuldigd is over het ondernemingsvermogen. Dit uitstel geldt voor een termijn van maximaal tien jaren. Wanneer om uitstel van betaling is verzocht, wordt aan de verkrijger(s) een conserverende aanslag opgelegd. Er kan niet om uitstel van betaling verzocht worden, wanneer het gaat om verschuldigde belasting over beleggingsvermogen.

### 2.3. Voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit

De voornaamste doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, na de wetwijziging in 2010, is om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.<sup>10</sup> Onder reële bedrijfsopvolging wordt verstaan: de

<sup>8</sup> Dijkstra en Meussen, *Wet inkomstenbelasting 2001*, Den Haag: SDU, Editie 2018, p. 115.

<sup>9</sup> Artikel 35b, lid 1, SW 1956.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, p. 4.

overdracht van een ‘onderneming’ door een ‘ondernemer’ die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming ‘als ondernemer voortzet’.<sup>11</sup> Uit deze uitleg volgen vereisten die waarborgen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit enkel van toepassing kan zijn op reële bedrijfsopvolging, namelijk de verkrijging van ondernemingsvermogen (§2.3.1.), de bezitsei (§2.3.2.) en het voortzettingselement (§2.3.3.).

### 2.3.1. Verrijking van ondernemingsvermogen

Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dient sprake te zijn van verkrijging van ondernemingsvermogen (artikel 35c, lid 1, SW 1956). Een nadere toelichting van wat onder het bereik van het begrip ondernemingsvermogen valt, staat in artikel 35c, lid 1, onderdeel c, sub 1 en 2, SW 1956. Hieruit kan worden afgeleid dat het ondernemingsvermogen bestaat uit het bedrag van de bezittingen en schulden voor zover zij toerekenbaar zijn aan de onderneming, vermeerderd met 5% van dat ondernemingsvermogen. Dit houdt in dat het beleggingsvermogen van een onderneming tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen tot het ondernemingsvermogen gerekend mag worden.

Het vermogen wordt gekwalificeerd aan de hand van de vermogensetiketteringsregels. Het vermogen wordt door deze regels gekwalificeerd als ondernemingsvermogen, privévermogen of als keuzevermogen. De vermogensetiketteringsregels spelen echter geen rol voor vennootschappen die belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting, aangezien deze lichamen worden geacht hun onderneming met behulp van het gehele vermogen te drijven.<sup>12</sup> Vermogensbestanddelen die binnen de IB-sfeer worden gekwalificeerd als beleggings- of keuzevermogen, worden als gevolg hiervan binnen de VPB-sfeer gekwalificeerd als ondernemingsvermogen.<sup>13</sup> De belastingplichtige heeft in andere situaties de vrijheid om, binnen de grenzen van de redelijkheid, de vermogensbestanddelen in de verschillende categorieën in te delen.<sup>14</sup> In het geval een vermogensbestanddeel uitsluitend of nagenoeg uitsluitend wordt gebruikt voor de onderneming, is door de toetsing aan de redelijkheid geen sprake van keuzevrijheid voor de belastingplichtige. Dit brengt met zich mee dat het vermogensbestanddeel tot het ondernemingsvermogen gerekend zal worden.<sup>15</sup>

### 2.3.2. Bezitsei

De bezitsei staat in artikel 35d, lid 1, onderdeel c, SW 1956. Daarin is geregeld dat de aanmerkelijkbelanghouders bij de erflater op zijn minst één jaar tot het overlijden tot zijn bezit hebben behoord. In het geval van een schenking geldt een afwijkende bezitsperiode van vijf jaar tot de schenking. De gedachte van de wetgever achter de invoering van de bezitsei is de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, zoals misbruik in gevallen waarin het overlijden voorzienbaar was.<sup>16</sup> De bezitsei dient ervoor te zorgen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit alleen van toepassing kan zijn op situaties waarin sprake is van reële bedrijfsopvolging. Volgens de

---

<sup>11</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 17.

<sup>12</sup> Artikel 2, lid 5, Wet VPB 1969.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 96.

<sup>14</sup> O.a. bevestigd in HR 7 oktober 1953, BNB 1953/272 en HR 25 maart 2016, BNB 2016/110.

<sup>15</sup> M.L.M. van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht IB 3.2.7.A.a1* (online, laatst bijgewerkt op 8 maart 2018).

<sup>16</sup> Hof Amsterdam 19 december 2008, V-N 2009/23.19.

wetgever is sprake van een reële bedrijfsopvolging als de onderneming gedurende een bepaalde periode door de erflater of schenker is gedreven.<sup>17</sup>

### 2.3.3. Voortzettingsvereiste

De verkrijger dient te voldoen aan het voortzettingsvereiste van artikel 35e, lid 1, SW 1956. Dit artikel vereist dat de verkrijger gedurende een periode van (minimaal) vijf jaar de onderneming rechtstreeks voortzet. In situaties waarin sprake is van verkrijging van een aanmerkelijk belang mogen de aandelen niet binnen een periode van vijf jaar na verkrijging van deze aanmerkelijk belang aandelen worden vervreemd, niet worden omgezet in preferente aandelen of mag de onderneming waarop de aandelen betrekking hebben niet (gedeeltelijk) ophouden met het genieten van winst. De voortzettingseis is enkel van belang voor aandelen die zijn verkregen in het kader van bedrijfsopvolging.<sup>18</sup> Dit houdt in dat de aandelen die de verkrijger reeds in de vennootschap bezat zonder gevolgen voor het voortzettingsvereiste vervreemd kunnen worden binnen de periode van vijf jaar.

De voortzettingstermijn vangt in gevallen van schenking aan op het moment van de verkrijging van het ondernemingsvermogen. In situaties van overlijden is dit het moment van overlijden, aangezien het overlijden als het belastbare feit voor de erfbelasting wordt aangemerkt.<sup>19</sup> Als op enig moment binnen de termijn van vijf jaar na de verkrijging van het ondernemingsvermogen niet meer wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling.<sup>20</sup>

## 2.4. Doel en strekking

Het doel van de opvolgingsfaciliteit is sinds de invoering hetzelfde geweest, namelijk het waarborgen van de continuïteit van een onderneming. Bij de herziening van de SW 1956 in 2010 is de doelstelling niet gewijzigd, maar is tevens het doel geformuleerd om nadruk te leggen op enkel reële bedrijfsopvolgingen. Daarnaast had de wetgever de gelijke behandeling voor ogen van de verkrijging van indirecte en directe belangen. Bovendien dient de wijziging van de SW 1956 rechtsvormneutraliteit te bewerkstelligen. In deze paragraaf worden de genoemde doelstellingen nader omschreven, aangezien deze dienen als toetsingskader voor de onderzoeksvraag.

### 2.4.1. Waarborging van de continuïteit van de ondernemingen

De invoering van de opvolgingsfaciliteit ziet voornamelijk op de waarborging van de continuïteit van de ondernemingen.<sup>21</sup> Bij de doorgevoerde wijzigingen van de SW 1956 in 2010 wordt benadrukt dat de waarborging van de continuïteit van de ondernemingen nog altijd de voornaamste reden is om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de wet op te nemen. De wetgever is van mening dat het sociaaleconomisch belang dat door de ondernemingen wordt vertegenwoordigd, in de vorm van werkgelegenheid en economische diversiteit, beschermd dient te worden.<sup>22</sup>

Zoals hierboven is beschreven, is de wetgever van mening dat het betalen van schenk- of erfbelasting de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. Wanneer de verkrijger de schenk- of

<sup>17</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 102.

<sup>18</sup> Artikel 35b, lid 1 en 5, SW 1956.

<sup>19</sup> S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25, p. 16.

<sup>20</sup> Artikel 36b, lid 6, SW 1956.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II 1983/84*, 18226, nr. 3, p. 3.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, p. 3.

erfbelasting niet uit privémiddelen kan voldoen, moet bij vererving of schenking van ondernemingsvermogen aanspraak worden gemaakt op de gelden van het ondernemingsvermogen. Het onttrekken van liquide middelen aan de onderneming heeft als gevolg dat liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen.

#### **2.4.2. Reële bedrijfsopvolging**

Bij de wijziging van de SW 1956 in 2010 is ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gewijzigd. De voornaamste doelstelling hiervan was om de faciliteiten eenvoudiger te maken en de nadruk te leggen op reële bedrijfsopvolging.<sup>23</sup> Onder een reële bedrijfsopvolging wordt verstaan: de overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer' die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming 'als ondernemer voorzet'.<sup>24</sup> Om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uitsluitend van toepassing te laten zijn op reële bedrijfsopvolgingen zijn de eisen, die zien op de verkrijging van ondernemingsvermogen, aangescherpt. De staatssecretaris is echter van mening dat de aanscherping van de eisen op gespannen voet staat met de vereenvoudiging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>25</sup> Het faciliteren van enkel reële bedrijfsopvolgingen, door middel van complexere eisen voor de verkrijging van ondernemingsvermogen, levert vanwege deze eisen immers geen vereenvoudiging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op.

#### **2.4.3. Gelijke behandeling van de verkrijging van indirecte en directe belangen en het bereiken van rechtsvormneutraliteit**

Een andere doelstelling is het creëren van een gelijke behandeling van de verkrijging van indirecte en de verkrijging van directe belangen.<sup>26</sup> Dit houdt in dat een belang dat in de vennootschap wordt gehouden via een houdstermaatschappij gelijk behandeld dient te worden als een direct gehouden belang in een vennootschap.

Met de aanpassingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft de wetgever tevens rechtsvormneutraliteit willen bereiken. Dit blijkt uit het feit dat voor het ondernemingsbegrip in de SW 1956 wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip in de Wet IB 2001.<sup>27</sup> Door de identieke uitleg van het ondernemersbegrip heeft de wetgever een gelijke behandeling van een IB-ondernemer (ondernemer voor de Wet IB 2001) en een AB-ondernemer willen bereiken, waardoor rechtsvormneutraliteit wordt gecreëerd.

### **2.5. Praktische toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit**

In de voorgaande paragrafen is ingegaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, zoals deze is neergelegd in artikel 35b SW 1956. Doel en strekking, de uitgangspunten en de vereisten voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zijn behandeld. In deze paragraaf komen aan de hand van een casus de gevolgen van het al dan niet van toepassing zijn van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aan de orde. Uit de casus blijkt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit leidt tot een grote belastingbesparing voor de verkrijger. Om tot een complete uitwerking te komen worden de gevolgen voor de Wet IB 2001 ook beschreven, maar deze worden in deze scriptie niet verder behandeld.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 4.*

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.*

<sup>25</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 en 5.*

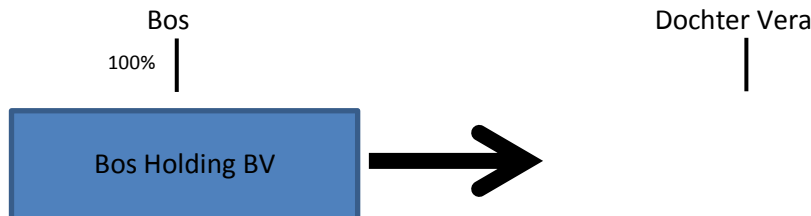
<sup>26</sup> Artikel 35c, lid 5, SW 1956.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 95 en Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 42 en 43.*

### Casus

De heer Bos bezit 100% van de aandelen in Bos Holding BV. De aandelen hebben op dit moment een waarde van €2.000.000,-. Het opgeofferde bedrag van Bos bedraagt €18.000,-. Bos heeft één dochter, Vera, die ook zijn enige erfgename is. Zijn vrouw is 9 jaar geleden overleden.

Bos komt te overlijden.



### Gevolgen voor de Wet IB 2001

Het overlijden van Bos vormt een fictieve vervreemding voor de Wet IB 2001. Hierdoor wordt Bos geacht zijn aandelen te hebben vervreemd ten tijde van het overlijden. Op dat moment is, krachtens artikel 4.19, lid 1, Wet IB 2001, 25% inkomstenbelasting verschuldigd over het verschil tussen de werkelijke waarde en de verkrijgingsprijs van de aandelen. De af te dragen inkomstenbelasting bedraagt  $25\% * (\text{€}2.000.000 - \text{€}18.000) = \text{€}495.500$ .

Als ten tijde van het overlijden van Bos wordt voldaan aan de voorwaarden voor de doorschuiffaciliteit, schuift de verkrijgingsprijs van de vererfde aanmerkelijkbelangaandelen door naar Vera. Het gevolg hiervan is dat bij het overlijden van Bos geen inkomstenbelasting verschuldigd is. De belastingclaim, die de Belastingdienst door de doorschuiffaciliteit behoudt, wordt uitgesteld naar de toekomst. Vera mag ten laste van de nalatenschap een belastinglatentie brengen. Deze belastinglatentie is  $6,25\% * (2.000.000 - \text{€}18.000) = \text{€}123.875$ . Deze latentie dient evenredig te worden toegerekend aan de belaste waarde van de aandelen en de onbelaste waarde van de aandelen.

### Gevolgen voor de SW 1956

Door het overlijden van Bos krijgt Vera 100% van de aandelen in Bos Holding BV. Dit is een verkrijging krachtens erfrecht, met als gevolg dat sprake is van een belastbaar feit voor de erfbelasting. Het tarief is in dit geval 10% over de eerste €124.727,- en 20% over het meerdere.<sup>28</sup> Vera kan gebruik maken van een vrijstelling ter hoogte van €20.616,-.<sup>29</sup> Als de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geen toepassing vindt, dient Vera erfbelasting af te dragen over de waarde van de verkrijging. Deze waarde is €2.000.000,- verminderd met de inkomstenbelasting van €495.500,- = €1.504.500,-.<sup>30</sup> Vervolgens mag Vera hierop haar vrijstelling in mindering brengen. Hierdoor blijft een belastbare verkrijging over van €1.483.884,-. De te betalen erfbelasting bedraagt (10% van €124.727,-) + (20% over het meerdere) = €284.304,-.

<sup>28</sup> Artikel 24, lid 1 SW 1956.

<sup>29</sup> Artikel 32, lid 1, §4, sub c SW 1956.

<sup>30</sup> De inkomstenbelasting is een schuld als bedoeld in artikel 5, jo. artikel 20, lid 3 SW 1956.

Indien ten tijde van het overlijden van Bos wordt voldaan aan de vereisten voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, kan de erfbelasting worden verminderd. De omvang van het ondernemingsvermogen bedraagt €2.000.000. Dit vermogen is, tot een bedrag van €1.084.851,-, voor 100% vrijgesteld.<sup>31</sup> Het meerdere (€2.000.000 - €1.084.851) van €915.149,- wordt voor 83% vrijgesteld. Dit leidt tot een onbelaste waarde van €1.084.851,- + (€915.149 x 83%) €759.574,- = €1.844.425,-. De belaste waarde bedraagt €155.575,-.

Hierop kan de latente inkomstenbelastingclaim ter hoogte van €123.875 evenredig in mindering worden gebracht:  $(€155.575/€2.000.000) * €123.875 = €9.636$ . De evenredige toerekening van de AB-claim aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is:  $€123.875 - €9.636 = €114.239$ .

*Conclusie (bedragen in €)*

	Zonder faciliteit	Met faciliteit
Nalatenschap/waarde aandelen	2.000.000	2.000.000
-/- verschuldigde inkomstenbelasting	495.500	-
-/- latente IB-claim over niet vrijgesteld deel	-	9.636
Sub-grondslag erfbelasting	1.504.500	1.990.364
-/- 100% vrijstelling ondernemingsvermogen	-	1.084.851
-/- 83% vrijstelling ondernemingsvermogen	-	759.574
-/- kindvrijstelling	20.616	20.616
Belastbaar bedrag voor de SW 1956	1.483.884	134.959
Verschuldigde erfbelasting	284.304	14.519

Zoals kan worden afgeleid uit bovenstaande tabel is zonder toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit €495.500 (inkomstenbelasting) + €284.304 (erfbelasting) = €779.804 belasting verschuldigd. Met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dient slechts een bedrag van €14.519 aan erfbelasting afgedragen te worden en is daarnaast geen inkomstenbelasting verschuldigd. Hierbij dient opgemerkt te worden dat sprake is van een latente inkomstenbelastingclaim, waardoor in de toekomst de inkomstenbelasting alsnog afgedragen dient te worden. Deze casus toont aan waarom de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gunstig is voor de verkrijger. Door gebruik te maken van deze faciliteit wordt voldaan aan een van de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, namelijk het waarborgen van de continuïteit van de onderneming.

<sup>31</sup> Artikel 35b, lid 2 SW 1956.

## 2.6. Tussenconclusie

In beginsel wordt erf- of schenkbelasting geheven over de waarde van al datgene wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen, mits de schenker of erflater ten tijde van het overlijden of de schenking woonachtig is in Nederland.

De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of vererving brengt echter een liquiditeitsrisico voor de vennootschap met zich mee. Wanneer de verkrijger de schenk- of erfbelasting niet uit privémiddelen kan voldoen, moet door de verkrijger aanspraak worden gemaakt op gelden van het ondernemingsvermogen. Hierdoor dienen liquide middelen aan de onderneming onttrokken te worden, waardoor een liquiditeitsprobleem kan ontstaan. Het gevolg hiervan is dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ingevoerd. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is een voorwaardelijke vrijstelling van 100% indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft het bedrag van €1.084.851,- niet te boven gaat. Daarnaast is sprake van een voorwaardelijke vrijstelling van 83% voor datgene wat het bedrag van €1.084.851,- ondernemingsvermogen overstijgt.<sup>32</sup>

Bij de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in 2010 heeft de wetgever, naast de doelstelling om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen, meerdere doelstellingen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geformuleerd. De wetgever wil een gelijke behandeling van de verkrijging van indirecte en de verkrijging van directe belangen creëren en tevens rechtsvoorneutraliteit tussen IB- en AB-ondernemers bereiken. De voornaamste doelstelling is echter om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Als gevolg hiervan heeft de wetgever de drie cumulatieve voorwaarden aangescherpt, waaraan moet zijn voldaan voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit per 1 januari 2010.

