

# Aanmerkelijkbelangaandelen binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Een onderzoek naar het onderscheid in behandeling van de verschillende vormen van (aanmerkelijk) aandelenbelang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Naam	M.A.G. Verhagen
Studentnummer	1256367
ANR	371829
Begeleiders	mr. dr. M.J. Hoogeveen mr. A.M.A. De Beer
Tweede lezer	prof. dr. P. Essers
Studie	master fiscaal recht
Datum	5 juni 2019

## **Voorwoord**

De scriptie die voor u ligt, vormt niet enkel het sluitstuk van mijn studie Fiscaal Recht, maar tevens het sluitstuk van een lange klim. Twaalf jaar geleden begon ik op vmbo-t en destijds dacht ik enkel te kunnen dromen over het behalen van een meestersdiploma. Ik ben dan ook ontzettend trots dat ik na mijn verdediging op 5 juni 2019 eindelijk mag zeggen dat ik een meestersdiploma op zak heb.

Natuurlijk had ik deze lange weg nooit alleen kunnen afleggen. Daarom wil ik graag van deze gelegenheid gebruik maken om een aantal mensen te bedanken. Allereerst wil ik graag mijn ouders, vriendin, vrienden en familie bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun. Ook wil ik mijn collega's bedanken voor hun steun in de laatste fase van mijn studie. Daarnaast wil ik graag de heer De Beer en mevrouw Hoogeveen bedanken voor de begeleiding bij het schrijven van mijn scriptie.

Ten slotte bedank ik de heer Essers dat hij met mijn begeleiders plaatsneemt in de examencommissie.

Veel plezier bij en mijn dank voor het lezen van mijn scriptie!

Berlicum, mei 2019

M.A.G. (Mark) Verhagen

## **Samenvatting**

Met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die in deze scriptie centraal staan, wil de wetgever voorkomen dat in situaties waarin in het kader van een reële bedrijfsoverdracht aanmerkelijkbelangaandelen vererven of worden geschonken, door heffing van inkomstenbelasting en schenk- of erfbelasting een liquiditeitsprobleem ontstaat die de continuïteit van een onderneming in gevaar kan brengen. De vraag die in deze scriptie centraal staat, is of het onderscheid in behandeling van de verschillende vormen van (aanmerkelijk) aandelenbelang in lijn is met de hiervoor genoemde doelstelling.

De verschillende vormen van (aanmerkelijk) aandelenbelang zouden slechts onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten vallen, indien bij de overdracht van een dergelijk belang 1) sprake is van een reële bedrijfsoverdracht én 2) daarbij een liquiditeitsprobleem als gevolg van belastingheffing aan de orde is. Uit het onderzoek blijkt dat verschillende vormen van (aanmerkelijk) aandelenbelang, ten aanzien waarvan niet aan voornoemde criteria is voldaan, wel onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen en vergelijkbare vormen van (aanmerkelijk) aandelenbelang niet. Dit onderscheid in behandeling blijkt niet in lijn te zijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

## **Inhoudsopgave**

Hoofdstuk 1 Inleiding	5
Paragraaf 1.1 Aanleiding	5
Paragraaf 1.2 Probleemstelling en toetsingskader	8
Paragraaf 1.3 Opzetverantwoording	10
Hoofdstuk 2 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	12
Paragraaf 2.1 De wettelijke bepalingen en fiscale gevolgen	13
Paragraaf 2.1.1 De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001	13
Paragraaf 2.1.2 De voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956	15
Paragraaf 2.2 Doelstelling(en) van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	16
Paragraaf 2.2.1 De voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956	16
Paragraaf 2.2.2 De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001	17
Paragraaf 2.2.3 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: één doelstelling	18
Hoofdstuk 3 Het echt aanmerkelijk belang	19
Paragraaf 3.1 In de aanmerkelijkbelangregeling	19
Paragraaf 3.2 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	20
Paragraaf 3.3 Tussenconclusie	23
Hoofdstuk 4 De verschillende vormen van aanmerkelijk belang	24
Paragraaf 4.1 Het meesleep-aanmerkelijk belang	25
Paragraaf 4.1.1 In de aanmerkelijkbelangregeling	25
Paragraaf 4.1.2 Bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	25
Paragraaf 4.2 Fictief aanmerkelijk belang	26
Paragraaf 4.2.1 In de aanmerkelijkbelangregeling	26
Paragraaf 4.2.2 Bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	27
Paragraaf 4.3 Indirect gehouden belangen	29
Paragraaf 4.4 Preferente aandelen	33
Paragraaf 4.4.1 Preferente aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling	33
Paragraaf 4.4.2 Preferente aandelen bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	34
Paragraaf 4.5 Meetrek-aanmerkelijk belang	36
Paragraaf 4.5.1 In de aanmerkelijkbelangregeling	36
Paragraaf 4.5.2 Bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	37
Paragraaf 4.6 Een vergelijking van de verschillende vormen van (aanmerkelijk) belang	38
Paragraaf 4.7 Tussenconclusie	42
Hoofdstuk 5 Aanbevelingen	43
Paragraaf 5.1 Het 5%-criterium of het opgerekt ondernemer-criterium?	44
Paragraaf 5.2 Een ondernemer-criterium waarbij ook de verkrijger centraal staat	44

Hoofdstuk 6 Samenvatting en conclusie	46
Literatuurlijst, kamerstukken, beleidsbesluiten en jurisprudentieoverzicht	50

## **Hoofdstuk 1 Inleiding**

### **Paragraaf 1.1 Aanleiding**

#### *Inleiding*

Iedere ondernemer krijgt er op den duur mee te maken: overdracht of liquidatie van de onderneming. Wil men liquidatie voorkomen, dan is bedrijfsopvolging onvermijdelijk. De een draagt de onderneming tijdens leven over, de ander blijft ondernemer tot de dood en sterft in het harnas. Aan een bedrijfsopvolging zijn vaak fiscale gevolgen verbonden.

Worden in het kader van een bedrijfsopvolging aandelen die behoren tot een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 e.v. Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) in een vennootschap die een onderneming drijft, (gedeeltelijk) geschonken of vererven de aandelen bij overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder, dan is in beginsel heffing van inkomstenbelasting en schenk- of erfbelasting aan de orde. De wetgever acht belastingheffing in die situaties ongewenst, omdat deze de continuïteit van een rendabele onderneming in gevaar zou kunnen brengen. Daarom kennen de Wet IB 2001 en de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) verschillende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.<sup>1</sup> Het betreffen hier de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten opgenomen in de artikelen 4.17a Wet IB 2001 (overgang aandelen krachtens erfrecht), 4.17c Wet IB 2001 (overgang aandelen krachtens schenking) respectievelijk 35b e.v. SW 1956 (verkrijging krachtens erfrecht of schenking).