Allereerst dient ondernemingsvermogen te worden verkregen. Het ondernemingsvermogen bestaat uit het bedrag van de bezittingen en schulden voor zover zij toerekenbaar zijn aan de onderneming, vermeerderd met 5% van het ondernemingsvermogen. Daarnaast dient te zijn voldaan aan de bezitseis. Deze eis houdt in dat de aanmerkelijkbelangaandelen bij de erflater ten minste één jaar tot het overlijden tot zijn bezit moeten hebben behoord. Bij een schenking geldt een bezitsperiode van vijf jaar tot de schenking. Ook dient te zijn voldaan aan het voortzettingsvereiste. De verkrijger moet de onderneming rechtstreeks voortzetten gedurende een periode van (minimaal) vijf jaar.

Aan de hand van een casus is weergegeven waarom de verkrijger gebaat kan zijn bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De casus toont tevens aan dat, wanneer gebruik wordt gemaakt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, wordt voldaan aan de doelstellingen om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.

---

<sup>32</sup> Artikel 35b, lid 1 SW 1956.



## Hoofdstuk 3 Indirect aanmerkelijk belang

### 3.1. Inleiding

Het indirect aanmerkelijk belang wordt in dit hoofdstuk onderzocht in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Een definitie van het begrip aanmerkelijk belang wordt gegeven in artikel 4.6 Wet IB 2001 en in artikel 4.7, lid 1, Wet IB 2001. Om van een direct of indirect aanmerkelijk belang te kunnen spreken dient de belastingplichtige voor minimaal 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder te zijn in de houdster- of dochtervennootschap.<sup>33</sup> Een indirect gehouden belang kan echter alleen als indirect aanmerkelijk belang worden aangemerkt als de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft in zowel de houdstervennootschap als de dochtervennootschap.<sup>34</sup>

De afgelopen decennia is de behandeling van een indirect aanmerkelijk belang voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit meerdere malen gewijzigd. De meest recente wijziging is de reparatiewetgeving van de staatssecretaris, welke hij noodzakelijk achtte vanwege een arrest van de Hoge Raad. In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde of het faciliteren van een indirect aanmerkelijk belang in overeenstemming is met doel en strekking van de regeling. Voor de beantwoording van deze vraag wordt allereerst de toerekeningsbepaling van artikel 35c, lid 5, SW 1956 besproken, die volgens de regering als uitgangspunt dient om een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te bereiken.<sup>35</sup>

In §3.3 wordt ingegaan op het indirecte aanmerkelijke belang voor het besluit van de staatssecretaris, oftewel voor 2010. Vervolgens komt in §3.4 de situatie na 2010 aan de orde en wordt in §3.5 de situatie vanaf juli 2016 beschreven. In deze paragraaf komen ook het arrest van de Hoge Raad en de reparatiewetgeving aan bod. De zienswijzen van de staatssecretaris en van fiscale auteurs worden besproken in §3.6, waarna toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit plaats zal vinden in §3.7 Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

### 3.2. Toerekeningsbepaling

Het doel van artikel 35c, lid 5, SW 1956 is het creëren van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen. Deze bepaling wordt ook wel de toerekeningsbepaling of de consolidatiebepaling genoemd. Deze regeling houdt in dat de bezittingen en schulden van de dochtervennootschap, waarin de erflater een indirect aanmerkelijk belang heeft, naar rato van de omvang van het aandelenbelang aan de houdstermaatschappij worden toegerekend. Dit zorgt ervoor dat de bezittingen en schulden worden beschouwd als vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij.<sup>36</sup> De vervolgstap is dat beoordeeld dient te worden of op houdsterniveau een onderneming wordt gedreven (de activiteitentoets) en welke vermogensbestanddelen gekwalificeerd kunnen worden als ondernemingsvermogen (de vermogenstoets). Toerekening mag plaatsvinden in geval de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang houdt als bedoeld in afdeling 4.3 Wet

---

<sup>33</sup> Artikel 4.6. Wet IB 2001.

<sup>34</sup> Van Doesum e.a., *Inleiding belastingheffing ondernemingen en particulieren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 218.

<sup>35</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 45.

<sup>36</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 10, p. 21-23.

IB 2001.<sup>37</sup> Hieruit vloeit voort dat bij indirecte belangen, net zoals bij directe belangen, voldaan dient te zijn aan het aanmerkelijkbelangvereiste. Het voldoen aan het aanmerkelijkbelangvereiste geldt als een voorwaarde voor de kwalificatie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, terwijl dit vereiste bij een indirect aanmerkelijk belang enkel een voorwaarde is voor de toepassing van de toerekeningsbepaling.<sup>38</sup> Als bij een indirect belang niet wordt voldaan aan de aanmerkelijkbelangeis, kwalificeert de houdstermaatschappij alsnog voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wanneer op een andere manier wordt voldaan aan de activiteitentoets. De behandeling van een indirect gehouden belang van kleiner dan 5% wordt besproken in §3.5.

### 3.3. Indirect aanmerkelijk belang voor 2010

In de periode tot 1 januari 2010 bestond een ongelijke behandeling tussen een direct en indirect gehouden aanmerkelijk belang. Deze ongelijkheid werd veroorzaakt door de zogenoemde beleidseis, die inhoudt dat bezittingen en schulden van een deelneming van een vennootschap moeten worden beschouwd als bezittingen en schulden van de vennootschap die de deelneming houdt, als het beleid van de deelneming (mede) wordt bepaald door deze vennootschap.<sup>39</sup> Bij een direct gehouden aanmerkelijk belang kon de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast worden door aan te sluiten bij de regels voor aanmerkelijk belang, terwijl bij een indirect gehouden aandelenbelang de bedrijfsopvolgingsfaciliteit enkel toegepast kon worden als de holding een materiële onderneming dreef in de zin van de inkomstenbelasting en de aandelen op grond van vermogensetikettering verplicht tot het ondernemingsvermogen behoorden. Tevens kon de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast worden in gevallen waarin de holding geen onderneming dreef, maar wel het beleid bepaalde in de dochtervennootschap. Dit bracht met zich mee dat de bezittingen en schulden van de dochtervennootschap aan de houdstermaatschappij konden worden toegerekend, waardoor de houdstermaatschappij alsnog een onderneming dreef.<sup>40</sup>

De introductie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in 2002 leidde tot een discussie over de invulling van het begrip 'beleid'. Het Besluit van 10 oktober 2007 van de staatssecretaris moest helderheid bieden. Dit besluit leidde tot de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in gevallen met een minimaal aandelenbezit. Aangenomen mocht worden dat de houdstermaatschappij het beleid in de werkmaatschappij bepaalde, wanneer een houdster een belang van 50% of meer hield in de werkmaatschappij. Het onderstaande voorbeeld verduidelijkt deze situatie.

#### Voorbeeld:

De erflater houdt een aandelenbelang van 5% in de houdstermaatschappij, die op haar beurt 50% van de aandelen in de werkmaatschappij houdt. Hoewel in dit geval slechts sprake is van een indirect gehouden belang van 2,5% in de werkmaatschappij, mag dit belang



<sup>37</sup> Artikel 35c, lid 5, sub a SW 1956.

<sup>38</sup> De Beer 2015, paragraaf 2.3.

<sup>39</sup> Was terug te vinden in artikel 7a lid 2 Uitvoeringsregeling SW, geldend tot 1 januari 2010.

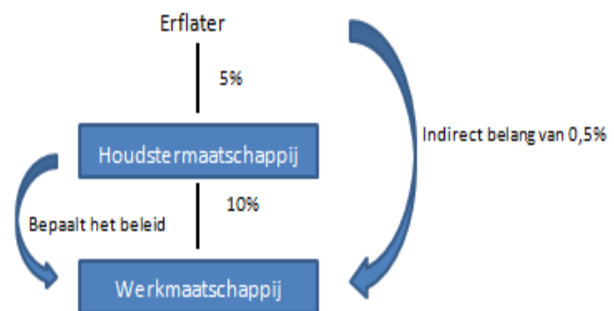
<sup>40</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, in: *Cursus Belastingrecht S&E 11.2.O.D.d*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

gekwalficeerd worden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De houdstermaatschappij houdt een belang van 50% in de werkmaatschappij, waardoor aangenomen wordt dat de houdstermaatschappij het beleid bepaalt in de werkmaatschappij.

Extreem kleine indirecte belangen, maar wel met een belang van minimaal 5% in de houdster, konden door middel van de beleidseis zo tot toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit leiden. Het vermogen van de werkmaatschappij mocht, als was voldaan aan de beleidseis, toegerekend worden aan het vermogen van de houdstermaatschappij. Deze situatie kan worden verduidelijkt aan de hand van het onderstaande voorbeeld.

*Voorbeeld:*

De erflater houdt 5% van de aandelen in de houdstermaatschappij. De houdstermaatschappij houdt 10% van de aandelen in de werkmaatschappij en bepaalt tevens het beleid in de werkmaatschappij. Ondanks een indirect gehouden belang van slechts 0,5% in de werkmaatschappij, is op grond van de beleidseis de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toepasbaar.<sup>41</sup>



### 3.4. Indirect aanmerkelijk belang vanaf 2010

Zoals in de vorige paragraaf is beschreven, werden directe en indirecte belangen voor de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ongelijk behandeld. Daarnaast konden zeer kleine indirecte belangen onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vallen. Bij de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wilde de wetgever de nadruk leggen op reële bedrijfsopvolgingen, daarom is met ingang van 1 januari 2010 de beleidseis komen te vervallen. Met deze wijziging wordt aangesloten bij de aanmerkelijkbelangeis.<sup>42</sup>

Toerekening voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vindt alleen plaats, wanneer de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang heeft in de werkmaatschappij. Het gevolg hiervan is dat bij een indirect belang van kleiner dan 5% geen toerekening plaatsvindt. Door middel van de vermogensetiketteringsregels wordt bepaald of het belang in de werkmaatschappij als ondernemingsvermogen of als beleggingsvermogen wordt aangemerkt. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is niet van toepassing op het beleggingsvermogen, terwijl op het ondernemingsvermogen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wel van toepassing is.<sup>43</sup> De voorwaarden die de wetgever stelt aan de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zijn gekoppeld aan het aandelenbelang dat de erflater of schenker in de houdstermaatschappij houdt. Deze voorwaarden gelden daarom niet voor een indirect belang dat door middel van de vermogensetiketteringsregels tot het ondernemingsvermogen van de houdstermaatschappij wordt gerekend.<sup>44</sup> De bezits- en

<sup>41</sup> Besluit van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, Stcrt. Nr. 202, paragraaf 4.2.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45.

<sup>43</sup> Artikel 35b SW 1956.

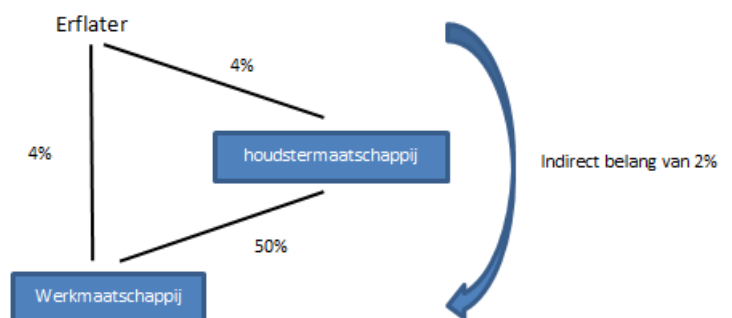
<sup>44</sup> N.C.G. Gubbels, 'Met een kanon op een mug schieten', WFR 2016/142, p.2.

voortzettingseis gelden daarom niet voor een indirect belang dat kleiner is dan 5%, aangezien de vermogensbestanddelen door middel van de vermogensetiketteringsregels worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. De staatssecretaris is echter van mening dat de bezits- en voortzettingseis wel gelden voor een indirect aanmerkelijk belang, omdat de toerekeningsbepaling van toepassing is.<sup>45</sup>

Om te verduidelijken wanneer sprake is van een (in)direct aanmerkelijk belang worden hieronder twee voorbeelden gegeven.

*Voorbeeld 1:*

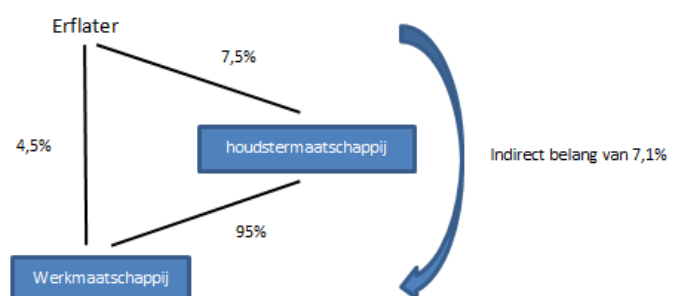
De erflater houdt 4% van de aandelen in de werkmaatschappij en 4% van de aandelen in de houdstermaatschappij. De houdstermaatschappij houdt 50% van de aandelen in de werkmaatschappij. Het aandelenbelang van de erflater in de werkmaatschappij dient te worden aangemerkt als een ‘gewoon’ aandelenbelang. De erflater houdt minder dan 5% van de aandelen in de werkmaatschappij, waardoor niet gesproken kan worden van een direct aanmerkelijk belang. Het indirecte belang van de erflater in de werkmaatschappij kan ook niet worden aangemerkt als een indirect aanmerkelijk belang. De erflater houdt slechts 4% van de aandelen in de houdstermaatschappij, waardoor geen sprake is van een direct aanmerkelijk belang in de houdstermaatschappij. Hierdoor kan geen sprake zijn van een indirect aanmerkelijk belang in de werkmaatschappij.



Daarnaast houdt de erflater slechts 2% van de aandelen indirect in de werkmaatschappij. Geconcludeerd kan worden dat de erflater in geen enkel geval een (in)direct aanmerkelijk belang houdt in een van de vennootschappen.

*Voorbeeld 2:*

De erflater houdt 7,5% van de aandelen in de houdstermaatschappij en 4,5% van de aandelen in de werkmaatschappij. De houdstermaatschappij houdt 95% van de aandelen in de werkmaatschappij. Het aandelenbelang van de erflater in de werkmaatschappij dient te worden aangemerkt als een ‘gewoon’ aandelenbelang, omdat de erflater minder dan 5% van de aandelen in de werkmaatschappij houdt. Het aandelenbelang van de erflater in de houdstermaatschappij kan worden aangemerkt als een direct aanmerkelijk belang, aangezien de erflater minimaal 5% van de aandelen in de houdstermaatschappij houdt. Tevens kan het indirecte



<sup>45</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

aandelenbelang van de erflater in de werkmaatschappij aangemerkt worden als een indirect aanmerkelijk belang. De houdstermaatschappij houdt 95% van de aandelen in de werkmaatschappij, waardoor de erflater indirect 7,1% van de aandelen in de werkmaatschappij houdt. Geconcludeerd kan worden dat de erflater een 'gewoon' aandelenbelang heeft in de werkmaatschappij en een indirect aanmerkelijk belang in de werkmaatschappij. Daarnaast heeft de erflater een direct aanmerkelijk belang in de houdstermaatschappij.

Het vervallen van de beleidseis heeft geen grote gevolgen gehad voor de toets of er sprake is van ondernemingsvermogen. Deze toetsing vindt na de wijziging van de SW 1956 in 2010 nog steeds plaats op houdsterniveau, maar het vermogen van de werkmaatschappij wordt enkel toegerekend als de schenker of erflater hierin een indirect aanmerkelijk belang houdt.

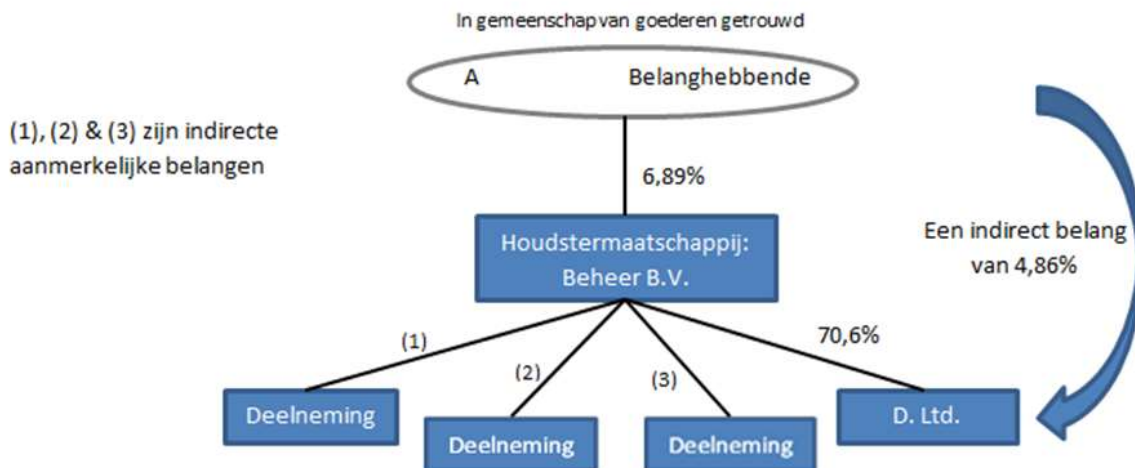
### **3.5. Indirect aanmerkelijk belang vanaf juli 2016**

Ondanks het vervallen van de beleidseis en de wetswijziging van artikel 35c, lid 5, onderdeel b, SW 1956 was de zaak nog niet afgerond voor de staatssecretaris. Op 22 april 2016 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen, waarin een uitzondering werd geformuleerd op de hoofdregel dat alleen indirecte belangen van 5% of meer gekwalificeerd kunnen worden voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De staatssecretaris heeft gebruik gemaakt van reparatiewetgeving om de uitspraak van de Hoge Raad met terugwerkende kracht ongedaan te maken. In deze paragraaf wordt de casus uiteengezet en komen de uitzonderingen en de daarop volgende reparatiewetgeving aan de orde.

#### **3.5.1. Het arrest BNB 2016/167**

Wanneer de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang houdt in de werkmaatschappij, dienen de activiteiten van de werkmaatschappij te worden toegerekend aan de houdstermaatschappij waarin de erflater of schenker een direct aandelenpakket bezit. Dit brengt met zich mee dat bij het ontbreken van een indirect aanmerkelijk belang geen toerekening van activiteiten van de werkmaatschappij plaatsvindt, waardoor de bezittingen en schulden van de houdstermaatschappij worden geëtiketteerd op grond van de vermogensetiketteringsregels. De Hoge Raad heeft echter in het arrest BNB 2016/167 geoordeeld dat een indirect aandelenbelang van kleiner dan 5% als ondernemingsvermogen kan worden aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast kan worden vanwege de kwalificatie van de vermogensbestanddelen als ondernemingsvermogen. Hieronder wordt beschreven wat zich exact afspeelde in deze casus.

De belanghebbende was in gemeenschap van goederen gehuwd met A. Tot de huwelijksgoederengemeenschap behoorde een 6,89% aandelenbelang in een houdstermaatschappij, Beheer B.V. (hierna: de BV), die meerdere deelnemingen hield. Op 12 november 2010 komt A (hierna: erflater) te overlijden, met als gevolg dat de belanghebbende het aandelenbelang van 6,89% in de houdstermaatschappij verkrijgt als erfgenaam en weduwe van de erflater. Elk van de gehouden deelnemingen vormde bij de erflater een indirect aanmerkelijk belang, met als uitzondering de deelneming in D Ltd. Ten tijde van het overlijden van de erflater hield de BV een belang van 70,6% in D Ltd., waardoor de erflater slechts een indirect aandelenbelang hield van 4,86% in D. Ltd. Dit kan schematisch als volgt worden weergegeven:



De bezittingen en schulden van de deelnemingen waarin de erflater een indirect aanmerkelijk belang hield, werden door toepassing van de toerekeningsbepaling van artikel 35c, lid 5, SW 1956 toegerekend aan de BV (de houdstermaatschappij). De indirecte belangen die de erflater in deze deelnemingen hield, waren groter dan 5%, waardoor deze aandelenbelangen konden worden gekwalificeerd als een indirect aanmerkelijk belang voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De deelnemingen dreven hun onderneming met hun gehele vermogen, waardoor de vermogensbestanddelen van de deelnemingen als ondernemingsvermogen voor de BV aangemerkt konden worden. Op dit ondernemingsvermogen was de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing, daarom was de toepasbaarheid van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op deze deelnemingen niet in geschil. In geschil was of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kon worden toegepast voor de deelneming in D. Ltd., waarin de erflater slechts een belang hield van 4,86%. Het indirecte belang van de erflater in D. Ltd. was immers niet 5% of meer van de aandelen, waardoor de toerekeningsbepaling niet van toepassing was. In de volgende paragraaf wordt de uitspraak van de Hoge Raad weergegeven.

### 3.5.2. Arrest van de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is op het indirect gehouden belang in D. Ltd. De Hoge Raad kwam tot dit oordeel aan de hand van de volgende redenering:<sup>46</sup>

1. De bezittingen en schulden van de overige deelnemingen moeten, op grond van artikel 35c, lid 5, onder a, SW 1956, worden toegerekend aan de BV.
2. Buiten geschil is de toepasbaarheid van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de overige actieve vennootschappen, waarin de erflater een indirect aanmerkelijk belang hield. Hierdoor wordt de BV geacht een (materiële) onderneming te drijven.
3. Het drijven van een materiële onderneming brengt met zich mee dat de vermogensetiketteringsregels van toepassing zijn. Dit houdt in dat op grond van de vermogensetiketteringsregels vermogensbestanddelen van de BV zelf tot het ondernemingsvermogen kunnen behoren. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de parlementaire geschiedenis. De staatssecretaris heeft daarin gezegd dat op grond van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij zelf tot het ondernemingsvermogen van de onderneming kunnen behoren. Met de

<sup>46</sup> Hoge Raad 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167.

onderneming wordt de onderneming bedoeld die na consolidatie met de werkmaatschappij geacht wordt te worden gedreven.<sup>47</sup> Hiermee wordt een zoveel mogelijk uniforme behandeling bereikt van enerzijds gevallen waarin het vermogen aan een bv toebehoort en anderzijds gevallen waarin het vermogen toebehoort aan de erflater zelf.<sup>48</sup>

4. Er bestaat geen aanleiding om voor de vermogensetikettering een aandelenbelang anders te behandelen dan andere vermogensbestanddelen van de BV.

De Hoge Raad concludeert dat allereerst overgegaan dient te worden op de beoordeling of de BV een onderneming drijft. Bij het drijven van een onderneming zijn de vermogensetiketteringsregels van toepassing om vast te stellen met welke bezittingen en schulden de BV een onderneming drijft. De activiteiten van D. Ltd. liggen in het verlengde van de activiteiten van de overige deelnemingen, waardoor de materiële onderneming van D. Ltd. wordt toegerekend aan de BV.<sup>49,50</sup> Het gevolg is dat het belang kwalificeert als ondernemingsvermogen, waardoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toch kan worden toegepast op een indirect belang dat kleiner is dan 5%.<sup>51</sup>

### 3.5.3. Reparatiwetgeving per 1 juli 2016

De staatssecretaris stelde dat als gevolg van dit arrest de mogelijkheid ontstond om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit volledig toe te passen op het beleggingsvermogen. Het indirecte belang kwalificeert namelijk van zichzelf als bedrijfsmiddel en niet de onderliggende bezittingen en schulden. Het gevolg is dat het beleggingsvermogen in de vennootschap, waarin de erflater of schenker het indirecte belang hield, niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt uitgesloten.<sup>52</sup> Dit is in strijd met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit en veroorzaakt tevens een budgettaire derving. Om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van deze ongewenste gevolgen te ontdoen, kondigde de staatssecretaris op 1 juli 2016 reparatiwetgeving aan.<sup>53</sup> Deze reparatiwetgeving is opgenomen in het Belastingplan 2017. De reparatiwetgeving is vormgegeven door toevoeging van leden aan artikel 4.17a Wet IB 2001 en artikel 35c SW 1956.<sup>54</sup> Het toegevoegde lid is als volgt geformuleerd:

*“Tot het vermogen van de onderneming, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam.”<sup>55</sup>*

Dit lid bepaalt dat een belang in een ander lichaam niet meer tot het ondernemingsvermogen van de houdstervennootschap wordt gerekend, waardoor alle belangen die de houdstermaatschappij houdt tot het beleggingsvermogen worden gerekend. In dit lid wordt slechts gesproken over een ‘gewoon’ belang en niet over een aanmerkelijk belang, waarbij belastingplichtige voor minimaal 5% van het

<sup>47</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 27.

<sup>48</sup> Vgl. HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, ECLI:NL:HR:2010:BL0193, BNB 2010/286.

<sup>49</sup> P.G.H. Albert, ‘Indirect aanmerkelijk belang en BOR’, WFR 2017/121, p. 3-4.

<sup>50</sup> Volgens rechtbank Den Haag is niet in geschil of het belang van de BV in D Ltd. in het verlengde ligt van de ondernemingsactiviteiten van de BV. Dit blijkt uit HR 22 april 2016, BNB 2016/167, r.o. 2.2.2.

<sup>51</sup> N.C.G. Gubbels, ‘Met een kanon op een mug schieten’, WFR 2016/142, p. 1.

<sup>52</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

<sup>53</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

<sup>54</sup> Het betreft hier artikel 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 6 SW 1956.

<sup>55</sup> Artikel 4.17a, lid 7, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 6, SW 1956.



geplaatste kapitaal aandeelhouder dient te zijn van de vennootschap.<sup>56</sup> De toerekeningsbepaling blijft gelden voor situaties, waarin het belang van de houdstermaatschappij in de werkmaatschappij een indirect aanmerkelijk belang vormt voor de erflater of schenker. Het gevolg hiervan is dat de bezittingen en schulden van het indirect aanmerkelijk belang alsnog worden toegerekend aan de houdstermaatschappij. De staatssecretaris heeft aangegeven dat uitsluiting van het belang zelf geen gevolgen voor de toerekeningsbepaling met zich meebrengt. Dit is anders in de situatie waarin het door de houdstermaatschappij gehouden belang in de werkmaatschappij niet kan worden aangemerkt als een indirect aanmerkelijk belang voor de erflater of schenker.<sup>57</sup> De toerekeningsbepaling is dan niet van toepassing, waardoor het belang gekwalificeerd dient te worden als beleggingsvermogen. Hierdoor wordt kwalificatie voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uitgesloten, waardoor het doel van de wetwijziging door de wetgever wordt bereikt.

Door deze wetwijziging wordt de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op een indirect belang van kleiner dan 5% uitgesloten. De wetgever voorziet hiermee in een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen die kleiner zijn dan 5%, aangezien directe belangen van kleiner dan 5% ook niet worden gekwalificeerd voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De wetgever heeft bij de wijziging van de SW 1956 in 2010 aangegeven dat een erflater of schenker met een belang dat kleiner is dan 5% niet kan worden aangemerkt als een ondernemer. Voor de facilitering van enkel reële bedrijfsopvolgingen dient sprake te zijn van een erflater of schenker die aangemerkt kan worden als ondernemer en daarom dient de erflater of schenker (direct of indirect) minimaal 5% van de aandelen te bezitten.<sup>58</sup>

Tot slot wordt voor de volledigheid vermeld dat de reparatiewetgeving geen invloed heeft gehad op de kwalificatie van een direct aanmerkelijk belang. Op dit belang kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast. Daarnaast is de regeling aangaande directe belangen van kleiner dan 5% ongewijzigd. Deze belangen kwalificeren niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Tevens is de regeling betreffende het indirecte aanmerkelijk belang niet gewijzigd, omdat op dit belang de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast kan worden door het bestaan van de toerekeningsbepaling.

### 3.6. Zienswijzen

Hoewel de staatssecretaris heeft gesteld dat de reparatiewetgeving voornamelijk positieve aspecten had, die in §3.6.1 nader worden besproken, is het toenmalige wetsvoorstel in de literatuur niet met gejuich ontvangen. Het arrest van de Hoge Raad heeft volgens de staatssecretaris onwenselijke gevolgen. De staatssecretaris beoogt met de wetwijziging de reikwijdte van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in lijn te brengen met de uitleg van de wet, zoals de Belastingdienst deze hanteert. Het is opvallend dat de positieve aspecten voornamelijk afkomstig zijn uit de brief van 1 juli 2016 van de staatssecretaris van Financiën. De negatieve aspecten worden voornamelijk in de literatuur genoemd. Allereerst komen de positieve aspecten van de wetwijziging aan de orde, waarna de negatieve aspecten worden besproken. Deze paragraaf wordt afgesloten met de eigen zienswijze op de reparatiewetgeving.

---

<sup>56</sup> Artikel 4.6. Wet IB 2001.

<sup>57</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 44.



### 3.6.1. Rechtvaardiging voor de reparatiewetgeving

Zoals hierboven reeds is beschreven, zijn de positieve aspecten van de reparatiewetgeving voornamelijk te herleiden naar de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016.<sup>59</sup> De staatssecretaris gaat in zijn brief specifiek in op de gevolgen voor het beleggingsvermogen, de bezits- en voortzettingseis, preferente aandelen en rechtsvormneutraliteit en de verschillende behandeling van directe en indirecte belangen. Deze aspecten, die ten grondslag aan de parlementaire instemming van de reparatiewetgeving lagen, zullen hieronder worden besproken.

#### *Beleggingsvermogen*

De staatssecretaris stelt dat oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit mogelijk is als gevolg van het arrest van de Hoge Raad. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan worden toegepast op het in het kleine indirecte belang aanwezige beleggingsvermogen, aangezien de vermogensetiketteringsregels van toepassing zijn op het indirecte aandelenbelang van kleiner dan 5%. Het belang kan hierdoor als geheel worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Het beleggingsvermogen wordt daardoor als ondernemingsvermogen aangemerkt, met als gevolg dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is op dit beleggingsvermogen. Het onderstaande voorbeeld verduidelijkt dit.

#### *Voorbeeld:*

De erflater bezit 5% van de aandelen in de houdstermaatschappij. Deze houdstermaatschappij bezit 20% van de aandelen in de werkmaatschappij. De werkmaatschappij drijft een onderneming en daarnaast liggen de activiteiten van werkmaatschappij in het verlengde van de activiteiten van de overige deelnemingen.

De erflater heeft een indirect gehouden belang van slechts 1% in de werkmaatschappij. In beginsel is op dit indirecte belang de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing, aangezien geen sprake is van een indirect aanmerkelijk belang. In de houdstermaatschappij wordt een onderneming gedreven, waardoor op grond van het arrest van de Hoge Raad de vermogensetiketteringsregels van toepassing zijn. Aangezien de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van de overige deelnemingen, wordt het gehele belang in de werkmaatschappij geëtiketteerd als ondernemingsvermogen van de houdstermaatschappij. Het gevolg hiervan is dat het belang van 1% in de werkmaatschappij wordt gekwalificeerd als ondernemingsvermogen, waarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is. Op deze manier is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook van toepassing op het in het indirecte belang aanwezige beleggingsvermogen.

#### *Bezits- en voortzettingseis*

Als gevolg van het arrest van de Hoge Raad kan een indirect gehouden belang op grond van de vermogensetiketteringsregels kwalificeren als bedrijfsmiddel. Wanneer het indirect gehouden belang wordt gekwalificeerd als ondernemingsvermogen, wordt het in het indirecte belang aanwezige beleggingsvermogen niet uitgezonderd van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Daarnaast gelden hierdoor de bezits- en voortzettingseis niet voor de onderneming die in de

---

<sup>59</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

dochtervennootschap wordt gedreven.<sup>60</sup> Dit is voor de staatssecretaris een van de redenen geweest om tot reparatiewetgeving over te gaan.

Wanneer een indirect aanmerkelijk belang wordt gehouden, is de toerekeningsbepaling van toepassing. Als gevolg hiervan worden de bezittingen en schulden van het indirecte aanmerkelijke belang toegerekend aan de holding, waarna getoetst wordt of de holding een onderneming drijft. Als dit het geval is, wordt bepaald met welk vermogen de onderneming wordt gedreven. Het beleggingsvermogen wordt op deze wijze geëlimineerd uit het belang. Daarnaast worden de bezits- en voortzettingseis toegepast op de activiteiten die de holding na toerekening wordt geacht uit te voeren. De staatssecretaris stelt dat indirect gehouden belangen die niet kwalificeren voor de toepassing van de toerekeningsbepaling beter af zijn dan indirecte belangen die wel kwalificeren voor de toerekeningsbepaling.<sup>61</sup> De bezits- en voortzettingseis zijn namelijk niet van toepassing wanneer het indirect gehouden belang kwalificeert als bedrijfsmiddel, terwijl bij een indirect aanmerkelijk belang de toerekeningsbepaling van toepassing is, waardoor de bezits- en voortzettingseis wel gelden.

#### *Preferente aandelen*

De staatssecretaris is van mening dat, als gevolg van de kwalificatie van het gehele belang als bedrijfsmiddel, preferente aandelen die niet zijn ontstaan en verkregen in het kader van bedrijfsopvolging gekwalificeerd kunnen worden als ondernemingsvermogen. Dit is het geval op grond van de vermogensetiketteringsregels. Stel dat sprake is van een houdstermaatschappij en een werkmaatschappij die beide een onderneming drijven. Hierdoor zijn de vermogensetiketteringsregels van toepassing om vast te stellen met welke bezittingen en schulden de onderneming wordt gedreven. Daarnaast liggen de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde van de activiteiten van de overige deelnemingen. Dit heeft als gevolg dat de onderneming van de werkmaatschappij wordt toegerekend aan de houdstermaatschappij. Dit brengt met zich mee dat het gehele belang in de werkmaatschappij bij de houdstermaatschappij wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Op dit vermogen is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing. Het gehele belang in de werkmaatschappij wordt gekwalificeerd als ondernemingsvermogen, waaronder de niet in het kader van bedrijfsopvolging ontstane of verkregen preferente aandelen. Met oog op het faciliteren van enkel reële bedrijfsopvolgingen kunnen echter alleen preferente aandelen die zijn ontstaan of verkregen in het kader van bedrijfsopvolging vallen onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>62</sup>

#### *Rechtsvormneutraliteit en verschillende behandeling van directe en indirecte belangen*

Tot slot gaat de staatssecretaris in op de verschillende behandeling van directe en indirecte belangen van kleiner dan 5%. Als gevolg van het arrest kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing zijn op een indirect aandelenbelang dat kleiner is dan 5%, mits de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van de overige deelnemingen. Een direct aandelenbelang van

---

<sup>60</sup> W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'NDFR-commentaar bij artikel 35c SW 1956', (online, laatst bijgewerkt op 27 januari 2017).

<sup>61</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

<sup>62</sup> MVT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

kleiner dan 5% kan echter niet worden gekwalificeerd voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, waardoor geen sprake is van rechtsvormneutraliteit.<sup>63</sup>

### 3.6.2. Kritische invalshoek in de literatuur

De reparatiewetgeving heeft als doel om oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te voorkomen. In deze sub-paragraaf wordt ingegaan op de vraag of het arrest van de Hoge Raad wel oneigenlijk gebruik met zich meebrengt. Hierbij komen twee aspecten die de staatssecretaris heeft genoemd aan de orde, namelijk het beleggingsvermogen en rechtsvormneutraliteit en verschillende behandeling directe en indirecte belangen. De aspecten betreffende de bezits- en voortzettingseis en de preferente aandelen blijven in deze paragraaf achterwege, aangezien in de literatuur geen kritiek op deze aspecten is gegeven. De situatie van preferente aandelen wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 4 van deze scriptie.