#### *Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: hoofdlijnen*

Aan toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn uiteraard voorwaarden verbonden.

De voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 zijn in hoofdlijnen als volgt:

- de aanmerkelijkbelangaandelen behoren bij de erflater of schenker niet tot een meetrek-aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.10 Wet IB 2001;
- de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben, drijft een onderneming;
- de verkregen aandelen of winstbewijzen mogen als gevolg van de vererving of schenking geen deel gaan uitmaken van het vermogen van een voor rekening van de verkrijger gedreven onderneming en niet tot het vermogen van een werkzaamheid (resultaat uit overige werkzaamheden) van hem gaan behoren, en
- de verkrijger moet bij een overdracht krachtens schenking reeds gedurende de 36 maanden die voorafgaan aan de schenking in dienstbetrekking zijn van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben (dienstbetrekkingseis).

---

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 (MvT).*

De voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956, zijn in hoofdlijnen:

- de aandelen behoorden bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van een meetrek-aanmerkelijk belang;
- de vennootschap waarop dat belang betrekking heeft, drijft een onderneming;
- de erflater of schenker voldoet voorafgaand aan de vererving of schenking met betrekking tot de over te dragen aandelen aan de bezitstermijn van één jaar respectievelijk vijf jaren (bezitseis);
- het lichaam waarop die aandelen betrekking hebben dreef gedurende die periodes van één jaar respectievelijk vijf jaren een onderneming of bezat een medegerechtigdheid gedurende die periodes (bezitseis);
- de verkrijger voldoet aan een voortzettingstermijn van vijf jaren (voortzettingsvereiste), en
- het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben, houdt niet binnen vijf jaar op uit de onderneming of de medegerechtigdheid winst te genieten (voortzettingsvereiste).

*Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: niet alle ab-aandelen kwalificeren*

Voor toepassing van de faciliteiten is (bovendien) onderscheid gemaakt tussen verschillende vormen van aanmerkelijk belang.

Voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956 is de behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang als volgt:

- Op een echt aanmerkelijk belang, een meesleep-aanmerkelijk belang en een fictief aanmerkelijk belang kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956 van toepassing zijn.
- Op een meetrek-aanmerkelijk belang zijn de faciliteiten nooit van toepassing. Oorspronkelijk was een fictief aanmerkelijk belang evenals een meetrek-aanmerkelijk belang uitgesloten voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten omdat meetrek- en fictief aanmerkelijkbelanghouders volgens de wetgever niet te vergelijken waren met IB-ondernemers<sup>2,3</sup>. Tijdens de parlementaire behandeling is de wetgever daarop teruggekomen ten aanzien van de fictief aanmerkelijkbelanghouders, omdat een fictief aanmerkelijk belang is ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang en afrekening over die aandelen zou leiden tot liquiditeitsproblemen.<sup>4</sup>
- Preferente aandelen vallen in beginsel buiten de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, tenzij aan aanvullende voorwaarden is voldaan. De wetgever heeft voor deze behandeling gekozen

---

<sup>2</sup> Met ondernemer bedoel ik steeds een ondernemer voor de aanmerkelijkbelangregeling, tenzij ik expliciet vermeld dat ik een IB-ondernemer bedoel.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 2, p. 12 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44 (MvT).*

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44 (MvT) en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20-21.*

omdat hij de preferente aandeelhouder niet aanmerkt als ondernemer.<sup>5</sup> De aanvullende voorwaarden komen erop neer dat de preferente aandelen moeten zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Slechts dan kan de preferente aandeelhouder zijn preferente aandelen gefacilieerd overdragen.<sup>6</sup>

Dit onderzoek richt zich op de (uiteenlopende) behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang voor de toepassing van de faciliteiten. Afgezien van (de toepassing van) de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001, worden deze vormen van (aanmerkelijk) belang hetzelfde behandeld binnen de aanmerkelijkbelangregeling.

Naast de behandeling van de voornoemde vormen van aanmerkelijk belang, komt de behandeling van het indirect gehouden aanmerkelijk belang aan bod. De bezittingen en schulden van het lichaam waarin de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang heeft, worden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toegerekend aan het lichaam waarin de erflater of schenker een direct aanmerkelijk belang heeft (toerekeningsfictie). Wil men een indirect gehouden aanmerkelijk belang met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten overdragen, dan is in beginsel overdracht met het direct gehouden aanmerkelijk belang vereist. De staatssecretaris heeft echter goedgekeurd dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 ook van toepassing kan zijn bij een schenking 'onderlangs'.<sup>7</sup> Van een dergelijke schenking is sprake als een lichaam waarin een direct aanmerkelijk belang wordt gehouden, op verzoek van haar aanmerkelijkbelanghouder aandelen in een ander lichaam overdraagt aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon, tegen een tegenprestatie lager dan de waarde in het economische verkeer. De aanmerkelijkbelanghouder hoeft zijn direct gehouden aanmerkelijk belang dus niet over te dragen om een indirect gehouden aanmerkelijk belang te kunnen overdragen met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956. Voornoemde goedkeuring geldt niet voor de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001. De wetgever heeft in artikel 25 lid 11 juncto artikel 28 lid 2 Invorderingswet 1990 een regeling opgenomen op basis waarvan tien jaar renteloos uitstel van betaling kan worden verleend voor de inkomstenbelasting welke ter zake van een schenking 'onderlangs' verschuldigd is.

Ook een indirect gehouden belang dat kleiner is dan 5% en dat dus geen indirect aanmerkelijk belang is, kan op basis van de toerekeningsfictie onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen. Een dergelijk belang moet dan wel aan de aanvullende voorwaarden voldoen dat het ten minste een 0,5%-belang betreft, dat deze bij de rechtsvoorganger van de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd én dat dit belang is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking. De wetgever heeft, ondanks dat de houders van indirect gehouden belangen van

---

<sup>5</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43 (MvT).

<sup>6</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43 (MvT).