#### *Beleggingsvermogen*

De staatssecretaris meent dat sprake kan zijn van oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, omdat deze faciliteit door de uitspraak van de Hoge Raad van toepassing kan zijn op beleggingsvermogen. Deze bezorgdheid is echter onterecht, stelt Boer. Hij meent dat oneigenlijk gebruik door diverse praktische en economische wetmatigheden wordt beperkt. Welke praktische en economische wetmatigheden Boer bedoelt schrijft hij echter niet.<sup>64</sup> Daarnaast stelt Gubbels dat de vennootschap waarin het indirecte belang wordt gehouden een materiële onderneming zal moeten drijven om tot het ondernemingsvermogen van de houdstermaatschappij te worden gerekend. Desondanks kan in deze vennootschap beleggingsvermogen aanwezig zijn dat niet wordt uitgezonderd, wanneer het belang als ondernemingsvermogen van de houdstermaatschappij wordt aangemerkt.<sup>65</sup> Tot slot wordt door de Redactie Vakstudie Nieuws opgemerkt dat een indirect aandelenbelang van minder dan 5%, in de meeste gevallen, een relatief lage waarde heeft. Dit brengt met zich mee dat ook de waarde van het beleggingsvermogen laag is, waardoor de gevolgen van oneigenlijk gebruik kleiner zijn.<sup>66</sup>

#### *Rechtsvormneutraliteit en de verschillende behandeling van directe en indirecte belangen*

De staatssecretaris gebruikt de inbreuk op de rechtsvormneutraliteit als een argument. Bij de vormgeving van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit speelden de doelstellingen van het creëren van rechtsvormneutraliteit en gelijke behandeling van directe en indirecte belangen een belangrijke rol. Een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen en daarnaast het bewerkstelligen van rechtsvormneutraliteit kunnen echter niet op hetzelfde moment gerealiseerd worden, stelt Gubbels.<sup>67</sup> Uit de reparatiewetgeving kan worden afgeleid dat de staatssecretaris ervoor heeft gekozen om een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen van minder dan 5% te bewerkstelligen, door ze beide niet te laten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>68</sup> Een direct belang van kleiner dan 5% zou op gelijke voet behandeld moeten worden met een indirect dat belang kleiner is dan 5%.

---

<sup>63</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

<sup>64</sup> J.P. Boer, 'BOR-reparatie: een idee fixe', WFR 2016/145, p. 2.

<sup>65</sup> N.C.G. Gubbels, 'met een kanon op een mug schieten', WFR 2016/142, p. 2.

<sup>66</sup> Redactie Vakstudie Nieuws, Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

<sup>67</sup> N.C.G. Gubbels, 'Met een kanon op een mug schieten', WFR 2016/142, p. 3.

<sup>68</sup> *Kamerstukken II 2016/17*, 34 553, nr. 3, p. 35.

De vraag is of na de wetwijziging wel sprake is van een gelijke behandeling tussen een direct en een indirect aandelenbelang. Gubbels stelt dat directe en indirecte belangen van kleiner dan 5% door de boxensystematiek van de Wet IB 2001 niet te vergelijken zijn. Een indirect belang van kleiner dan 5% wordt aangemerkt als beleggingsvermogen, waarover afgerekend moet worden. Een direct belang van kleiner dan 5% valt echter in box 3, zodat daarop geen aanmerkelijkbelangclaim rust. Een direct belang van kleiner dan 5% kan in box 2 vallen, wanneer sprake is van een fictief aanmerkelijk belang of een meetrekaanmerkelijk belang.<sup>69</sup> Wanneer sprake is van een fictief aanmerkelijk belang of een meetrekaanmerkelijk belang, kunnen de doorschuiffaciliteiten echter wel worden toegepast. Wanneer de directe en indirecte belangen van kleiner dan 5% wel te vergelijken zijn, worden volgens Gubbels directe belangen van kleiner dan 5% anders behandeld dan indirecte kleine belangen van kleiner dan 5%. In deze scriptie ligt de focus op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zoals deze is bepaald in de SW 1956. Om die reden blijft nadere behandeling van dit onderwerp achterwege.

Daarnaast creëert de wetwijziging een onderscheid tussen de IB-ondernemers en de AB-ondernemers. De kleine belangen die een IB-ondernemer houdt, kunnen door middel van de vermogensetiketteringsregels gekwalificeerd worden als ondernemingsvermogen. Daarvoor dienen de activiteiten van de werkmaatschappij wel in het verlengde te liggen van de activiteiten van de overige deelnemingen. De kleine indirecte belangen die een AB-ondernemer houdt, kunnen als gevolg van de wetwijziging echter niet meer worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Het gevolg hiervan is dat bij het aandelenbelang van de IB-ondernemer de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing kan zijn, terwijl dit bij de AB-ondernemer niet het geval is.<sup>70</sup>

### 3.6.3. Eigen zienswijze

De verschillende zienswijzen zijn kenbaar gemaakt. Deze paragraaf wordt afgesloten met de eigen zienswijze op de behandeling van indirecte belangen voor kwalificatie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Deze zienswijze wordt per element weergegeven.

#### *Beleggingsvermogen*

De staatssecretaris is van mening dat oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit plaats kan vinden, aangezien deze faciliteit van toepassing kan zijn op beleggingsvermogen. De angst van de staatssecretaris is te rechtvaardigen. De kans bestaat dat op grond van de vermogensetiketteringsregels beleggingsvermogen wordt gekwalificeerd als ondernemingsvermogen, waardoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is op dat beleggingsvermogen. Hoewel het argument van de staatssecretaris mijns inziens gerechtvaardigd kan worden, kan ik mij ook vinden in het door Redactie Vakstudie Nieuws gestelde argument betreffende de relatief lage waarde van het indirecte aandelenbelang van minder dan 5%. Redactie Vakstudie Nieuws merkt op dat in de meeste gevallen een indirect aandelenbelang van minder dan 5% een relatief lage waarde heeft, wat een laag beleggingsvermogen met zich meebrengt. De vraag die opkomt is of de kans op oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dan wel zo groot is als de staatssecretaris meent. Mijns inziens is oneigenlijk gebruik niet geheel uit te sluiten, maar het is de vraag of oneigenlijk gebruik op grote schaal wel uitgesloten kan worden. De kans op oneigenlijk

---

<sup>69</sup> Voor de bepalingen betreffende fictief- en meetrekaanmerkelijk belang verwijs ik naar artikel 4.10 Wet IB 2001 en artikel 4.11 Wet IB 2001.

<sup>70</sup> W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'NDFR-commentaar bij artikel 35c SW 1956', (online, laatst bijgewerkt op 27 januari 2017).

gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit acht ik klein, omdat in de meeste gevallen wordt gesproken van lage waarde van het beleggingsvermogen. Door deze lage waarde is oneigenlijk gebruik van de faciliteit immers minder interessant. Een indirect aandelenbelang van minder dan 5% kan echter ook een hoge waarde hebben, maar het moet wel ondernemingsvermogen bevatten. Dit is noodzakelijk om de deelneming als ondernemingsvermogen te etiketteren. Per definitie is daarom slechts sprake van weinig beleggingsvermogen. Het gevolg is dat ook bij een hogere waarde van het indirecte aandelenbelang oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit minder interessant is, aangezien per definitie sprake is van weinig beleggingsvermogen.

#### *Bezits- en voortzettingseis*

De toepassing van de bezits- en voortzettingseis op een indirect aandelenbelang, dat op grond van de vermogensetiketteringsregels gekwalificeerd dient te worden als ondernemingsvermogen, blijft volgens de staatssecretaris achterwege. Nu moet worden onderzocht of deze vereisten dan wel gelden voor indirecte belangen die op grond van de toerekeningsbepaling aan de houdstermaatschappij worden toegerekend. De staatssecretaris is van mening dat de bezits- en voortzettingseis ook van toepassing zijn op de toegerekende onderneming, wanneer de toerekeningsbepaling van toepassing is.<sup>71</sup> Het is wenselijk is om de bezitseis door te trekken naar indirecte belangen die onder de toerekeningsbepaling vallen. Indien ten aanzien van indirecte belangen geen rekening gehouden hoeft te worden met de bezits- en voortzettingseis, worden directe belangen slechter behandeld dan indirecte belangen waarop de toerekeningsbepaling van toepassing is. De houders van indirecte belangen kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit immers toepassen zonder te voldoen aan de bezitseis, terwijl de houders van directe belangen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit enkel kunnen toepassen wanneer aan de bezitseis wordt voldaan. Vanwege het streven om directe en indirecte belangen gelijk te behandelen, is dit opvallend.

#### *Rechtsvormneutraliteit en de verschillende behandeling van directe en indirecte belangen*

De reparatiewetgeving beïnvloedt de rechtsvormneutraliteit naar mijn mening in negatieve zin, omdat IB-ondernemers een andere behandeling dan AB-ondernemers genieten. Dit is reeds omschreven in §3.6.3. De staatssecretaris stelt dat een afweging gemaakt moest worden tussen gelijke behandeling van directe en indirecte belangen en rechtsvormneutraliteit tussen IB-ondernemers en de AB-ondernemers. Gelijke behandeling van directe en indirecte belangen wordt naar mijn mening wel bewerkstelligd, aangezien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in beginsel niet kan worden toegepast op directe en indirecte belangen van kleiner dan 5%.

### **3.7. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit**

In deze paragraaf wordt het indirect aanmerkelijk belang getoetst aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Hierbij wordt specifiek de wetswijziging uitgelicht. Zoals is gebleken in §2.4 kent de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 de volgende doelstellingen: (1) het waarborgen van de continuïteit van de onderneming, (2) het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolging, (3) het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen en (4) het creëren van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemers. Ten behoeve van de helderheid worden de doelstellingen (2) en (3) in een andere volgorde behandeld.

---

<sup>71</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 7, p. 18.

### *Het waarborgen van continuïteit*

De reparatiewetgeving van de staatssecretaris brengt met zich mee dat een indirect belang van kleiner dan 5% in zijn geheel tot het beleggingsvermogen wordt gerekend, met als gevolg dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing kan zijn op dit belang en over dit belang afgerekend dient te worden. De vraag is of dit in strijd is met de eerste doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, namelijk het waarborgen van continuïteit van de onderneming. Per definitie gaat het om uiterst kleine belangen met een relatief lage waarde en laag beleggingsvermogen. Hierdoor is het nog maar de vraag of de continuïteit van de onderneming ook daadwerkelijk in gevaar komt. De kans op liquiditeitsproblemen bij de onderneming is immers klein, aangezien in het geval van een indirect aandelenbelang van kleiner dan 5% relatief weinig liquide middelen aan het ondernemingsvermogen onttrokken moeten worden. Gesteld kan worden dat geen sprake is van strijd met de doelstelling om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.

### *Het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen*

Kleine directe belangen kunnen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, wanneer sprake is van een fictief aanmerkelijk belang of een meetrekaanmerkelijk belang. Kleine indirecte belangen worden als gevolg van de reparatiewetgeving uitgesloten van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Directe en indirecte kleine belangen zijn, als gevolg van de boxensystematiek van de Wet IB 2001 echter niet met elkaar te vergelijken. Wanneer directe en indirecte belangen wel te vergelijken zijn, dient vastgesteld te worden dat in beginsel een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen wordt bewerkstelligd. In beginsel kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet worden toegepast op directe en indirecte belangen van kleiner dan 5%, waardoor een gelijke behandeling wordt bewerkstelligd. Daarnaast moeten zowel directe als indirecte belangen voldoen aan het 5%-criterium. Hierdoor wordt de doelstelling om een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen te creëren behaald.

### *Het faciliteren van reële bedrijfsopvolging*

Een reële bedrijfsopvolging is de verkrijging van ondernemingsvermogen van de ondernemer, mits de verkrijger aan het voortzettingsvereiste voldoet.<sup>72</sup> Ondernemingsvermogen wordt verkregen wanneer de activiteiten van de werkmaatschappij, waarin het indirecte belang van kleiner dan 5% wordt gehouden, in het verlengde liggen van de activiteiten van de overige deelnemingen. Dit houdt in dat wanneer de houdstermaatschappij een onderneming drijft en de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde liggen van deze activiteiten, ondernemingsvermogen wordt verkregen. De Hoge Raad heeft beslist dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit hierop van toepassing is, ondanks dat sprake is van een indirect belang van kleiner dan 5%.<sup>73</sup> Door de reparatiewetgeving van de staatssecretaris worden indirecte belangen van kleiner dan 5% uitgesloten voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De staatssecretaris heeft aangegeven dat een houder van een belang van kleiner dan 5% wordt gezien als een belegger (beleggingsvermogen) en een houder van een belang van 5% of meer wordt gezien als een ondernemer (ondernemingsvermogen).<sup>74</sup> Door een indirect belang van kleiner dan 5% uit te zonderen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit komen enkel nog ondernemers in aanmerking voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Hierdoor worden alleen reële bedrijfsoverdrachten gefaciliteerd. Op basis van deze fictie kan worden geconcludeerd

<sup>72</sup> Artikel 35b, lid 5, SW 1956.

<sup>73</sup> HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:705.

<sup>74</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 44.

dat de reparatiewetgeving in overeenstemming is met de doelstelling om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

#### *Rechtsvormneutraliteit*

De laatste doelstelling is het bereiken van een gelijke behandeling van een IB-ondernemer en een AB-ondernemer. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is niet van toepassing op een AB-ondernemer die een indirect belang van kleiner dan 5% houdt, omdat dit op grond van de reparatiewetgeving als beleggingsvermogen gekwalificeerd dient te worden.<sup>75</sup> Kijkend naar een IB-ondernemer zien wij dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wel van toepassing kan zijn. Hiervoor dient het aandelenbezit van een IB-ondernemer, die een belang van kleiner dan 5% houdt, in het verlengde te liggen van de ondernemingsactiviteiten. Als dit het geval is kan een dergelijk bezit gekwalificeerd worden als ondernemingsvermogen, waarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing kan zijn. Op grond van het bovenstaande kan gesteld worden dat de wetswijziging in strijd is met de laatste doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, namelijk het creëren van rechtsvormneutraliteit tussen IB-ondernemers en AB-ondernemers.

### **3.8. Tussenconclusie**

In dit hoofdstuk zijn indirecte aanmerkelijke belangen in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit besproken. Hierbij is ingegaan op het arrest van de Hoge Raad, dat de aanleiding is geweest voor de wetswijziging inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De Hoge Raad heeft beslist dat een klein indirect belang dat de houdstermaatschappij bezit, kan worden aangemerkt als een vermogensbestanddeel dat kwalificeert als ondernemingsvermogen, wanneer de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van de houdstermaatschappij. Dit gebeurt aan de hand van de vermogensetiketteringsregels. Als gevolg hiervan kan op een indirect belang van kleiner dan 5% toch de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast.

De wetgever stelde dat als gevolg van dit arrest de mogelijkheid ontstond om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit volledig toe te passen op beleggingsvermogen. Dit is in strijd met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De wetgever heeft direct ingegrepen en kondigde reparatiewetgeving aan. Door deze wetswijziging wordt toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op een indirect belang van kleiner dan 5% uitgesloten. De vraag is echter of dit in overeenstemming is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

De wetswijziging voldoet op meerdere punten aan de doelstellingen van de wetgever. De continuïteit van de onderneming komt niet in gevaar, aangezien het per definitie om uiterst kleine belangen gaat. Hierdoor dient over een relatief lage waarde afgerekend te worden. Als gevolg hiervan hoeven weinig liquide middelen aan het ondernemingsvermogen onttrokken te worden, waardoor de kans op liquiditeitsproblemen klein is. Tevens wordt een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen bewerkstelligd, aangezien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in beginsel niet van toepassing kan zijn op directe en indirecte belangen van kleiner dan 5%. Daarnaast worden slechts de reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd. De staatssecretaris heeft aangegeven dat een belastingplichtige met een belang van kleiner dan 5% wordt gezien als een belegger en een belastingplichtige met een

---

<sup>75</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2016, nr. 2016-0000092955, V-N 2016/35.13.

belang van 5% of meer wordt gezien als een ondernemer.<sup>76</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat door het uitzonderen van een indirect belang van kleiner dan 5% enkel ondernemers in aanmerking komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, waardoor alleen reële bedrijfsoverdrachten worden gefaciliteerd.

Desalniettemin wordt een doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet behaald, namelijk het creëren van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer. Kleine indirecte belangen die een IB-ondernemer houdt, kunnen door middel van de vermogensetiketteringsregels gekwalificeerd worden als ondernemingsvermogen. Hierop kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast. De kleine indirecte belangen die een AB-ondernemer houdt kunnen daarentegen als gevolg van de wetwijziging niet meer worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Hierop is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing. De conclusie is dat de wetwijziging voldoet aan drie van de vier doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

---

<sup>76</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.*



## Hoofdstuk 4      Preferente aandelen

### 4.1.    Inleiding

Het tweede element dat in deze scriptie onderzocht wordt betreft preferente aandelen in het licht van bedrijfsopvolgingsfaciliteit, zoals deze is neergelegd in de SW 1956. In beginsel is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing op preferente aandelen, aangezien de wetgever houders van preferente aandelen beschouwt als beleggers en niet als ondernemers. De houders van preferente aandelen zijn volgens de wetgever feitelijk niets anders dan de financiers van de onderneming, omdat zij recht hebben op een vast rendement.<sup>77</sup> Het vaste dividend lijkt immers op vreemd vermogen. Een gewone aandeelhouder brengt daarentegen eigen (risicodragend) vermogen in de onderneming in.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is echter wel van toepassing, wanneer de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging. Hiervoor dient krachtens artikel 35c, lid 4, SW 1956 te zijn voldaan aan de aanvullende voorwaarden. Met deze aanvullende voorwaarden beoogt de wetgever enkel preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van reële bedrijfsopvolging te faciliteren. Zuivere kapitaalverstreckers dienen zo uitgesloten te worden van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>78</sup>

In §4.2 wordt allereerst ingegaan op de vraag wat onder preferente aandelen wordt verstaan en wat de redenen kunnen zijn om preferente aandelen uit te geven. De voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ten aanzien van preferente aandelen worden besproken in §4.3. De gevolgen voor de preferente-aandelenstructuren worden besproken in §4.4, waarna in §4.5 verschillende zienswijzen worden behandeld. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vindt plaats in §4.5. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie in §4.6.

### 4.2.    Preferente aandelen in algemene context

Alvorens kan worden overgegaan tot de beantwoording van de onderzoeksvraag, dient eerst duidelijk te zijn wat preferente aandelen zijn en wat de redenen kunnen zijn om preferente aandelen uit te geven. Het begrip preferente aandelen wordt eerst besproken (§4.2.1), waarna in §4.2.2 de redenen om preferente aandelen uit te geven aan de orde komen.

#### 4.2.1.    Begrip preferente aandelen

De wetgever heeft geen definitie aan het begrip preferente aandelen willen toekennen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>79</sup> Hiermee wordt voorkomen dat de belastingplichtigen de grenzen van de definitie opzoeken. Voor de uitleg van de term preferente aandelen heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de invulling die deze term in het spraakgebruik heeft gekregen.<sup>80</sup> Blijkens de wetsgeschiedenis kunnen preferente aandelen gedefinieerd worden als aandelen die enkel recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend. Aandelen die recht geven op (een gedeelte van)

---

<sup>77</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 97.

<sup>78</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 42.

<sup>79</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 8, p. 10 en *Kamerstukken II 2009/10*, 32 128, nr. 20, p. 22.

<sup>80</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 9, p. 101.

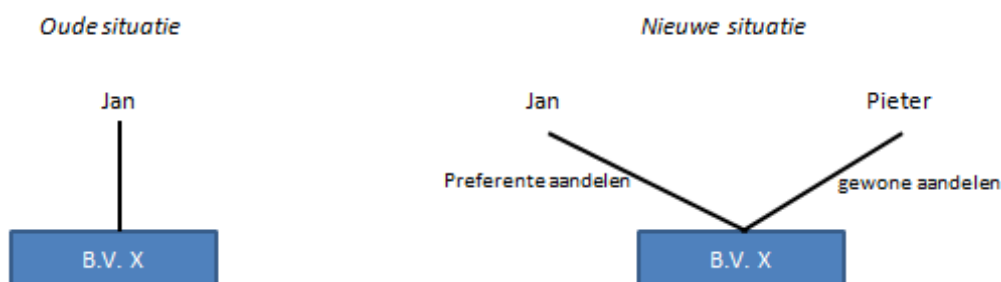
de waardeontwikkeling van de vennootschap worden niet aangemerkt als preferente aandelen.<sup>81</sup> Later wordt daarbij opgemerkt dat aandelen niet als preferent aangemerkt kunnen worden, als zij volledig delen in winstreserves en liquidatieopbrengsten.<sup>82</sup> Wanneer blijkt dat aanpassingen aan de uitleg van de term preferente aandelen in de SW 1956 wenselijk zijn, bijvoorbeeld als zich ontwijkgedrag voordoet, zullen aanvullende voorwaarden worden gesteld.<sup>83</sup>

#### 4.2.2. Redenen voor het uitgeven van preferente aandelen

Er zijn verschillende redenen aan te voeren waarom een vennootschap besluit preferente aandelen uit te geven. Allereerst kan door het uitgeven van preferente aandelen haar financiële positie worden versterkt. Aandelen worden immers uitgegeven om meer kapitaal te verwerven.<sup>84</sup> Daarnaast kan het uitgeven van preferente aandelen bescherming bieden tegen vijandige overnames. Een vennootschap kan bijvoorbeeld besluiten om de preferente aandelen meer stemrecht te geven dan normale aandelen. Daardoor is een minder grote nominale waarde van de aandelen nodig om de meerderheid van het totale aantal stemmen te kunnen behouden.<sup>85</sup> Tot slot kunnen preferente aandelen worden uitgegeven vanwege fiscale redenen in het kader van bedrijfsopvolging.<sup>86</sup> Deze laatste reden wordt verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld, waarbij de voorwaarden van artikel 35c, lid 4, SW 1956 in acht worden genomen.

##### Voorbeeld:

Jan is enig aandeelhouder in BV X. De bv drijft een onderneming en Pieter, de zoon van Jan, zal de onderneming in de toekomst voortzetten. Pieter heeft echter onvoldoende liquide middelen om aandelen in BV X te kopen. Als gevolg hiervan wordt besloten dat de bv, in het kader van bedrijfsopvolging, preferente aandelen aan Jan uitgeeft. De gewone aandelen in BV X worden omgezet in preferente aandelen. Ten tijde van de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen reikt BV X gewone aandelen uit aan Pieter. Het gevolg van deze structuur is dat Jan recht houdt op een deel van de winst. BV X zal jaarlijks op deze aandelen een vast dividend uitkeren aan Jan. Op deze manier ontvangt Jan een vergoeding voor het vermogen dat in BV X achterblijft. Deze structuur dient als tussenfase voor de uiteindelijke overdracht, aangezien Pieter uiteindelijk de onderneming zelfstandig zal voortzetten. Jan zal in dat geval de preferente aandelen aan Pieter schenken of ze aan hem nalaten bij zijn overlijden.



<sup>81</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 101.

<sup>82</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25.

<sup>83</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 98.

<sup>84</sup> A.J. van Doesum e.a., *Inleiding belastingheffing ondernemingen en particulieren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 203.

<sup>85</sup> B. Kemp, 'Aandeelhoudersverantwoordelijkheid', VDHI 2015/10.3.3.

<sup>86</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

### 4.3. Voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit

De voornaamste doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, na de wetswijziging in 2010, is om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.<sup>87</sup> Om deze doelstelling te realiseren heeft de wetgever extra eisen met betrekking tot de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op preferente aandelen ingevoerd. Wanneer wordt voldaan aan deze aanvullende voorwaarden is de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op preferente aandelen mogelijk.

Voordat aan de aanvullende voorwaarden wordt toegekomen, dient allereerst te worden voldaan aan de algemene voorwaarden die gelden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Deze voorwaarden zijn reeds aan bod gekomen in §2.3.

De aanvullende voorwaarden blijken uit artikel 35c, lid 4, SW 1956 en luiden als volgt:

1. de preferente aandelen moeten een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen (omzettingsvereiste);
2. de omzetting tot preferente aandelen moet gepaard zijn gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander (toekenningsvereiste);
3. ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen moet de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming hebben gedreven, als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel a, SW 1956, of hield deze een medegerechtigheid als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel b, SW 1956 (materiële ondernemingsvereiste); en
4. de verkrijger van de preferente aandelen moet reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder zijn van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b (verkrijgingseis).

Krachtens artikel 35e, lid 4, SW 1956 is tevens het voortzettingsvereiste van toepassing op de gewone aandelen van de verkrijger van preferente aandelen. Dit houdt in dat de verkrijger van de preferente aandelen zijn gewone aandelen niet mag vervreemden gedurende de voortzettingsperiode. Het gedeeltelijk of geheel vervreemden van deze aandelen tijdens de voortzettingsperiode brengt met zich mee dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit naar evenredigheid wordt ingetrokken.<sup>88</sup> De aanvullende voorwaarden worden hieronder nader toegelicht.

#### 4.3.1. Omzettingsvereiste

Het eerste vereiste is dat de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen. Van een omzetting is eveneens sprake indien de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een aandelenfusie, juridische splitsing of bedrijfsfusie.<sup>89</sup> De preferente aandelen dienen door de erflater of schenker zelf te zijn omgezet. Aan deze voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan, wanneer de schenker of erflater de preferente aandelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht van de omzetter heeft verkregen.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, p. 4.

<sup>88</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 29.

<sup>89</sup> Artikel 8, lid 1, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor directe preferente aandelen en artikel 8, lid 3, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor indirecte preferente aandelen.

<sup>90</sup> Artikel 8, lid 2, Uitv.reg. schenk en erfbelasting.

### 4.3.2. Toekenningsvereiste

Het tweede vereiste is dat de omzetting van de preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander. De staatssecretaris heeft aangegeven dat voor het toekennen van gewone aandelen niet wordt vereist dat nieuwe aandelen worden uitgegeven, maar dan moeten ten tijde van de omzetting wel gewone aandelen aan een ander worden toegekend.<sup>91</sup> De staatssecretaris is daarnaast van mening dat de omzetting van de aandelen gepaard dient te gaan met het toekennen van gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger.<sup>92</sup> Wanneer de beoogde bedrijfsopvolger bij de omzetting geen aandelen verkrijgt, wordt niet aan de voorwaarden voldaan. In dat geval komen de preferente aandelen niet in aanmerking voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

### 4.3.3. Materiële ondernemingsvereiste

Het derde vereiste is dat de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden, ten tijde van de omzetting in preferente aandelen, een materiële onderneming moet hebben gedreven of een medegerechtigheid moet hebben gehouden. Dit kan worden aangemerkt als een dubbele toets voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Er dient namelijk een materiële onderneming te worden gedreven ten tijde van de omzetting en op het moment van de verkrijging van de actieve vennootschap.<sup>93</sup>

### 4.3.4. Verrijgingseis

Het laatste vereiste is dat de verkrijger van preferente aandelen bij de verkrijging reeds 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen. Degene die de preferente aandelen erft en tevens 5% van de gewone aandelen houdt, hoeft niet dezelfde persoon te zijn als degene die gewone aandelen heeft verkregen bij de omzetting in preferente aandelen.<sup>94</sup> De bedrijfsopvolgingsfaciliteit met betrekking tot preferente aandelen volgt dus de gewone aandelen en niet de persoon.<sup>95</sup>

Voor de toets of de verkrijger van preferente aandelen ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt, wordt het geplaatste kapitaal van de preferente aandelen buiten beschouwing gelaten.<sup>96</sup> Dit kapitaal kan zo groot zijn dat de gewone aandeelhouders niet kunnen voldoen aan het 5%-criterium, wat volgens de wetgever niet de bedoeling is.<sup>97</sup> Een voorbeeld hiervan is een het geplaatst kapitaal van 500, waarvan 350 toerekenbaar is aan preferente aandelen. In dat geval moet de verkrijger voor ten minste 5% van 150 aandeelhouder zijn van gewone aandelen.

## 4.4. Gevolgen voor de preferente-aandelenstructuren

Voor 2010 kon bij een omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen geen rekening worden gehouden met de vanaf 2010 aanvullende voorwaarden. Een situatie die zich kon voordoen was dat een persoon voor 1 januari 2010 zijn aandelen had omgezet in preferente aandelen, maar

---

<sup>91</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 98.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

<sup>93</sup> M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2010/1110, p. 4.

<sup>94</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 13, p. 29.

<sup>95</sup> M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2010/1110, p. 5.

<sup>96</sup> Artikel 8, lid 5, Uitv. Reg. schenk- en erfbelasting.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 10, p. 21.

dat daarbij geen gewone aandelen zijn toegekend aan de beoogde bedrijfsopvolger. Hierdoor wordt vanaf 1 januari 2010 niet aan de voorwaarden voldaan. Het gevolg hiervan is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing is op de verkrijging van preferente aandelen, terwijl misschien wel een reële bedrijfsopvolging wordt beoogd.

In een dergelijke situatie zou overgangsrecht een oplossing kunnen bieden. De wetgever heeft echter afgezien van overgangsrecht voor de verkrijging van preferente aandelen, omdat het niet past bij het karakter van de erf- en schenkbelasting om overgangsrecht te creëren voor toekomstige verkrijgingen. Als de vererving of de schenking nog niet heeft plaatsgevonden, is er immers geen sprake van een bestaande rechtspositie die door het wetsvoorstel wordt doorkruist.<sup>98</sup> De staatssecretaris heeft echter begrip voor het feit dat voor 2010 geen rekening kon worden gehouden met de vanaf 2010 geldende aanvullende voorwaarde. Als gevolg hiervan heeft de staatssecretaris besloten dat concrete gevallen van voor 2010 aan hem voorgelegd kunnen worden.<sup>99</sup>

De vraag is of de invoering van de extra vereisten ook daadwerkelijk bewerkstelligt dat enkel reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op deze vraag.

#### **4.5. Zienswijzen**

Vanaf 2010 heeft de wetgever tot uitdrukking willen brengen dat enkel reële bedrijfsopvolgingen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in aanmerking komen. De wetgever heeft daarom bij de wetswijziging van de SW 1956 in 2010 aanvullende voorwaarden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op preferente aandelen ingevoerd. De vraag is of invoering van deze extra voorwaarden ook daadwerkelijk leidt tot het enkel voorzien in de faciliteit in gevallen van reële bedrijfsopvolgingen.

Allereerst worden de argumenten voor rechtvaardiging van de extra eisen besproken. De rechtvaardiging van de aanvullende eisen is voornamelijk te herleiden tot de argumenten die de wetgever heeft aangevoerd. Vervolgens wordt de kritische invalshoek in de literatuur op deze aanvullende voorwaarden besproken. Deze paragraaf wordt afgesloten met mijn eigen zienswijze op de aanvullende voorwaarden.

##### **4.5.1. Rechtvaardiging voor de aanvullende eisen**

De wetgever heeft aangegeven dat een onderneming moet worden verkregen van een ondernemer en dat de verkrijger de onderneming moet voortzetten.<sup>100</sup> De faciliteiten zijn dus gericht op aandeelhouders die aangemerkt kunnen worden als ondernemer. Aandeelhouders die meer vergelijkbaar zijn met een belegger kunnen daardoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet toepassen. De wetgever beschouwt de preferente aandeelhouder meer als een belegger dan als een ondernemer, omdat hij feitelijk niets anders is dan een financier van de onderneming. Hierdoor kan een preferente aandeelhouder worden beschouwd als een kapitaalverstrekker.<sup>101</sup> Het gevolg hiervan is dat de preferente aandeelhouder wordt uitgezonderd van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

---

<sup>98</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 27.

<sup>99</sup> Besluit staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68M, *Stcrt.* 2011, 6416, onderdeel 3.9.

<sup>100</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 24.

<sup>101</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 97.

Toch heeft de wetgever preferente aandeelhouders niet geheel willen uitzonderen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Hij is van mening dat, wanneer sprake is van een reële bedrijfsopvolging, een rechtvaardigingsgrond aanwezig is om de verkrijger van het ondernemingsvermogen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit alsnog te verlenen.<sup>102</sup>

#### 4.5.2. Kritische invalshoek in de literatuur

In de vorige sub-paragraaf is beschreven dat de wetgever stelt dat de aanvullende voorwaarden worden gerechtvaardigd, aangezien met deze voorwaarden enkel wordt voorzien in gevallen waarin sprake is van reële bedrijfsopvolging. De vraag is of deze aanvullende voorwaarden ook daadwerkelijk te rechtvaardigen zijn. In deze sub-paragraaf wordt antwoord gegeven op deze vraag.

Met het oog op de continuïteit van de ondernemingen mogen geen aanvullende eisen worden gesteld aan bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen, stelt De Wijkerslooth-Lhoëst.<sup>103</sup> Zij stelt dat houders van preferente aandelen, net als gewone aandeelhouders, problemen kunnen krijgen met het betalen van schenk- of erfbelasting. Daarnaast meent zij dat de continuïteit van de onderneming belemmerd kan worden, wanneer liquide middelen moeten worden onttrokken, omdat de preferente aandelen bijvoorbeeld moeten worden ingekocht. Stevens deelt de zienswijze van De Wijkerslooth-Lhoëst door te stellen dat, gelet op de continuïteit van de onderneming, elke vorm van financiering gelijk behandeld dient te worden.<sup>104</sup> Tot slot stelt ook Van Gijlswijk dat liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Hij stelt dat de inkomstenbelasting en erfbelasting vermoedelijk betaald moeten worden uit dividenden uit de vennootschap, waardoor de onderneming in de problemen kan geraken.<sup>105</sup>

Daarnaast wordt in de literatuur ingegaan op de vraag of het terecht is dat een preferent aandeelhouder in beginsel wordt beschouwd als een kapitaalverstrekker. De Wijkerslooth-Lhoëst zegt hierover dat het onterecht is dat een preferent aandeelhouder meer wordt gezien als een kapitaalverstrekker dan als een ondernemer.<sup>106</sup> Gewone aandeelhouders verstrekken namelijk, net als preferente aandeelhouders, ook kapitaal. Daarnaast stelt zij dat preferente aandeelhouders en gewone aandeelhouders gelijk behandeld dienen te worden, aangezien beiden dezelfde risico's lopen. Van Vijfeijken en Gubbels geven aan dat de wetgever met de regeling betreffende preferente aandelen op twee gedachten hinkt.<sup>107</sup> De wetgever stelt dat preferente aandeelhouders slechts kunnen worden aangemerkt als kapitaalverstrekkers, maar het is opvallend dat preferente aandelen in de Wet IB 2001 worden aangemerkt als eigen vermogen en niet als vreemd vermogen. De vraag is dan waarom een preferent aandeelhouder bij een bezit van meer dan 5% onder de aanmerkelijkbelangregeling valt, maar vervolgens geen gebruik kan maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Daarnaast zou het voor de hand liggen om preferente aandelen te kwalificeren als privévermogen, wanneer de wetgever de preferente aandelen beschouwt als vreemd vermogen. Het gevolg hiervan is dat op dit vermogen geen bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing

---

<sup>102</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

<sup>103</sup> S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst 2009, par. 4.4.

<sup>104</sup> S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25, p. 7.

<sup>105</sup> M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?', WPNR 2010/6844, p. 5.

<sup>106</sup> S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst 2009, par. 4.4.

<sup>107</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, in: *Cursus Belastingrecht S&E 11.2.0.D.c*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

is. Op dit moment is geen van beide het geval. De preferente aandelen kwalificeren als privévermogen, terwijl onder voorwaarden toch gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Dit zorgt voor een onevenwichtig systeem.

De laatste vraag die gesteld kan worden is of de aanvullende voorwaarden in overeenstemming zijn met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Ten aanzien van de eerste voorwaarde, het omzetten van gewone aandelen in preferente aandelen, stelt De Beer dat deze eis een onredelijke uitwerking kan hebben.<sup>108</sup> Dit doet zich voor als de erflater of schenker al preferente aandelen in zijn bezit heeft, maar deze niet zijn ontstaan uit een omzetting van gewone aandelen. Het gevolg hiervan is dat de verkrijger geen gebruik kan maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, aangezien niet aan dit vereiste wordt voldaan. Heithuis noemt deze voorwaarde stringent, omdat teveel in de praktijk voorkomende gevallen worden uitgesloten.<sup>109</sup>

Ten aanzien van de tweede voorwaarde stelt Van der Kroon dat deze onnodig beperkend is.<sup>110</sup> Wanneer de beoogde bedrijfsopvolgers reeds ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aan gewone aandelen bezitten en de omzetter al zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen, kan geen beroep worden gedaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Ten tijde van de omzetting zijn namelijk geen aandelen toegekend aan de bedrijfsopvolger. Hoewel een reële bedrijfsopvolging wordt beoogd, blijft de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit achterwege. De Beer stelt dat het onredelijk is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet kan worden toegepast wanneer een omzetting heeft plaatsgevonden, maar geen gewone aandelen zijn toegekend aan een ander. Wanneer een erflater of schenker en de bedrijfsopvolger gewone aandelen bezitten en de erflater of schenker tevens zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen, kan immers ook sprake zijn van een reële bedrijfsopvolging.<sup>111</sup>

Het derde vereiste, de materiële ondernemingseis, kan worden gezien als een dubbele toets voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op preferente aandelen. Zowel op het moment van de omzetting als op het moment van de schenking of vererving van de preferente aandelen dient te zijn voldaan aan de materiële ondernemingseis.<sup>112</sup> Van der Kroon vraagt zich af of deze dubbele toets te rechtvaardigen is. Een voorbeeld is de situatie waarin gewone aandelen worden omgezet in preferente aandelen, maar de vennootschap enkel beleggingsvermogen bevat. Later bevat de vennootschap zowel beleggingsvermogen als ondernemingsvermogen. Als gevolg van dit vereiste kan bij een eventuele bedrijfsopvolging in de toekomst geen beroep worden gedaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit met betrekking tot preferente aandelen.