<sup>7</sup> Besluit van 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8.



kleiner dan 5% niet kunnen worden aangemerkt als ondernemer, gekozen voor deze behandeling, omdat belastingheffing bij de overdracht van deze belangen tot liquiditeitsproblemen zou kunnen leiden. Tijdens het wetgevingsproces van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft de wetgever als uitgangspunt geformuleerd dat in de bedrijfsopvolgingswetgeving zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden aandelen.<sup>8</sup> De voorwaarden voor indirecte belangen van kleiner dan 5% zijn daarentegen, zo blijkt uit het voorgaande, zwaarder vergeleken met een fictief aanmerkelijk belang, dat geen indirect maar een direct gehouden belang van kleiner dan 5% is. Dat is niet in lijn met het voornoemde uitgangspunt.

Het voorgaande levert het volgende overzicht op:

Vorm aanmerkelijk belang	Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing?
Echt aanmerkelijk belang	Ja
Meesleep-aanmerkelijk belang	Ja
Meetrek-aanmerkelijk belang	Nee
Fictief aanmerkelijk belang	Ja
Preferente aandelen	Nee, tenzij ontstaan in het kader van gefaseerde bedrijfsopvolging
Indirect gehouden belang, $\geq 5\%$	Ja, mits overgedragen met direct gehouden aanmerkelijk belang
Indirect gehouden belang, $0,5\% \geq 4,99\%$	Nee, tenzij het bij rechtsvoorganger van erflater of schenker een echt aanmerkelijk belang was dat is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking

### **Paragraaf 1.2 Probleemstelling en toetsingskader**

De doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956 is het voorkomen dat bij reële bedrijfsoverdracht door belastingheffing een liquiditeitsprobleem ontstaat die de economische bedrijvigheid in gevaar brengt (continuïteitsgedachte).<sup>9</sup> Het is daarom van belang dat de faciliteiten uitsluitend van toepassing zijn ten aanzien van bepaalde vormen van aanmerkelijk belang indien dat in overeenstemming is met de doelstelling van de faciliteiten. Voor bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is dus pas plaats indien (1) sprake is van een reële bedrijfsoverdracht en (2) de continuïteit in gedrang kan komen. Daarbij speelt ook nog eens het royale karakter van de faciliteit. Indien sprake is van een ondeugdelijke rechtsgrond kan een spanning ontstaan met de verkrijger van beleggingsvermogen die geen toegang heeft tot de faciliteiten. In de literatuur is gewezen op de spanning van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 met het gelijkheidsbeginsel.<sup>10</sup> De Hoge Raad heeft daarentegen in 2013 geoordeeld dat de

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3, 5 en 6 (MvT).

<sup>10</sup> Van Vijfeijken en Gubbels 2018, p. 268 en Hoogeveen 2011, hoofdstuk 9.

bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 niet in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel.<sup>11</sup> Daarmee is echter niet gezegd dat de regeling op deugdelijke gronden is gebaseerd.

Gelet op de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft de wetgever ten aanzien van preferente aandelen en indirect gehouden belangen van kleiner dan 5% aanvullende voorwaarden gesteld voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, en meetrek-aanmerkelijk belangen geheel van de faciliteiten uitgesloten. In de literatuur wordt regelmatig kritiek geuit op de wijze waarop de verschillende vormen van aanmerkelijk belang worden behandeld. Zo stellen bijvoorbeeld De Beer en De Wijkerslooth-Lhoëst en Dijkstra het onderscheid in behandeling tussen het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang ter discussie.<sup>12</sup> Een ander voorbeeld is dat Hoogeveen en Lindenhof stellen dat het fictief aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belangen van kleiner dan 5% gelijk moeten worden behandeld, hetgeen thans niet gebeurt.<sup>13</sup>

In deze scriptie onderzoek ik daarom of het onderscheid in behandeling van verschillende vormen van aanmerkelijk belang in overeenstemming is met de doelstelling van de faciliteiten.

De probleemstelling van deze scriptie is derhalve als volgt:

*“Is het onderscheid in behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de IB en SW in lijn met de doelstelling ervan? Zo nee, welke maatregelen zou de wetgever dan moeten treffen om de faciliteiten hiermee in overeenstemming te brengen?”*

Een onderscheid in behandeling is slechts in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als er, beoordeeld in het licht van die doelstelling sprake is van ongelijke gevallen. Als de verschillende vormen van aanmerkelijk belang in het licht van de doelstelling van de faciliteiten geen relevante verschillende eigenschappen hebben, is een onderscheid in behandeling niet in lijn met de doelstelling van de faciliteiten. Om bovenstaande vraag te kunnen beantwoorden, is daarom allereerst de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van belang. Uit die doelstelling (ik verwijs naar de eerste volzin van paragraaf 1.2) leid ik een tweetal toetsingscriteria af:

- een *reële bedrijfsoverdracht-criterium* en;
- een *liquiditeitsprobleem-criterium*.

De behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toets ik aan deze criteria. Ik stel dus steeds de vraag of bij de overdracht van een bepaald vorm van aanmerkelijk belang gesproken kan worden van een reële bedrijfsoverdracht en of bij de overdracht van een dergelijk belang een (mogelijk)

---

<sup>11</sup> HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR: 2013:1206.

<sup>12</sup> De Beer 2010, De Wijkerslooth-Lhoëst 2010 en Dijkstra 2010.

<sup>13</sup> Hoogeveen en Lindenhof 2017.

liquiditeitsprobleem aan de orde is. Antwoorden zoek ik met name in parlementaire geschiedenis en in de literatuur.

Ter beantwoording van de probleemstelling, dient antwoord te worden gegeven op de volgende deelvragen:

1. *Welke doelstelling streeft de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten na?*
2. *Waarom heeft de wetgever voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling het meesleep-aanmerkelijk belang, meetrek-aanmerkelijk belang en fictief aanmerkelijk belang hetzelfde willen behandelen als een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001?*
3. *Hoe worden het preferente aandelenbelang en het indirect gehouden aandelenbelang behandeld voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en waarom?*
4. *Hoe worden het meesleep-aanmerkelijk belang, het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang behandeld voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en waarom?*
5. *Hoe dient de wetgever het onderscheid in behandeling van verschillende vormen van aanmerkelijk belang, voor zover dit onderscheid niet in lijn met de doelstelling van de faciliteiten is, weg te nemen?*

### **Paragraaf 1.3 Opzetverantwoording**

In hoofdstuk 2 worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten nader uiteengezet. Daarbij ga ik in op de wettelijke bepalingen, de fiscale gevolgen van de faciliteiten en de met de faciliteiten nagestreefde doelstelling. De eerste deelvraag wordt daarmee beantwoord. Dit is van belang, omdat het toetsingskader van dit onderzoek wordt gevormd door de met de faciliteiten nagestreefde doelstelling. Zoals ik in paragraaf 1.2 aangaf, wordt aan de hand van aan deze doelstelling ontleende toetsingscriteria beoordeeld of het onderscheid in behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in lijn is met die doelstelling.