---

<sup>108</sup> A.M.A. de Beer, 'Notitie 'Fiscale positie van directeur-groootaandeelhouder': wat gaat er veranderen?', MBB 2009/09, p. 325.

<sup>109</sup> E.J.W. Heithuis, 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', TFO 2010/93, p. 6.

<sup>110</sup> M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2010/1110, p. 5.

<sup>111</sup> A.M.A. de Beer, 'Notitie 'Fiscale positie van directeur-groootaandeelhouder': wat gaat er veranderen?', MBB 2009/09, p. 325.

<sup>112</sup> M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2010/1110, p. 4.

Tot slot is Stevens van mening dat de vierde voorwaarde de meest beperkende voorwaarde is.<sup>113</sup> Hij begrijpt niet waarom de preferente aandelen slechts in combinatie met de gewone aandelen kunnen kwalificeren. Wanneer de faciliteit alleen gerechtvaardigd wordt als financieringsfaciliteit, moet worden geconstateerd dat ook bij de verkrijgers van de preferente aandelen liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan. Deze problemen met de liquiditeit kunnen zich voordoen als gevolg van de heffing van inkomstenbelasting bij de erflater en erfbelasting bij de erfgenamen. Stevens ziet in dat opzicht geen verschil met de verkrijgers van gewone aandelen. Het gevolg hiervan is dat in de praktijk waarschijnlijk gewone aandelen zullen worden toegekend aan de verkrijger van preferente aandelen, terwijl hij niet de beoogde bedrijfsopvolger is. De vrijstelling wordt op deze manier niet verspeeld. Daarnaast stelt De Beer dat deze voorwaarde in de praktijk tot problemen zal leiden, wanneer de bedrijfsopvolger geen familielid is.<sup>114</sup> Het is een normale zaak dat de preferente aandelen door de kinderen worden verkregen, terwijl de gewone aandelen door de bedrijfsopvolger worden gehouden. De kinderen kunnen in dat geval geen gebruik maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, want de gewone aandelen die worden gehouden zijn minder dan 5% van het geplaatste kapitaal.

### 4.5.3. Eigen zienswijze

De verschillende zienswijzen zijn beschreven. Deze paragraaf wordt afgesloten met mijn zienswijze op het faciliteren van preferente aandelen. De gevolgen voor de continuïteit van de onderneming, het aanmerken van preferente aandeelhouders als kapitaalverstrekkers de rechtvaardigheid van de aanvullende voorwaarden en de doelmatigheid van deze regeling komen hierbij aan de orde.

In de literatuur is opgemerkt dat bij een bedrijfsopvolging met preferente aandelen, net zoals bij gewone aandelen, de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen.<sup>115</sup> De houders van preferente aandelen ontvangen een vast dividend.<sup>116</sup> De vraag is hoe de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen, aangezien niet meer dan het vaste dividend aan de onderneming onttrokken kan worden. De continuïteit van de onderneming loopt een risico, wanneer de preferente aandelen door de onderneming moeten worden ingekocht of wanneer de verkrijger van de preferente aandelen ook gewone aandelen bezit. Met het oog op de bedrijfsopvolging bezit de verkrijger van de preferente aandelen, de beoogde bedrijfsopvolger, vaak reeds gewone aandelen. Wanneer de verkrijger de schenk- of erfbelasting niet uit privémiddelen kan voldoen, kan door de verkrijger aanspraak worden gemaakt op gelden van het ondernemingsvermogen. Dit is mogelijk door middel van een dividenduitkering op gewone aandelen. Hierdoor kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen. Op grond hiervan is het uitzonderen van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet gerechtvaardigd.

Het andere argument dat in de literatuur is aangevoerd is dat de gewone aandeelhouder, net als de preferente aandeelhouder, aangemerkt kan worden als kapitaalverstrekker. Op grond hiervan zouden preferente aandeelhouders niet anders behandeld mogen worden dan gewone aandeelhouders.<sup>117</sup> Ik sluit mij aan bij deze zienswijze in de literatuur. Beide soorten aandeelhouders

---

<sup>113</sup> S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25, p. 7.

<sup>114</sup> A.M.A. de Beer, 'Notitie 'Fiscale positie van directeur-groootaandeelhouder': wat gaat er veranderen?', MBB 2009/09, p. 325.

<sup>115</sup> S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst 2009, par. 4.4.

<sup>116</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, in: *Cursus Belastingrecht S&E 11.2.0.D.c*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

<sup>117</sup> S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst 2009, par. 4.4.



hebben namelijk de functie om kapitaal te verstrekken. Daarnaast loopt de houder van preferente aandelen dezelfde risico's als een gewone aandeelhouder, zoals een waardedaling van zijn aandelen. De vraag is dan waarom de verschillende soorten aandeelhouders met dezelfde functie anders behandeld worden.

Daarnaast is in de literatuur ingegaan op de vraag of de aanvullende voorwaarden in overeenstemming zijn met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>118</sup> Mijns inziens is het eerste vereiste niet in overeenstemming met de doelstelling om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Preferente aandelen die niet zijn ontstaan door middel van een omzetting van gewone aandelen kunnen immers niet onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vallen, terwijl wel sprake kan zijn van een situatie waarin wordt beoogd een reële bedrijfsopvolging te faciliteren.

Verder is de opmerking van De Beer met betrekking tot het tweede vereiste mijns inziens terecht. De situatie kan zich voordoen dat op het moment van de omzetting in preferente aandelen een reële bedrijfsopvolging wordt beoogd, maar geen gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger worden toegekend. De erflater of schenker en de beoogde bedrijfsopvolger kunnen immers reeds 5% van het geplaatste kapitaal aan gewone aandelen bezitten. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is in deze situatie niet van toepassing, aangezien het toekennen van gewone aandelen aan een ander achterwege blijft. Naar mijn mening is de tweede voorwaarde niet in overeenstemming met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, omdat uit het voorbeeld blijkt dat deze bepaling een reële bedrijfsopvolging kan uitsluiten van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

Ten aanzien van het derde vereiste is de dubbele toets voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet te rechtvaardigen. Het is mogelijk dat de vennootschap ten tijde van de omzetting geen materiële onderneming heeft gedreven, terwijl dit op het moment van de verkrijging van de actieve vennootschap wel het geval is geweest. Het moment van de verkrijging van de actieve vennootschap moet het toetsingsmoment zijn, omdat dat aansluit bij de economische realiteit. Dat de vennootschap ten tijde van de omzetting geen materiële onderneming dreef en bijvoorbeeld uitsluitend bestond uit beleggingsvermogen is niet relevant. Tussen de omzetting en de verkrijging van de actieve vennootschap kunnen de activiteiten van de vennootschap zijn gewijzigd, waardoor de vennootschap een materiële onderneming is gaan drijven. De intentie om een reële bedrijfsopvolging te bewerkstelligen, kan daarbij ook zijn gewijzigd. De wetgever heeft opgemerkt dat de omzetting de eerste stap in de bedrijfsopvolging is.<sup>119</sup> Op het moment van de omzetting hoeft echter geen reële bedrijfsopvolging te worden beoogd. Dit doet zich voor wanneer aan de verkrijger van de preferente aandelen ten tijde van de omzetting 5% van de gewone aandelen wordt toegekend, maar hij niet de beoogde bedrijfsopvolger is. De overige 95% van de gewone aandelen kan vervolgens worden uitgegeven aan de bedrijfsopvolger. Op deze manier wordt voldaan aan de voorwaarden, waardoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan worden toegepast. Dit is in strijd met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

---

<sup>118</sup> O.a. in: A.M.A. de Beer, 'Notitie 'Fiscale positie van directeur-groootaandeelhouder': wat gaat er veranderen?', MBB 2009/09, p. 325.

<sup>119</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98.

Het vierde vereiste is naar mijn mening evenmin in overeenstemming met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Door dit vereiste kan formeel sprake zijn van een reële bedrijfsopvolging, terwijl hier materieel geen sprake van is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer aandelen in een bv worden omgezet in preferente aandelen en de beoogde bedrijfsopvolger (een manager) 90% van de gewone aandelen krijgt uitgereikt. Aan beide kinderen van de omzetter wordt 5% van de gewone aandelen toegekend. De preferente aandelen zullen vererven naar zijn kinderen en over vijf jaar door de onderneming worden ingekocht. Het gevolg hiervan is dat bij het overlijden van de erflater volledig gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, terwijl de preferente aandelen zijn ingezet als financieringsinstrument.

Tot slot wilde de wetgever de SW 1956 vereenvoudigen.<sup>120</sup> De vraag is of dat door deze aanvullende voorwaarden is gelukt. Naar mijn mening is de regeling voor het faciliteren van preferente aandelen niet vereenvoudigd. De wetgever heeft immers aanvullende voorwaarden gesteld, waaraan moet zijn voldaan om te kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Daarnaast dient de Belastingdienst vanwege de aanvullende voorwaarden meer controlehandelingen uit te oefenen. Dit leidt tot een grotere administratieve last bij de Belastingdienst.

#### **4.6. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit**

In deze paragraaf worden preferente aandelen getoetst aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Zoals is gebleken in §2.4 kent de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 de volgende doelstellingen: (1) het waarborgen van de continuïteit van de onderneming, (2) het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolging, (3) het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen en (4) het creëren van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemers.

##### *Het waarborgen van continuïteit*

De vraag is of het in beginsel uitsluiten van preferente aandelen van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op basis van deze doelstelling gerechtvaardigd is. Bij preferente aandelen is sprake van een vast dividend. Als gevolg hiervan kan niet meer dan het vaste dividend aan de onderneming worden onttrokken. De continuïteit van de onderneming kan echter in gevaar komen, wanneer de onderneming de preferente aandelen moet inkopen of wanneer de verkrijger van de preferente aandelen de erf- of schenkbelasting niet uit privémiddelen kan voldoen. De verkrijger van de preferente aandelen kan reeds gewone aandelen in zijn bezit hebben. Door middel van een dividenduitkering op gewone aandelen kan door de verkrijger van de preferente aandelen aanspraak worden gemaakt op gelden van het ondernemingsvermogen. Hierdoor kunnen liquiditeitsproblemen ontstaan en kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen. Gesteld kan worden dat het uitzonderen van preferente aandelen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in strijd is met de doelstelling om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen.

##### *Het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen*

In het onderzoek is de gelijke behandeling van directe en indirecte preferente belangen niet uitgebreid naar voren gekomen. Krachtens artikel 35c, lid 1, onderdeel c, jo. lid 4, SW 1956 gelden de aanvullende voorwaarden ook voor indirecte preferente aandelenbelangen. Op basis van deze

---

<sup>120</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 en 5.*

wettelijke bepalingen kan gesteld worden dat de behandeling van preferente aandelen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet in strijd is met deze doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

#### *Het faciliteren van reële bedrijfsopvolging*

Wanneer van het standpunt van de wetgever dat een houder van preferente aandelen wordt aangemerkt als belegger wordt uitgegaan, is het uitzonderen van preferente aandelen in overeenstemming met deze doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Bij een reële bedrijfsopvolging moet namelijk sprake zijn van een 'echte' ondernemer. De aanvullende voorwaarden moeten ervoor zorgen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wel van toepassing kan zijn op bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen, wanneer sprake is van reële bedrijfsopvolging. Deze aanvullende voorwaarden zouden moeten bijdragen aan het bereiken van deze doelstelling. De vraag is of dat ook daadwerkelijk zo is. Zoals is gebleken in §4.5.3, kunnen de aanvullende voorwaarden reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen uitsluiten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan daarentegen juist toegepast worden in gevallen van een niet-reële bedrijfsopvolging. De aanvullende voorwaarden dragen daarom niet bij aan het bereiken van deze doelstelling.

#### *Rechtsvormneutraliteit*

De laatste doelstelling is het bereiken van een gelijke behandeling van een IB-ondernemer en een AB-ondernemer. In het onderzoek is de gelijke behandeling van IB- en AB-ondernemers niet nadrukkelijk naar voren gekomen. De toetsing aan deze doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit blijft daarom achterwege.

### **4.7. Tussenconclusie**

In dit hoofdstuk zijn de preferente aandelen in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit besproken. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is in beginsel niet van toepassing op preferente aandelen. Wanneer wordt voldaan aan aanvullende voorwaarden, kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit echter wel worden toegepast op preferente aandelen. Onderzocht is of de behandeling van de preferente aandelen in overeenstemming is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

De behandeling van preferente aandelen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voldoet op meerdere punten niet aan de doelstelling van de wetgever. De situatie kan zich voordoen waarin de onderneming preferente aandelen moet inkopen of waarin de verkrijger van de preferente aandelen door middel van een dividenduitkering op eventueel gehouden gewone aandelen liquide middelen aan het ondernemingsvermogen moet onttrekken. Hierdoor kan een liquiditeitsprobleem ontstaan, dat ertoe kan leiden dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Daarnaast worden niet enkel reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd. Bij het geheel uitsluiten van preferente aandelen is dit wel het geval, aangezien de wetgever heeft aangegeven dat een houder van preferente aandelen aangemerkt dient te worden als belegger. Met de aanvullende voorwaarden wordt echter niet voldaan aan deze doelstelling. Door de aanvullende voorwaarden kunnen reële bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, terwijl niet-reële bedrijfsopvolgingen de faciliteit juist kunnen toepassen.

Ten aanzien van de gelijke behandeling van directe en indirecte belangen wordt voldaan aan de doelstelling, omdat de aanvullende voorwaarden ook voor indirecte preferente aandelenbelangen gelden. De toetsing aan de gelijke behandeling van een IB-ondernemer en een AB-ondernemer is achterwege gelaten, aangezien deze tijdens de behandeling niet nadrukkelijk naar voren is gekomen.

De conclusie is dat de behandeling van preferente aandelen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gedeeltelijk in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever.

## Hoofdstuk 5 Indirect verwaterd belang

### 5.1. Inleiding

Het laatste element dat in deze scriptie onderzocht wordt is het indirect verwaterd belang, zoals dat is neergelegd in de SW 1956. Dit wordt onderzocht in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In hoofdstuk 3 zijn indirecte belangen uitgebreid behandeld. In beginsel kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet worden toegepast op indirect gehouden belangen. Per 1 januari 2010 is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit herzien, waarbij de wetgever een uitzondering heeft opgenomen voor indirecte verwaterde belangen.<sup>121</sup> Onder aanvullende voorwaarden kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing zijn op een indirect verwaterd belang.

Dit hoofdstuk behandelt de vraag of het faciliteren van een indirect verwaterd belang in overeenstemming is met doel en strekking van de regeling. Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag wordt allereerst in §5.2 beschreven wat onder indirecte verwaterde belangen wordt verstaan. In §5.3 wordt ingegaan op de situatie na het besluit van de staatssecretaris, oftewel na het jaar 2010. De zienswijzen van de staatssecretaris en van fiscale auteurs worden besproken in §5.4, waarin ik mijn zienswijze zal geven. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vindt plaats in §5.5. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

### 5.2. Voorwaarden inzake indirecte verwaterde belangen

In beginsel kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet worden toegepast op indirecte belangen. In artikel 35c, lid 5, sub b SW 1956 is echter een extra toerekeningsmogelijkheid opgenomen. Deze bepaling regelt dat ook bij een indirect verwaterd aanmerkelijk belang toerekening kan plaatsvinden. Bezittingen en schulden van de werkmaatschappij worden toegerekend aan de houdstermaatschappij, mits aan de cumulatieve voorwaarden is voldaan. Het gevolg hiervan is dat een beroep kan worden gedaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor het indirecte verwaterde belang. De schenker of erflater moet een direct aanmerkelijk belang houden in de houdstermaatschappij om toegang te krijgen tot de faciliteit.

Aan de volgende cumulatieve voorwaarden dient te zijn voldaan voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bij een indirect verwaterd belang:<sup>122</sup>

1. er is sprake van een indirect belang van minder dan 5%, maar van ten minste 0,5%;
2. dat belang moet bij een van zijn rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect belang hebben gevormd als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001;
3. dat belang moet uitsluitend zijn verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking;
4. direct voorafgaande aan de verwatering van dat belang tot beneden de 5% moet het lichaam waarin het indirecte belang wordt gehouden een onderneming hebben gedreven of moet het lichaam een medegerechtigheid hebben gehouden als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel c SW 1956.

---

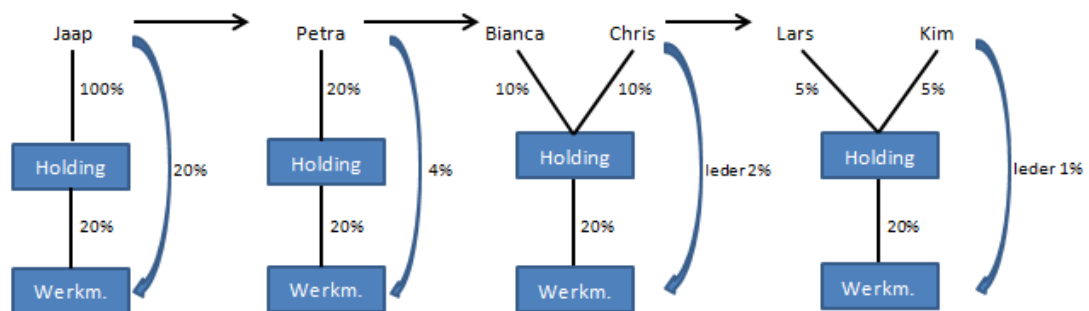
<sup>121</sup> Artikel 35c, lid 5, onderdeel b SW 1956.

<sup>122</sup> Artikel 35c, lid 5, onderdeel b SW 1956.

Op grond van de eerste voorwaarde dient sprake te zijn van een indirect belang van minder dan 5%, doch ten minste 0,5%. Als het indirecte belang onder de 0,5% zakt is toerekening niet meer mogelijk. Het gevolg hiervan is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dan niet van toepassing is. De tweede voorwaarde vereist dat het indirecte belang aanvankelijk bij de rechtsvoorganger krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd. Wanneer de rechtsvoorganger een indirect belang van 3,5% hield en dat belang krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking is verwaterd, dan komt het indirecte verwaterde belang niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in aanmerking. Daarnaast moet het uitsluitend zijn verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking. Hierbij gaat het enkel om de verwatering van een belang van meer dan 5% tot een belang tussen de 0,5% en 5%.<sup>123</sup> Wanneer sprake is van verwatering, maar niet krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking, wordt het belang als beleggingsvermogen aangemerkt. Hierdoor vindt geen toerekening plaats en is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing op dit belang. Tot slot is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit beperkt tot actieve ondernemingen, waardoor op het moment van de verwatering de dochtervennootschap een onderneming dient te drijven.

Dit theoretische kader wordt verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld:<sup>124</sup>

Jaap heeft een 100% belang in de houdstermaatschappij en een 20% indirect belang in de werkmaatschappij. De werkmaatschappij drijft tevens een onderneming.



#### *Nalatenschap Jaap*

Na het overlijden van Jaap vererft 20% van het directe belang in de houdstermaatschappij naar Petra. Het gevolg hiervan is dat Petra een indirect belang van 4% in de werkmaatschappij houdt. In de nalatenschap van Jaap kan Petra een beroep doen op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, omdat Petra een deel van een aanmerkelijk belang in de houdstermaatschappij verkrijgt waaraan de onderneming van de werkmaatschappij op grond van artikel 35c, lid 5, sub a SW 1956 toegerekend kan worden. Het indirecte belang van Jaap bedroeg immers 20%.

#### *Nalatenschap Petra*

Petra heeft twee kinderen, namelijk Bianca en Chris. Wanneer Petra overlijdt, vererven haar kinderen haar belang voor gelijke delen. De verkrijging van het directe belang in de houdstermaatschappij kwalificeert als een verkrijging van ondernemingsvermogen voor de

<sup>123</sup> Dit kan worden afgeleid uit voorbeelden in de parlementaire geschiedenis; *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 16, p. 12.

<sup>124</sup> Dit voorbeeld is afgeleid uit het artikel: D. FLuijt, 'De BOR: indirecte aandachtspunten, direct oppassen!', *KWEP 2016/29*, p. 10.

bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>125</sup> Petra had een aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6. Wet IB 2001 in de houdstermaatschappij en krachtens art. 35c, lid 5, sub b SW 1956 vindt toerekening plaats. Jaap had namelijk een indirect aanmerkelijk belang van 20% en dat belang is door vererving naar Petra verwaterd naar 4%. Daarnaast drijft de werkmaatschappij een onderneming. Doordat aan de cumulatieve voorwaarden is voldaan kan de verkrijging van het directe aanmerkelijke belang door Bianca en Chris kwalificeren als een verkrijging van ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Op dit vermogen kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast.

#### *Nalatenschap Bianca*

Bianca houdt een direct aanmerkelijk belang van 10% in de houdstermaatschappij en een indirect belang van 2% in de werkmaatschappij. Wanneer Bianca overlijdt, gaat haar belang in de houdstermaatschappij over naar haar kinderen Lars en Kim. De kinderen krijgen ieder een direct aanmerkelijk belang van 5% in de houdstermaatschappij en een indirect belang van 1% in de werkmaatschappij. Ook in deze situatie wordt voldaan aan de cumulatieve voorwaarden, waardoor de toerekeningsbepaling van art. 35c, lid 5, sub b SW 1956 van toepassing blijft. Het gevolg hiervan is dat op deze verkrijgingen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is.

Uit dit voorbeeld kan worden afgeleid dat meerdere generaties gebruik kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, ook al is het indirecte belang al meerdere generaties kleiner dan 5%.

### **5.3. Indirecte verwaterde belangen vanaf 2010**

Per 1 januari 2010 is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit herzien en wil de wetgever slechts reële bedrijfsopvolgingen faciliteren. Als gevolg van de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kwam de beleidseis te vervallen en werd aangesloten bij de aanmerkelijkbelangeis.<sup>126</sup> Op grond hiervan moest het belang vanaf 1 januari 2010 minimaal 5% bedragen. Uit de praktijk kwamen echter signalen dat, als de indirecte verwaterde belangen niet onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zouden vallen, dit tot grote problemen voor familiebedrijven zou leiden.<sup>127</sup> Zoals is gebleken uit §5.2 kunnen individuele aandeelhouders snel door de 5%-grens in de werkmaatschappij zakken, wanneer binnen een familiebedrijf verwatering aan de top plaatsvindt. Het gevolg hiervan is dat de erfgenamen of begiftigden van de aandeelhouders met betrekking tot het indirecte belang niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in aanmerking komen. De wetgever kwam de praktijk tegemoet. Hij achtte het niet wenselijk dat vanwege wijzigingen in de privésituatie van de aandeelhouder geen beroep op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kon worden gedaan.<sup>128</sup>

De wetgever gaf aan dat een direct of indirect belang dat is verwaterd, door bijvoorbeeld overgang krachtens huwelijksvermogensrecht, tot grote problemen voor familiebedrijven kan leiden wanneer de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in een dergelijke situatie niet kan worden toegepast.<sup>129</sup> Als gevolg

---

<sup>125</sup> Art. 35c, lid 1, sub c SW 1956.

<sup>126</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45.

<sup>127</sup> Dat de praktijk het signaal heeft afgegeven blijkt uit de parlementaire behandeling: *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.

<sup>128</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.

<sup>129</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.

hiervan werd in de wet een uitzondering op de aanmerkelijkbelangeis opgenomen, namelijk artikel 35c, lid 5, onderdeel b SW 1956. Op grond van dit artikel kunnen de bezittingen en schulden van de werkmaatschappij aan de houdstermaatschappij worden toegerekend, wanneer de erflater of schenker een aanmerkelijk belang heeft in de houdstermaatschappij en een indirect belang heeft in de werkmaatschappij van minder dan 5% doch ten minste 0,5%, mits is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden, zoals deze zijn omschreven in §5.2.

Op het moment van de verwatering dient sprake te zijn van een werkmaatschappij die een onderneming drijft. Op grond hiervan wordt aangenomen dat het indirect gehouden belang oorspronkelijk ondernemingsvermogen heeft gevormd in de zin van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Als op het moment van de verwatering een verkrijging krachtens erfrecht of schenking zou hebben plaatsgevonden, zou door de toerekening van artikel 35c, lid 5, onderdeel a SW 1956 de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op de waarde van dit ondernemingsvermogen van toepassing zijn geweest.<sup>130</sup>

## 5.4. Zienswijzen

Wanneer aan de cumulatieve voorwaarden is voldaan, kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast op indirecte verwaterde belangen. De vraag is of een dergelijke uitzondering gerechtvaardigd kan worden. Allereerst worden de argumenten voor de rechtvaardiging van de uitzondering besproken. Hierbij wordt ingegaan op het standpunt van de wetgever. Vervolgens wordt de invalshoek in de literatuur besproken, waarna deze paragraaf wordt afgesloten met de eigen zienswijze.

### 5.4.1. Rechtvaardiging voor de uitzondering

De wetgever heeft de uitzondering met betrekking tot indirecte verwaterde belangen in de wet opgenomen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat uit de praktijk het signaal kwam dat het tot grote problemen zou leiden voor familiebedrijven, wanneer de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing zou zijn op indirecte verwaterde belangen.<sup>131</sup> Dit signaal was voornamelijk afkomstig van de Vereniging van Familiebedrijven in Nederland. De vereniging vreesde dat vermogen aan de onderneming onttrokken moest worden om de fiscale claim te kunnen betalen bij een schenking door een familieaandeelhouder of door het overlijden van deze aandeelhouder.<sup>132</sup>

Wanneer meerdere personen het directe belang in de houdstermaatschappij vererven of geschonken krijgen, verwatert als gevolg hiervan het indirecte belang in de werkmaatschappij. Het gevolg hiervan is dat de individuele aandeelhouders door de ondergrens van minimaal 5% indirect belang in de werkmaatschappij zakken. De verkrijgers van het belang kunnen hierdoor op grond van schenkings- of erfrecht geen gebruik maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De wetgever achtte een dergelijke situatie ongewenst, als het indirecte belang louter en alleen door wijzigingen in de privésituatie van de aandeelhouder door de grens van 5% zakt.<sup>133</sup> Een voorbeeld van een dergelijke situatie is gegeven in §5.2.

---

<sup>130</sup> *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 13.*

<sup>131</sup> *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.*

<sup>132</sup> T. Mulder, 'Familiebedrijf komt in het nauw door nieuwe erfwet', *Financieel Dagblad* 22 september 2009.

<sup>133</sup> *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.*



### 5.4.2. Kritische invalshoek in de literatuur

In de vorige sub-paragraaf is de gedachtegang van de wetgever beschreven. In deze sub-paragraaf komt aan de orde of het standpunt van de wetgever in de literatuur wordt onderschreven.

Tigelaar-Klootwijk stelt dat, op basis van de doelstelling van de faciliteit om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingbetaling bij de overdrager te voorkomen, het type aanmerkelijk belang van de erflater of schenker niet relevant is.<sup>134</sup> Een specifieke onderbouwing hiervan ontbreekt echter. Zij is van mening dat ook in verwateringssituaties het type aanmerkelijk belang van de overdrager niet van belang is. Tigelaar-Klootwijk stemt daarom in met de keuze van de wetgever om dit type belang onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te brengen.<sup>135</sup>

Van Vijfeijken en Gubbels merken op dat de uitzondering voor indirecte verwaterde belangen niet binnen de uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit past.<sup>136</sup> Het uitgangspunt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het waarborgen van de continuïteit van de onderneming. De vraag is of de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen bij vererving van een indirect belang van 1% van de aandelen, zoals is beschreven in het voorbeeld in §5.2. Meer precies is de vraag of daadwerkelijk zoveel liquide middelen, ter voldoening van de verschuldigde schenk- of erfbelasting, aan de onderneming onttrokken worden dat een liquiditeitsprobleem kan ontstaan en daardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

Hoogwout gaat in op de doelmatigheid van de uitzonderingsbepaling. Hij stelt dat de uitzonderingsbepaling betreffende indirecte verwaterde belangen de eenvoud van de regeling niet ten goede komt.<sup>137</sup> Hij merkt op dat in de situatie van een indirect belang twee criteria van toepassing zijn. Bij een indirect belang van ten minste 5% worden de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij toegerekend aan de holding op grond van de toerekeningsbepaling. Wanneer sprake is van een indirect belang van minder dan 5% maar van ten minste 0,5% moet aan aanvullende voorwaarden zijn voldaan om de toerekeningsbepaling toe te kunnen passen, terwijl een doelstelling van de wetswijziging was om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te vereenvoudigen.<sup>138</sup>

### 5.4.3. Eigen zienswijze

Nu de verschillende zienswijzen beschreven zijn, komt in deze sub-paragraaf mijn zienswijze ten aanzien van het faciliteren van indirecte verwaterde belangen aan bod. Hierbij komen de gevolgen voor de continuïteit van de onderneming, de vraag of sprake is van reële bedrijfsopvolging bij overdracht van indirecte verwaterde belangen, de doelmatigheid van deze regeling en de neutraliteit tussen directe en indirecte verwaterde belangen aan de orde.

De wetgever stelt dat uitzonderingsbepaling betreffende indirecte verwaterde belangen wenselijk is, omdat de faciliteit anders verloren zou gaan in situaties waarbij het indirecte belang enkel door

---

<sup>134</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk, in: *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Fiscale monografieën 141, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 214.

<sup>135</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk, in: *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Fiscale monografieën 141, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 335.

<sup>136</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, in: *Cursus Belastingrecht S&E 11.2.0.D.e*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

<sup>137</sup> T.C. Hoogwout, 'Nr. 79', FTV 2010/5, p. 35.

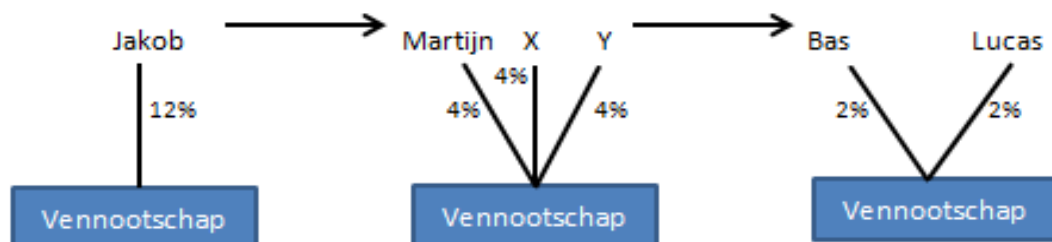
<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 en 5.

veranderingen in de privéomstandigheden van de aandeelhouder niet meer aan de 5%-eis voldoet. Dit kan tot grote problemen bij familiebedrijven leiden.<sup>139</sup> De vraag is of de continuïteit van de onderneming ook daadwerkelijk in gevaar komt. Indien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing zou zijn op indirecte verwaterde belangen, dient over dit belang afgerekend te worden. Om te voldoen aan de verschuldigde erf- of schenkbelasting kunnen liquide middelen aan het ondernemingsvermogen worden onttrokken. Ik ben van mening dat de noodzaak van deze bepaling bij een indirect belang van bijvoorbeeld 1% niet aanwezig is. In dat geval hoeven nauwelijks liquide middelen aan het ondernemingsvermogen te worden onttrokken, waardoor de kans dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt klein is. Ik sluit mij daarom aan bij het standpunt van Van Vijfeijken en Gubbels dat de uitzonderingsbepaling voor verwaterde belangen zich niet goed met de uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit verhoudt.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de overdracht van een indirect verwaterd belang als reële bedrijfsopvolging kan worden beschouwd. Om te kunnen spreken van een reële bedrijfsopvolging dient sprake te zijn van een 'echte' ondernemer. De wetgever heeft aangegeven dat een belastingplichtige met een belang van kleiner dan 5% wordt gezien als een belegger.<sup>140</sup> Een indirect verwaterd belang zakt door de 5%-grens, waardoor het belang aangemerkt dient te worden als een belegging. In dat geval wordt dus geen reële bedrijfsopvolging bewerkstelligd.

Ten aanzien van de doelmatigheid van de regeling sluit ik mij aan bij Hoogwout. De aanvullende voorwaarden die gelden voor indirecte verwaterde belangen maken de regeling complexer. Desalniettemin ben ik van mening dat de aanvullende eisen niet zodanig complex zijn dat de toepassing van de regeling wordt beperkt. De aanvullende voorwaarden zijn duidelijk geformuleerd en vormen geen grote extra administratieve last voor de praktijk, aangezien geen gebruik gemaakt hoeft te worden van complexe rekenformules. Bij de aanvullende voorwaarden dient alleen gekeken te worden naar de 'geschiedenis' van het indirecte verwaterde belang.

Tot slot ga ik voor de volledigheid in op de neutraliteit tussen een direct en indirect gehouden verwaterd belang, ondanks dat dit bij de verschillende zienswijzen niet is behandeld. De uitzonderingsbepaling voor verwaterde belangen geldt alleen voor indirecte belangen en niet voor directe belangen.<sup>141</sup> Dit leidt tot een ongunstigere behandeling van directe belangen. Een voorbeeld verduidelijkt dit.



Jakob houdt 12% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van een actieve vennootschap. Hij besluit aan elk van zijn drie kinderen een belang van 4% te schenken. De zoon van Jakob, Martijn, komt te overlijden en zijn aandelen gaan krachtens erfrecht over op zijn

<sup>139</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 16, p. 12.

<sup>140</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 44.

<sup>141</sup> Artikel 35c, lid 5, sub b SW 1956.

erfgenamen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is hierop niet van toepassing, aangezien de aandelen bij Martijn niet tot het aanmerkelijk belang hebben behoord. De situatie was anders geweest indien Jakob de aandelen in de actieve vennootschap door middel van een houdstermaatschappij had gehouden en aan elk van zijn kinderen 33,3% van de aandelen in de houdstermaatschappij had geschonken. In dat geval kan bij het overlijden van Martijn wel de toerekeningsbepaling ten aanzien van het indirecte verwaterde belang in de actieve vennootschap van toepassing zijn, omdat aan de cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Kortom, het direct houden van aandelen wordt ongunstiger behandeld dan het indirect houden van aandelen ten aanzien van verwaterde belangen. Belastingplichtigen worden hierdoor aangespoord om een holdingstructuur op te zetten.

### **5.5. Toetsing aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit**

In deze paragraaf wordt het indirect verwaterd belang getoetst aan doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Zoals is gebleken uit §2.4 kent de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 de volgende doelstellingen: (1) het waarborgen van de continuïteit van de onderneming, (2) het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolging, (3) het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen en (4) het creëren van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemers.

#### *Het waarborgen van continuïteit*

De uitzonderingsbepaling van artikel 35c, lid 5, sub b SW 1956 brengt met zich mee dat indirecte verwaterde belangen onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kunnen vallen, mits is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden. De vraag of de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk in gevaar komt, moet met 'nee' worden beantwoord. Er is geen noodzaak om bij een indirect verwaterd belang van tussen 0,5% en 5% de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toe te laten passen. In een dergelijk geval hoeven nauwelijks liquide middelen aan het ondernemingsvermogen te worden onttrokken, waardoor geen sprake zal zijn van liquiditeitsproblemen. Het gevolg hiervan is dat de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt. Gesteld kan worden dat deze uitzonderingsbepaling, ten aanzien van deze doelstelling, verder strekt dan noodzakelijk is.