In hoofdstuk 3 zet ik uiteen waarom de wetgever alle aandelen (behalve preferente aandelen) die behoren tot belangen die aan het 5%-criterium voldoen, onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft gebracht. Daarmee wordt de gedachtegang van de wetgever duidelijk. Zo wordt onder andere duidelijk(er) wat de wetgever onder een reële bedrijfsoverdracht verstaat en wanneer volgens hem een liquiditeitsprobleem aan de orde is.

Vervolgens onderzoek ik in hoofdstuk 4 ten aanzien van het preferente aandelenbelang, het indirect gehouden aandelenbelang, het meesleep-aanmerkelijk belang, het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang waarom deze voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling hetzelfde worden behandeld als een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001. Daarmee wordt de tweede deelvraag beantwoord.

Daarnaast onderzoek ik in hoofdstuk 4 hoe de verschillende vormen van aanmerkelijk belang worden behandeld voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zodat ook de derde en vierde deelvraag worden beantwoord.

Ik sluit hoofdstuk 4 af met een antwoord op de onderzoeksvraag. Aan de hand van de antwoorden op de eerste vier deelvragen kan ik antwoord geven op de onderzoeksvraag of een onderscheid in behandeling van verschillende vormen van aanmerkelijk belang in overeenstemming is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Zoals aangegeven, kan die vraag bevestigend worden beantwoord ten aanzien van vormen van aanmerkelijk belang die, in het licht van de doelstelling van de faciliteiten, op relevante punten verschillen.

Vervolgens geef ik in hoofdstuk 5 aanbevelingen over hoe de wetgever een eventueel onderscheid in behandeling, dat niet in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, het beste kan wegnemen. De wijze waarop de wetgever een dergelijk onderscheid wegneemt, zou immers bepalen in hoeverre tot een behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt gekomen, welke wel in lijn is met de doelstelling van die faciliteiten. Hiermee wordt ook de vijfde deelvraag beantwoord.

Deze scriptie eindigt in hoofdstuk 6 met een samenvatting en een conclusie.

## Hoofdstuk 2 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956 streeft de wetgever – zoals in paragraaf 2.2 zal blijken – dezelfde doelstelling(en) na. De wetgever heeft daarom (mijns inziens) logischerwijs geprobeerd de faciliteiten zoveel mogelijk uniform vorm te geven om te voorkomen dat in een specifiek geval een doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 wel van toepassing is en de vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956 niet én om administratieve lasten zoveel mogelijk te beperken. Dit blijkt onder andere uit de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 32 129:<sup>14</sup>

“Om zoveel mogelijk eenduidigheid in wetgeving te bereiken en daarmee te voorkomen dat bij een schenking van ab-aandelen de doorschuifregeling wel van toepassing is en de faciliteiten in de Successiewet 1956 niet, laat het kabinet de definitie van een reële bedrijfsopvolging zoveel mogelijk aansluiten bij de voorstellen die daartoe zijn gedaan in het wetsvoorstel tot Wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten (hierna: wetsvoorstel wijziging Successiewet). Dit betekent bijvoorbeeld dat voor de materiële ondernemingstoets wordt aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip, zodat de doorschuifregeling ook rechtsvormneutraal zal zijn. (...) Met de aansluiting bij het wetsvoorstel wijziging Successiewet wordt bereikt dat verdere administratieve lasten zo veel mogelijk worden beperkt. Ook komt dit de eenvoud ten goede.”

Hoewel de wetgever heeft geprobeerd de doorschuiffaciliteiten enerzijds en de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit anderzijds zoveel mogelijk uniform vorm te geven, heeft hij uiteenlopende voorwaarden aan de faciliteiten verbonden. Redenen hiervoor zijn gelegen in het verschil in aard van de faciliteiten.<sup>15</sup> Bij toepassing van de doorschuiffaciliteiten wordt een belastingclaim doorgeschoven en bij toepassing van de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit gaat een belastingclaim verloren. Daarom zijn de voorwaarden die aan toepassing van de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit worden gesteld, zwaarder. Zo wordt met de in paragraaf 1.1 genoemde bezitseis beoogd te voorkomen dat belast vermogen in het zicht van vererving of schenking wordt omgezet in (deels) van schenk- of erfbelasting vrijgesteld vermogen.<sup>16</sup> Met de in paragraaf 1.1 genoemde voortzettingseis wordt voorkomen dat de onderneming wordt gestaakt of vervreemd, nadat van de vrijstelling is gebruikgemaakt.<sup>17</sup>

In dit hoofdstuk bespreek ik de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op hoofdlijnen. Daarbij maak ik onderscheid tussen de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 enerzijds en de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956 anderzijds. Na inhoudelijke bespreking van de wettelijke bepalingen en hun fiscale gevolgen, zet ik de met de faciliteiten nagestreefde doelstelling(en) uiteen.

---

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 5.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 9.

<sup>16</sup> Van Vijfeijken en Gubbels 2018, p. 291.

<sup>17</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 9 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 4.

## **Paragraaf 2.1 De wettelijke bepalingen en fiscale gevolgen**

### **Paragraaf 2.1.1 De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001**

Indien een belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft op basis van afdeling 4.3 Wet IB 2001 wordt, indien deze belastingplichtige zijn vermogensbestanddelen/aandelen die behoren tot dat aanmerkelijk belang (geheel of gedeeltelijk) vervreemdt, een vervreemdingsvoordeel in aanmerking genomen op basis van artikel 4.12 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

Een vervreemding is iedere rechtshandeling waardoor de aandeelhouder (in) aandelen of winstbewijzen (besloten liggende rechten) uit zijn vermogen doet overgaan in het vermogen van een ander.<sup>18</sup> Een schenking van aandelen is een vervreemding. Bij vererving van aandelen ligt het anders, want overlijden is geen rechtshandeling. In artikel 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 is echter een vervreemdingsfictie opgenomen, op grond waarvan de overgang van aandelen krachtens erfrecht (“onder algemene titel alsmede onder bijzondere titel”) toch als vervreemding wordt aangemerkt. Voorkomen wordt daarmee dat de aanmerkelijkbelangbelastingclaim op de erflater verloren gaat.

Indien aandelen vererven of worden geschonken, wordt dus – behoudens in geval van toepassing van de doorschuifregeling – bij de erflater of schenker (hierna: (de) vervreemder) een vervreemdingsvoordeel in aanmerking genomen. Dat vervreemdingsvoordeel wordt – conform artikel 4.19 lid 1 Wet IB 2001 – gesteld op de overdrachtsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. Omdat bij vererving of schenking<sup>19</sup> een tegenprestatie ontbreekt of is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst, wordt de tegenprestatie op basis van artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001 gesteld op de waarde in het economische verkeer van de aandelen (hierna: WEV). Over het verschil tussen de WEV en de verkrijgingsprijs (het vervreemdingsvoordeel) is de vervreemder 25% belasting verschuldigd.<sup>20</sup>

Indien aan bepaalde – nader te bespreken – voorwaarden wordt voldaan, is een beroep op een doorschuiffaciliteit mogelijk. Zo wordt op basis van artikel 4.17a lid 1 Wet IB 2001 de overgang krachtens erfrecht onder algemene titel of onder bijzondere titel op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden niet als vervreemding aangemerkt, voor het deel van de overdrachtsprijs dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben. Op basis van artikel 4.17c lid 1 Wet IB 2001 geldt hetzelfde bij de overdracht tijdens leven waarbij artikel 4.22 Wet IB 2001 toepassing vindt.

---

<sup>18</sup> HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123.

<sup>19</sup> In deze scriptie wordt onder schenking tevens een gift begrepen. Bij een schenking wordt om niet overgedragen, bij een gift tegen tegenprestatie die lager is dan de waarde in het economische verkeer (zie Albregtse 2018, p. 1049).

<sup>20</sup> Artikel 2.12 Wet IB 2001.

Voorwaarden die voor toepassing van beide faciliteiten worden gesteld, zijn:

1. de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben, drijft een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of houdt een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 dat aan additionele voorwaarden voldoet;<sup>21</sup>
2. *de aandelen of winstbewijzen behoren bij de vervreemder niet tot een aanmerkelijk belang ex artikel 4.10 Wet IB 2001;*
3. de verkrijger is binnenlands belastingplichtig en de verkregen aandelen of winstbewijzen gaan geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het vermogen van een werkzaamheid (resultaat uit overige werkzaamheden) van hem behoren.

Voor toepassing van de doorschuiffaciliteit bij vererving ex artikel 4.17a Wet IB 2001 wordt in lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 de voorwaarde gesteld dat in geval van een overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel, deze plaatsvindt binnen twee jaar na het overlijden. Voor toepassing van de doorschuiffaciliteit bij schenking ex artikel 4.17c Wet IB 2001 wordt in lid 1 onderdeel d de voorwaarde gesteld dat de verkrijger reeds gedurende 36 maanden (onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van de schenking) in dienstbetrekking is van de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben.

Zoals ik reeds heb opgemerkt, wordt - indien aan bovenstaande voorwaarden is voldaan - geen vervreemdingsvoordeel in aanmerking genomen voor het deel van de overdrachtprijs (WEV) dat toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen. Tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend het vermogen dat toerekenbaar is aan de onderneming of medegerechtigdheid van het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben plus het beleggingsvermogen tot maximaal 5% van het aan de onderneming of medegerechtigdheid toerekenbare ondernemingsvermogen. Voor het resterende deel, dat toerekenbaar is aan beleggingsvermogen, wordt wel een vervreemdingsvoordeel in aanmerking genomen.<sup>22</sup> Om te voorkomen dat de aanmerkelijkbelangbelastingclaim verloren gaat, wordt de verkrijgingsprijs ingevolge artikel 4.39a of artikel 4.39c Wet IB 2001 doorgeschoven naar de verkrijger, voor zover geen vervreemding in aanmerking wordt genomen.

---

<sup>21</sup> Op grond van artikel 4.17a lid 4 Wet IB 2001 is deze voorwaarde met betrekking tot een medegerechtigdheid slechts van toepassing voor zover de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 en de verkrijger reeds behorend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig behorend vennoot is.

<sup>22</sup> Op basis van artikel 4.19 lid 2 Wet IB 2001 mag de verkrijgingsprijs zoveel mogelijk in aanmerking worden genomen bij de berekening van dat vervreemdingsvoordeel over beleggingsvermogen.

### **Paragraaf 2.1.2 De voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956**

Een verkrijger krachtens erfrecht of schenking is belasting verschuldigd over de waarde van al wat wordt verkregen krachtens erfrecht of schenking van een in Nederland woonachtige.<sup>23</sup> Op basis van artikel 21 lid 1 SW 1956 wordt het verkregene in aanmerking genomen naar de WEV op het tijdstip van verkrijging. Van de verkrijging is, de algemene vrijstelling schenk- en erfbelasting buiten beschouwing gelaten, de eerste € 124.726 (2019) belast tegen het lage tarief van 10%, 18% of 20% en het meerdere tegen het hoge tarief van 20%, 36% of 40%, afhankelijk van de relatie tussen de verkrijger en de erflater of schenker.

De verkrijger kan daarentegen een beroep doen op de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit van de artikelen 35b e.v. SW 1956. De voorwaardelijke vrijstelling varieert van geval tot geval, omdat in beginsel op basis van artikel 35b lid 1 SW 1956 de eerste € 1.084.851 (2019) ondernemingsvermogen voor 100% is vrijgesteld en het restant voor 83%. Aan een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit als die in de artikelen 35b e.v. SW 1956 zijn uiteraard voorwaarden verbonden. De voorwaarden die gesteld worden, zijn:

1. het moet gaan om de verkrijging van ondernemingsvermogen (zie artikel 35c SW 1956);
2. de erflater respectievelijk schenker moet ten aanzien van het ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c SW 1956 aan de bezitseris van één jaar respectievelijk vijf jaren voldoen (zie artikel 35d SW 1956);
3. de verkrijger mag de verkregen aandelen niet binnen vijf jaar vervreemden, omzetten in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken (artikel 35c lid 1 onderdeel c SW 1956; voortzettingsvereiste);
4. het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben, mag niet binnen vijf jaar ophouden uit onderneming of een medegerechtigdheid winst te genieten (artikel 35c lid 1 onderdeel c SW 1956; voortzettingsvereiste).

Op de bezitseris en de voortzettingsvereisten wordt in deze scriptie niet nader ingegaan, omdat deze eisen niet relevant zijn voor de probleemstelling. Op de voorwaarde dat het dient te gaan om de verkrijging van ondernemingsvermogen wordt, gezien het doel van deze scriptie, wel nader ingegaan.