#### *Het bewerkstelligen van een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen*

Ten aanzien van deze doelstelling wordt specifiek gekeken naar de behandeling van directe en indirecte verwaterde belangen. De uitzonderingsbepaling voor verwaterde belangen geldt enkel voor indirecte belangen en niet voor directe belangen. Als sprake is van een direct verwaterd aanmerkelijk belang, blijft de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit achterwege, zoals is gebleken uit het voorbeeld in §5.4.3. De toerekeningsbepaling kan echter van toepassing zijn, wanneer sprake is van een indirect verwaterd belang, waardoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast kan worden. Dit leidt tot een ongunstigere behandeling van directe verwaterde belangen, ten opzichte van indirecte verwaterde belangen. Dit is in strijd met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit om een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen te bewerkstelligen.

#### *Het faciliteren van reële bedrijfsopvolging*

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan van toepassing zijn in situaties, waarin sprake is van een indirect verwaterd belang. Wanneer wordt aangesloten bij de aanmerkelijkbelangeis die de wetgever stelt,

doet deze uitzondering afbreuk aan het principe om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Een houder van een indirect verwaterd belang kan immers niet als ondernemer worden aangemerkt.

#### *Rechtsvormneutraliteit*

De laatste doelstelling is het bereiken van een gelijke behandeling van een IB-ondernemer en een AB-ondernemer. In het onderzoek is gelijke behandeling van IB- en AB-ondernemers niet nadrukkelijk naar voren gekomen. De toetsing aan deze doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt daarom achterwege gelaten.

### **5.6. Tussenconclusie**

Op de behandeling van indirecte belangen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zijn twee uitzonderingen gemaakt. De eerste uitzondering blijkt uit het arrest van de Hoge Raad en is later door de wetgever is gerepareerd. De tweede betreft de indirecte verwaterde belangen, die in dit hoofdstuk zijn behandeld. De praktijk heeft het signaal afgegeven dat familiebedrijven grote problemen kunnen ondervinden, wanneer de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing kan zijn op indirecte verwaterde belangen. Het gevolg van de uitzonderingsbepaling is dat, wanneer aan de cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, een indirect belang van kleiner dan 5% kan kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Vervolgens is onderzocht of de behandeling van indirecte verwaterde belangen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever.

Ten aanzien van de continuïteit van de ondernemingen is de vraag beantwoord in hoeverre zij in gevaar kan komen, aangezien het voornamelijk om extreem kleine belangen gaat. Deze regeling strekt verder dan de uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Een dergelijke uitzonderingsbepaling is niet noodzakelijk om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen, waardoor in strijd wordt gehandeld met deze doelstelling. Daarnaast wordt geen gelijke behandeling van directe en indirecte verwaterde belangen gecreëerd. Op directe verwaterde belangen kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet worden toegepast, terwijl zij wel kan worden toegepast op indirecte verwaterde belangen op grond van de uitzonderingsbepaling. Tevens wordt niet voldaan aan de doelstelling om slechts reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Bij een reële bedrijfsopvolging dient sprake te zijn van een 'echte' ondernemer. Een houder van een indirect verwaterd belang kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toepassen, terwijl hij aangemerkt dient te worden als een belegger. Hierdoor wordt geen reële bedrijfsopvolging bewerkstelligd. Door middel van deze uitzonderingsbepaling wordt in strijd gehandeld met deze doelstelling.

De toetsing aan de gelijke behandeling van een IB-ondernemer en een AB-ondernemer is achterwege gelaten, omdat dit onderwerp tijdens de behandeling niet nadrukkelijk naar voren is gekomen.

De conclusie is dat de behandeling van indirecte verwaterde belangen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever.

## Hoofdstuk 6 Conclusie

De wetgever heeft de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ingevoerd om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen. In 2010 is de SW 1956 gewijzigd en als onderdeel daarvan is ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gewijzigd. Bij deze wijziging heeft de wetgever meerdere doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geformuleerd. Het waarborgen van de continuïteit van de ondernemingen is nog altijd als een van de voornaamste redenen om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de wet op te nemen. De voornaamste doelstelling van de wetswijziging is om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Tevens beoogt de wetgever een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen te creëren en om rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer te bereiken.

In deze scriptie zijn meerdere soorten belangen in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit behandeld, namelijk een indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en een indirect verwaterd belang. Hierbij is onderzocht of deze soorten belangen in overeenstemming zijn met de doelstellingen inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteit die de wetgever heeft geformuleerd. Het onderzoek is uitgevoerd aan de hand van de volgende probleemstelling:

*'In hoeverre zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de SW 1956, aangaande indirect aanmerkelijk belang, preferente aandelen en indirect verwaterd aanmerkelijk belang, in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteit?'*

De onderzoeksresultaten van de drie soorten belangen worden hieronder per soort weergegeven.

### Indirect aanmerkelijk belang

In hoofdstuk 3 is het indirect aanmerkelijk belang in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit behandeld. In beginsel komen alleen indirecte belangen die groter zijn dan 5% in aanmerking voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De Hoge Raad heeft echter beslist dat ook indirecte belangen van kleiner dan 5% in aanmerking kunnen komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Dit is het geval, wanneer de activiteiten van de werkmaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van de houdstermaatschappij, waardoor een klein indirect belang dat de houdstermaatschappij bezit, kan worden aangemerkt als een vermogensbestanddeel dat kwalificeert als ondernemingsvermogen. Dit gebeurt aan de hand van de vermogensetiketteringsregels.

De wetgever heeft direct ingegrepen en reparatiewetgeving ingevoerd, aangezien de mogelijkheid ontstond om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit volledig toe te passen op het beleggingsvermogen. Dit is in strijd met de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De wetswijziging is vormgegeven door een lid toe te voegen aan artikel 35c SW 1956. Het toegevoegde lid luidt: "Tot het vermogen van de onderneming, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam".<sup>142</sup> Door deze wetswijziging wordt de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op een indirect belang van kleiner dan 5% uitgesloten.

---

<sup>142</sup> Artikel 35c, lid 6 SW 1956.

Deze wetwijziging voldoet op meerdere punten aan de doelstellingen van de wetgever. De continuïteit van de onderneming komt niet in gevaar, aangezien het per definitie gaat om uiterst kleine belangen. Als gevolg hiervan dient over een relatief lage waarde afgerekend te worden, waardoor weinig liquide middelen aan het ondernemingsvermogen onttrokken moeten worden. Hierdoor ontstaat geen liquiditeitsprobleem. Een gelijke behandeling van directe en indirecte belangen wordt bewerkstelligd, doordat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in beginsel niet van toepassing is op directe en indirecte belangen van kleiner dan 5%. Daarnaast heeft de wetgever aangegeven dat een belastingplichtige met een belang van kleiner dan 5% wordt aangemerkt als belegger. Door het uitzonderen van een indirect belang van kleiner dan 5% komen enkel ondernemers in aanmerking voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, waardoor de doelstelling om slechts reële bedrijfsopvolging te faciliteren, wordt bereikt.

De doelstelling om rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer te creëren, wordt echter niet bereikt. Kleine indirecte belangen die door een AB-ondernemer worden gehouden, kunnen als gevolg van de wetwijziging niet worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Hierop is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing. Kleine indirecte belangen die door een IB-ondernemer worden gehouden, kunnen door middel van de vermogensetiketteringsregels daarentegen wel worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Hierop kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast.

De toetsingsresultaten worden in het onderstaande schema weergegeven. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de volgende symbolen:

- + → Doelstelling bereikt
- → Doelstelling niet bereikt

Doelstelling	Toetsingsresultaat
Waarborging van de continuïteit van de ondernemingen	+
Het faciliteren van enkel reële bedrijfsopvolgingen	+
Gelijke behandeling van directe en indirecte belangen	+
Het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer	-

#### Preferente aandelen

In hoofdstuk 4 is ingegaan op de behandeling van preferente aandelen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Preferente aandelen worden in beginsel uitgezonderd van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Wanneer wordt voldaan aan aanvullende voorwaarden, kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit echter wel worden toegepast op preferente aandelen.

De behandeling van preferente aandelen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is op meerdere punten niet in lijn met de doelstellingen van de wetgever. De houders van preferente aandelen ontvangen een vast dividend, waardoor geen extra dividenduitkering boven op het vaste dividend kan plaatsvinden. Desondanks kan eventueel een extra dividenduitkering plaatsvinden op de gehouden gewone aandelen, namelijk om de erf- of schenkbelasting te betalen. Het gevolg hiervan is dat wel liquide middelen aan het ondernemingsvermogen kunnen worden onttrokken en daardoor een liquiditeitsprobleem kan ontstaan. Hierdoor komt de continuïteit van de onderneming

in gevaar. Daarnaast voldoen de aanvullende voorwaarden niet aan de doelstelling om enkel reële bedrijfsopdrachten te faciliteren. De aanvullende voorwaarden kunnen reële bedrijfsopvolgingen uitsluiten van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, terwijl niet-reële bedrijfsopvolgingen de faciliteit juist kunnen toepassen.

Gelijke behandeling van directe en indirecte belangen wordt gecreëerd, aangezien de aanvullende voorwaarden ook voor indirecte preferente aandelenbelangen gelden. De toetsing aan de gelijke behandeling van de IB-ondernemer en de AB-ondernemer is achterwege gelaten, omdat zij tijdens de behandeling niet nadrukkelijk naar voren is gekomen. De toetsingsresultaten worden in het onderstaande schema weergegeven. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de volgende symbolen:

- + → Doelstelling bereikt
- → Doelstelling niet bereikt
- X → Niet getoetst aan de doelstelling

Doelstelling	Toetsingsresultaat
Waarborging van de continuïteit van de ondernemingen	-
Het faciliteren van enkel reële bedrijfsopvolgingen	-
Gelijke behandeling van directe en indirecte belangen	+
Het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer	X

#### Indirect verwaterd belang

In hoofdstuk 5 is het indirect verwaterd belang in het licht van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit behandeld. Wanneer wordt voldaan aan aanvullende voorwaarden, kan een indirect verwaterd belang van kleiner dan 5% kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Dit is een uitzondering op de hoofdregel dat alleen indirecte belangen van 5% of meer kunnen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

De uitzonderingsbepaling ten aanzien van een indirect verwaterd belang is niet in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever. De bepaling strekt verder dan de doelstelling om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen, aangezien het voornamelijk om extreem kleine belangen gaat. Als gevolg hiervan hoeven nauwelijks liquide middelen aan de onderneming onttrokken te worden, waardoor geen liquiditeitsproblemen zullen ontstaan. Hierdoor komt de continuïteit van de onderneming niet in gevaar. Daarnaast wordt geen gelijke behandeling van directe en indirecte verwaterde belangen gecreëerd. Directe verwaterde belangen kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet toepassen, terwijl indirecte verwaterde belangen dit wel kunnen op grond van de uitzonderingsbepaling. Tevens wordt niet voldaan aan de doelstelling om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dient sprake te zijn van een 'echte' ondernemer. Hierdoor moet een indirect verwaterd belang uitgesloten worden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, omdat sprake is van een belegger.



De toetsing aan de gelijke behandeling van een IB-ondernemer en een AB-ondernemer is achterwege gelaten, aangezien deze tijdens de behandeling niet nadrukkelijk naar voren is gekomen. De toetsingsresultaten worden in het onderstaande schema weergegeven. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de volgende symbolen:

- + → Doelstelling bereikt
- → Doelstelling niet bereikt
- X → Niet getoetst aan de doelstelling

Doelstelling	Toetsingsresultaat
Waarborging van de continuïteit van de ondernemingen	-
Het faciliteren van enkel reële bedrijfsopvolgingen	-
Gelijke behandeling van directe en indirecte belangen	-
Het bereiken van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer	X

*Is een hervorming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit noodzakelijk?*

Op basis van de onderzoeksresultaten ben ik van mening dat een algehele herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet noodzakelijk is. Hoewel in geen enkel geval alle doelstellingen worden bereikt, is herziening van de regels ten aanzien van het indirecte belang niet noodzakelijk. Drie van de vier doelstellingen worden bereikt, waaronder de belangrijkste twee, namelijk om de continuïteit van de ondernemingen te waarborgen en om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Het niet bewerkstelligen van rechtsvormneutraliteit tussen de IB-ondernemer en de AB-ondernemer, kan mijns inziens gerechtvaardigd worden. Als op kleine indirecte belangen die een AB-ondernemer houdt de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast kan worden, heeft dit tot gevolg dat niet langer enkel reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Bij een reële bedrijfsopvolging moet immers sprake zijn van een ‘echte’ ondernemer. Een houder van een belang van kleiner dan 5% kan niet worden aangemerkt als een ondernemer, waardoor geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging. In dat geval wordt dus een van de voornaamste doelstellingen niet bereikt. Daarnaast betekent het uitsluiten van kleine indirecte belangen van een IB-ondernemer voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, dat ten aanzien van de vermogensetiketteringsregels een uitzonderingsbepaling opgenomen dient te worden. Dit maakt echter inbreuk op de economische realiteit, omdat het aandelenbezit in het verlengde kan liggen van de ondernemingsactiviteiten. Het aandelenpakket dient daarom op grond van de vermogensetiketteringsregels gekwalificeerd te worden als ondernemingsvermogen.

Een herziening van de aanvullende voorwaarden ten aanzien van preferente aandelen acht ik wel noodzakelijk. De aanvullende voorwaarden dienen ervoor te zorgen dat ondernemers, die als doel hebben om een reële bedrijfsopvolging te bewerkstelligen, aanspraak kunnen maken op de faciliteit. Geen enkele voorwaarde voorziet hier echter in. Mijns inziens kunnen de aanvullende voorwaarden worden geschrapt en dient per geval te worden bepaald of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan worden toegepast aan de hand van de hardheidsclausule. Deze bepaling ziet op gevallen, waarin de toepassing van de wet leidt tot onvoorziene of onbedoelde gevolgen. De beoordeling of een beroep



op de hardheidsclausule slaagt, is in handen van de staatssecretaris.<sup>143</sup> Ik ben mij ervan bewust dat dit een grote administratieve last met zich meebrengt, maar tegelijkertijd ben ik van mening dat door middel van deze clausule per situatie goed beoordeeld kan worden of een reële bedrijfsopvolging wordt gefaciliteerd.

Tot slot is ook ten aanzien van een indirect verwaterd belang herziening noodzakelijk, aangezien geen enkele doelstelling wordt bereikt. Het waarborgen van de continuïteit van de onderneming was de voornaamste reden van de wetgever om de uitzonderingsbepaling in de wet op te nemen. Uit het onderzoek is echter gebleken dat de continuïteit van de onderneming niet in gevaar kan komen, omdat het om uiterst kleine belangen gaat. Daarnaast moet een houder van een belang van kleiner dan 5% aangemerkt worden als een belegger. Op basis hiervan dient een indirect verwaterd belang, waarbij sprake is van een belang van tussen 0,5% en 5%, uitgezonderd te worden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Deze uitzonderingsfaciliteit strekt verder dan de doelstellingen. Hierdoor acht ik een dergelijke bepaling overbodig en niet noodzakelijk.

#### Beantwoording van de onderzoeksvraag

De conclusie is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ten aanzien van indirecte aanmerkelijke belangen op de meeste punten in overeenstemming is met de doelstellingen van de wetgever. Aangaande preferente aandelen en een indirect verwaterd belang is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever.

---

<sup>143</sup> De Blicke e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 96.

## Literatuurlijst

### Artikelen

#### **Adriaansens & Rozendal 2014**

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

#### **Albert 2017**

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

#### **Beer 2009**

A.M.A. de Beer, 'Notitie 'Fiscale positie van directeur-groootaandeelhouder': wat gaat er veranderen?', MBB 2009/09.

#### **Beer 2015**

A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', WFR 2015/1353.

#### **Boer 2016**

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

#### **Burgerhart & Hoogwout 2017**

W. Burgerhart & T.C. Hoogwout, NDFR-commentaar bij artikel 35c SW 1956, [www.ndfr.nl](http://www.ndfr.nl).

#### **Fluijt 2016**

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

#### **Gijlswijk 2010**

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

#### **Gubbels 2016**

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

#### **Heithuis 2010**

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

#### **Hoogwout 2010**

T.C. Hoogwout, 'Nr. 79', FTV 2010/5.

#### **Kemp 2015**

B. Kemp, 'Aandeelhoudersverantwoordelijkheid', VDHI 2015/10.3.3.

#### **Kroon 2010**

M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2010/1110.

#### **Mulder 2009**

T. Mulder, 'Familiebedrijf komt in het nauw door nieuwe erfwet', Financieel Dagblad 22 september 2009.

**Stevens 2010**

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

**Wijkerslooth-Lhoëst 2009**

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

**Boeken****De Blicck e.a. 2017**

De Blicck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Dijksta & Meussen 2018**

Dijkstra & Meussen, *Wet Inkomstenbelasting 2001*, Den Haag: SDU, Editie 2018.

**Kempen 2018**

M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, digitale editie, actueel tot en met 08-03-2019.

**Tigelaar-Klootwijk 2013**

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Fiscale monografieën 141, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

**Van Doesum e.a. 2018**

Van Doesum e.a., *Inleiding belastingheffing ondernemingen en particulieren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

**Van Vijfeijken & Gubbels 2017**

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Parlementaire stukken**

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

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

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

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

*Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10.

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

*Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 16.

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

*Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 8.

*Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9.

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

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

*Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 20.*

*Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 3.*

*Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 7.*

### **Besluiten**

Besluit staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, Stcrt. 2007, 202.

Besluit staatssecretaris van Financiën van 4 april 2010, nr. BLKB2011/68M, Stcrt. 2011, 6416.

### **Brieven**

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

### **Jurisprudentie**

Hoge Raad 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272.

Hoge Raad 9 juli 2010, nr. 08/05311, BNB 2010/286.

Hoge Raad 25 maart 2016, nr. 14/06280, BNB 2016/110.

Hoge Raad 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167.

### **Overig**

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