Op basis van artikel 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, *met uitzondering van artikel 4.10 Wet IB 2001*, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft of een (kwalificerende) medegerechtigdheid houdt. Het vermogen van het betreffende lichaam wordt slechts als ondernemingsvermogen aangemerkt voor zover haar

---

<sup>23</sup> Artikel 1 juncto artikel 36 SW 1956.



vermogen toerekenbaar is aan de door haar gedreven onderneming of gehouden medegerechtigdheid plus het beleggingsvermogen tot maximaal 5% van het aan de onderneming of medegerechtigdheid toerekenbare ondernemingsvermogen. Hiermee komt dit 'ondernemingsvermogen'-begrip overeen met dat begrip bij toepassing van de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001.

De doorschuiffaciliteiten en de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit zullen doorgaans overigens naast elkaar van toepassing zijn, dus met de faciliteiten kunnen grote financiële belangen gemoeid zijn.

### **Paragraaf 2.2 Doelstelling(en) van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten**

De doorschuiffaciliteiten en de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit kennen een uiteenlopende historie. Aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten lagen aanvankelijk uiteenlopende doelstellingen ten grondslag.

#### **Paragraaf 2.2.1 De voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956**

De voorganger van de thans in artikel 35b e.v. SW 1956 opgenomen vrijstellingsfaciliteit was een regeling in de Invorderingswet 1990, welke voorzag in een vrijstellingsfaciliteit en een betalingsregeling.<sup>24</sup> Voor de vrijstellingsfaciliteit gold een ondernemingstoets en voor zover geen sprake was van ondernemingsvermogen kon renteloos uitstel van betaling worden verkregen gedurende tien jaren, voor zover niet voldoende 'vrije middelen' werden verkregen om de resterende belastingschuld te voldoen.<sup>25</sup> De faciliteit moest voorkomen dat de continuïteit van de onderneming werd aangetast door het verschuldigde successierecht.<sup>26</sup> Per 2002 is de betreffende faciliteit uit de Invorderingswet 1990 gehaald en opgenomen in de SW 1956. De doelstelling van de regeling is daarmee, zo blijkt uit kamerstukken, echter niet gewijzigd.<sup>27</sup>

Per 1 januari 2010 is de vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956 grondig gewijzigd.<sup>28</sup> De doelstelling van de regeling is ook daarmee echter niet veranderd. Zo merkt de wetgever het volgende op:<sup>29</sup>

“Over de verkrijging van ondernemingsvermogen is de verkrijger schenk- en erfbelasting verschuldigd. De betaling van deze belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien daarvoor liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Om dit te voorkomen bestaan er bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. (...) Kern van de regeling is dat de schenk- en erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten. (...) De wetgeving zal zodanig geformuleerd moeten zijn dat reële bedrijfsoverdrachten wel worden gefaciliteerd en andere gevallen niet.”

---

<sup>24</sup> Artikel 25 lid 3 IW 1990 (oud) en artikel 26 lid 3 IW 1990 (oud).

<sup>25</sup> Van Vijfeijken en Gubbels 2018, p. 269.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 2 (MvT).

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, p. 2-4 (MvT).

<sup>28</sup> Zie paragraaf 2.1.2.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

Kortom, de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 moet voorkomen dat door de heffing van schenk- en erfbelasting bij reële bedrijfsoverdrachten een liquiditeitsprobleem ontstaat, waardoor de economische bedrijvigheid niet onbelemmerd kan worden voortgezet. De wetgever benadrukt dat de vrijstellingsfaciliteit in de SW 1956 uitsluitend is bedoeld voor reële bedrijfsoverdrachten.

Wat een reële bedrijfsoverdracht is, maakt de wetgever opvallend genoeg niet voldoende duidelijk. Dit maakt het moeilijk de vrijstellingsfaciliteit te toetsen aan haar doelstelling.

### **Paragraaf 2.2.2 De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001**

De voorloper van de thans in artikel 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens erfrecht was voornamelijk gericht op het voorkomen van verlies van de belastingclaim die op de aandelen rust. De wetgever heeft dat bij de wijziging van betreffende doorschuiffaciliteit met ingang van 1 januari 1997 nog eens benadrukt door op te merken:<sup>30</sup>

“Voorgesteld wordt om het hiervoor beschreven systeem voor de praktijk te handhaven, met dien verstande dat de mogelijkheid van claimverlies wordt uitgesloten.”

De doelstelling van de vóór 1 januari 1997 bestaande regeling wijzigde dus niet, maar de regeling werd zodanig aangepast dat claimverlies (zoveel mogelijk) werd voorkomen.

De doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens schenking, thans opgenomen in artikel 4.17c Wet IB 2001, is van latere datum. Deze doorschuiffaciliteit zag het levenslicht pas op 1 januari 2010 en werd geïntroduceerd om een evenwichtige fiscale behandeling bij schenking en vererving van aanmerkelijkbelangaandelen te creëren. Bij gebrek aan een doorschuiffaciliteit bij schenking, werd de overgang van aandelen vaak uitgesteld tot het overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder, omdat belastingheffing dan wel door het doorschuiven van de verkrijgingsprijs kon worden uitgesteld.<sup>31</sup> De doelstelling van de doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens schenking is sinds haar introductie overigens dezelfde als de doelstelling van de doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens erfrecht. De doelstelling van de doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens erfrecht is echter met ingang van 1 januari 2010 gewijzigd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 32 129 merkt de wetgever het volgende op:<sup>32</sup>

“De achtergrond van de doorschuifregeling bij schenking is dat de aanmerkelijkbelangclaim vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van de economische bedrijvigheid geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsopvolgingen. (...) De wetgeving wordt zo geformuleerd dat reële bedrijfsopvolgingen wel worden gefaciliteerd en andere gevallen niet. (...) Om een gelijkschakeling van de fiscale behandeling van schenken en vererven van ab-aandelen te verkrijgen, past het kabinet de doorschuiffaciliteit bij vererven van ab-aandelen voortaan toe voor zover de bv een materiële onderneming drijft.”

---

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 24 761, nr. 3, p. 20 (MvT).

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3 (MvT).

<sup>32</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3, 5 en 6 (MvT).

De doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens erfrecht heeft met ingang van 1 januari 2010 dus niet nog enkel als doelstelling claimverlies te voorkomen, maar is sindsdien met name gericht op het uitsluitend faciëeren van reële bedrijfsopvolging.<sup>33</sup> Voor de doorschuiffaciliteit bij overgang krachtens schenking is dit, doordat zij pas met ingang van 1 januari 2010 in de wet is opgenomen, nooit anders geweest.<sup>34</sup>

### **Paragraaf 2.2.3 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: één doelstelling**

Uit voorgaande paragrafen blijkt dat per 1 januari 2010 de doelstellingen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956 op elkaar zijn afgestemd. De doelstelling is per die datum het *uitsluitend faciëeren van reële bedrijfsoverdrachten*, in gevallen waarin belastingheffing zou kunnen leiden tot liquiditeitsproblemen en daarmee een gevaar zou kunnen vormen voor onbelemmerde voortzetting van de economische bedrijvigheid. De doelstelling en de faciliteiten hebben in de literatuur op de nodige kritiek kunnen rekenen. Om maar een voorbeeld te noemen, Hoogeveen stelt – naar mijn mening terecht – dat de doelstelling te vaag is geformuleerd om toetsbaar te zijn en dat daarnaast enkel een betalingsregeling geschikt zou zijn om de doelstelling op proportionele wijze na te streven.<sup>35</sup> Met de thans bestaande doorschuiffaciliteiten en de (voorwaardelijke) vrijstellingsfaciliteit wordt niet enkel voorkomen dat belastingheffing bij bedrijfsoverdracht tot liquiditeitsproblemen leidt, maar wordt voorkomen dat belastingheffing bij bedrijfsoverdracht überhaupt plaatsvindt. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten schieten daarmee hun doel voorbij.

In hoofdstuk 3 geef ik antwoord op de vraag wanneer (volgens de wetgever) sprake is van een reële bedrijfsoverdracht die fiscaal dient te worden gefacilieerd en wanneer een liquiditeitsprobleem (volgens de wetgever) aan de orde is. Dat antwoord wordt gegeven aan de hand van parlementaire geschiedenis en een analyse van de behandeling van 5%-belangen bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. *Het reële bedrijfsoverdracht-criterium* en *het liquiditeitsprobleem-criterium* worden daarmee nader ingevuld. In hoofdstuk 4 worden deze criteria, aan de hand van een analyse van de behandeling van andere vormen van aanmerkelijk belang, nader ingevuld.

---

<sup>33</sup> Hoogeveen 2011, p. 103.

<sup>34</sup> Voor een uitgebreide uiteenzetting van (de geschiedenis van) de doelstellingen van beide doorschuiffaciliteiten, verwijs ik u naar Hoogeveen 2011, p. 354-361.

<sup>35</sup> Hoogeveen 2011, p. 405-406.

### **Hoofdstuk 3 Het echt aanmerkelijk belang**

Een belastingplichtige kan verschillende soorten (aandelen)belangen in een vennootschap houden. Naast 'gewone' aandelen kan men bijvoorbeeld preferente aandelen houden.<sup>36</sup> Ook kan men ervoor kiezen aandelen in een vennootschap niet direct, maar indirect (doorgaans via een andere vennootschap) te houden.

In dit hoofdstuk ga ik in op de vraag waarom de wetgever ieder aandelenbelang in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001 onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft gebracht. De behandeling van preferente aandelen, indirect gehouden aandelenbelangen en aandelen behorende tot een meesleep-, meetrek- en fictief aanmerkelijk belang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, bespreek ik in hoofdstuk 4.

#### ***Paragraaf 3.1 In de aanmerkelijkbelangregeling***

De aanmerkelijkbelangregeling is uitsluitend van toepassing indien de belastingplichtige een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 heeft. De kernbepalingen van die afdeling zijn de artikelen 4.6 en 4.7 Wet IB 2001. In die bepalingen is neergelegd wanneer sprake is van een echt aanmerkelijk belang (hierna: echt aanmerkelijk belang of aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001).<sup>37</sup> Het aanmerkelijk belang-begrip kan daarin als volgt worden gelezen:

De belastingplichtige heeft een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal (van een soort aandelen) aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- b. rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal (van een soort aandelen);
- c. winstbewijzen heeft die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd;
- d. gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een in artikel 4.5a bedoelde rechtspersoon.

Bovengenoemde categorieën vermogenstitels worden niet bij elkaar geteld voor de vraag of aan het zogenoemde 5%-criterium is voldaan.<sup>38</sup> Een belastingplichtige moet dus binnen één categorie voldoen aan het 5%-criterium, wil hij een echt aanmerkelijk belang hebben. Binnen het 5%-criterium wordt onderscheid gemaakt tussen een kwalitatief element en een kwantitatief element.<sup>39</sup> Het kwalitatieve element houdt in dat indien het juridische eigendom en het

---

<sup>36</sup> Onder 'gewone aandelen' worden in deze scriptie ook soortaandelen die geen preferente aandelen zijn, begrepen.

<sup>37</sup> De regelingen van het fictief aanmerkelijk belang, meetrek-aanmerkelijk belang en meesleep-aanmerkelijk belang daargelaten.

<sup>38</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.6, aant. 1.4.

<sup>39</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.6, aant. 1.4.

economische eigendom van een belang niet in dezelfde handen zijn, het economische eigendom prevaleert.<sup>40</sup> Het kwantitatieve element houdt in dat een belastingplichtige (al dan niet tezamen met zijn partner) aandeelhouder in economische zin is van 5% van het geplaatste kapitaal (van een soort aandeel) alvorens hij als aanmerkelijkbelanghouder kan worden aangemerkt.<sup>41</sup>

Vóór 1997 was pas sprake van een aanmerkelijk belang indien in de loop van de laatste vijf jaren (a) de belastingplichtige en diens echtgeno(o)t(e) tezamen van 7% en (b) de belastingplichtige en diens echtgeno(o)t(e) en diens bloed- en aanverwant in de rechte lijn en in de tweede graad van de zijlijn tezamen voor ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouders zijn geweest.<sup>42</sup> Per 1 januari 1997 is het aanmerkelijk belang-begrip op enkele punten gewijzigd. De voor deze scriptie van het grootste belang zijnde wijziging is de verlaging van de kwantitatieve eis naar 5%,<sup>43</sup> waarmee de wetgever aansluiting heeft gezocht bij de grens tussen ondernemen en beleggen die in de vennootschapsbelasting tevens bij 5% is gelegd.<sup>44/45</sup> Het is natuurlijk de vraag of het reëel is om het houden van een belang van 5% in een vennootschap aan te merken als ondernemen. Heithuis heeft, onder verwijzing naar de verlengstukgedachte, opgemerkt dat een 5%-grens te laag is en dat bovendien iedere kwantitatieve grens tot op zekere hoogte arbitrair is.<sup>46</sup> Ook De Beer stelt dat het 5%-criterium aanzienlijk te laag is om van "echt" ondernemerschap te kunnen spreken.<sup>47</sup>

### **Paragraaf 3.2 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten**

In paragrafen 2.2.1 en 2.2.2 is gebleken dat de wetgever de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zo heeft willen formuleren dat een reële bedrijfsoverdracht wel wordt gefacilieerd en andere gevallen niet. Voor het onderscheid tussen reële bedrijfsoverdracht en geen bedrijfsoverdracht heeft hij aangesloten bij het in paragraaf 3.1 besproken 5%-criterium. Voldoet een belastingplichtige aan het 5%-criterium, dan kan hij aandelen met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten overdragen. De vraag of sprake is van reële bedrijfsoverdracht is dus eigenlijk de vraag of sprake is van een overdragende ondernemer.

Weliswaar worden additionele voorwaarden gesteld aan toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Toch vind ik het twijfelachtig dat de overdracht van ieder aandeel of winstbewijs dat behoort tot een belang dat aan het 5%-criterium voldoet, in theorie (en in de fiscale praktijk) kan worden aangemerkt als een reële overdracht van een bedrijf. Aan de omvang van het belang dat wordt overgedragen door de overdragende ondernemer, wordt voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geen eis gesteld. Ook als de verkrijger na

---

<sup>40</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 949.

<sup>41</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.6, aant. 1.4.

<sup>42</sup> Zie artikel 39 (oud) lid 3 van de Wet IB 1964.

<sup>43</sup> Zie artikel 20a (oud) lid 3 van de Wet IB 1964 en artikel 4.6 van de Wet IB 2001.

<sup>44</sup> Zie artikel 13 van de Wet VPB 1969.

<sup>45</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 14 (*MvT*).

<sup>46</sup> Heithuis 2006.

<sup>47</sup> De Beer 2010, par. 5.1.b.

overdracht een belang van kleiner dan 5% heeft, kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, mits aan de additionele voorwaarden is voldaan, worden toegepast. De verkrijger hoeft na de overdracht dus geen ondernemer te zijn. Dat is vreemd nu de wetgever in parlementaire geschiedenis het volgende heeft opgemerkt:<sup>48</sup>

“De bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 heeft ten doel een reële bedrijfsopvolging te faciliteren. Dit betekent dat een onderneming moet worden *verkregen van een ondernemer* en dat deze onderneming *door een ondernemer moet worden voortgezet*.”

Om te kunnen bereiken dat de van een ondernemer verkregen onderneming wordt voortgezet door een ondernemer, moet een aanvullende voorwaarde worden gesteld ten aanzien van de verkrijger. Die voorwaarde zou betrekking kunnen hebben op de omvang van het belang dat (of de zeggenschap die) wordt overgedragen of het belang dat (of de zeggenschap die) de verkrijger ten minste moet hebben na de overdracht.

Het is overigens maar de vraag of het realistisch is om te spreken van een overdragende ondernemer, uitsluitend omdat de overdrager aan het 5%-criterium voldoet. Een kind kan bijvoorbeeld uitsluitend certificaten van aandelen in een vennootschap verkrijgen, welke aandelen worden gehouden door een Stichting Administratiekantoor (STAK). Als niet dat kind, maar slechts de overdrager betrokken is bij het bestuur van die STAK, dan is van een overdragende ondernemer mijns inziens geen sprake.

De Beer stelt - mijns inziens terecht - dat de status van aanmerkelijkbelanghouder weinig van doen heeft met het ondernemersbegrip zoals dat in het economische verkeer heeft te gelden.<sup>49</sup> Zijn onderbouwing:<sup>50</sup>

“Bovendien volstaat een economisch belang. Het al dan niet beschikken over zeggenschapsrechten doet niet ter zake. (...) De aanmerkelijkbelangregeling bestrijkt daarmee deelnemers in ondernemingen die een winstafhankelijke vergoeding ontvangen, zonder dat zij de winstgevendheid van de onderneming beïnvloeden.”

De Beer vindt het daarom, met de "reële ondernemer" in het achterhoofd, opvallend dat de bedrijfsopvolgingsregelingen aansluiten bij het aanmerkelijkbelangregime.<sup>51</sup> Ik sluit me daarbij aan. De wetgever had er wellicht beter aan gedaan als hij voor het onderscheid tussen reële bedrijfsoverdracht en geen bedrijfsoverdracht niet had aangesloten bij het aanmerkelijkbelangregime. Het was logischer geweest als, in lijn met het ondernemersbegrip zoals dat in het economische verkeer heeft te gelden, voor het ondernemersbegrip binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten was aangesloten bij een bepaalde mate van zeggenschap. De vraag

---

<sup>48</sup> *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8 (NMvT).

<sup>49</sup> De Beer 2010, par. 5.1.b.

<sup>50</sup> De Beer 2010, par. 5.1.b.

<sup>51</sup> De Beer 2010, par. 5.1.b.

die dan natuurlijk opkomt, is wanneer sprake is van voldoende zeggenschap om te kunnen spreken van een ondernemer en of daarbij een kwantitatieve grens moet worden gesteld.

Zoals reeds opgemerkt, stelt Heithuis dat iedere kwantitatieve grens tot op zekere hoogte arbitrair is.<sup>52</sup> Iedere kwantitatieve grens is daarom ook vatbaar voor kritiek en discussie, ongeacht of deze betrekking heeft op een economisch belang of op zeggenschap. Zo ook de grens die thans wordt gesteld tussen een reële bedrijfsoverdracht en geen bedrijfsoverdracht bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In aanmerking genomen dat voor de fiscale faciëring van de overdracht van een IB-onderneming (box 1) helemaal geen kwantitatief vereiste wordt gesteld bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten,<sup>53</sup> is het – met het oog op de rechtsvormneutraliteit en het gelijkheidsbeginsel – overigens te betwijfelen of het terecht is dat er een kwantitatieve grens wordt gesteld.<sup>54</sup> Daar staat tegenover dat over de toepassing van een eenmaal in de wet opgenomen kwantitatief criterium geen discussie mogelijk is; er is aan voldaan of niet. Ik vind het daarom begrijpelijk dat de wetgever voor een kwantitatief criterium heeft gekozen.<sup>55</sup> Met het stellen van een kwantitatief criterium wordt discussie tussen belastingplichtigen en de belastingdienst over de vraag of sprake is van reële bedrijfsoverdracht, voorkomen.

Wat de juiste kwantitatieve grens is, dient mijns inziens te worden beoordeeld in het licht van op de doelstelling welke de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten nastreeft.

Met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt, zoals in paragraaf 2.2.1 en 2.2.2 nader is uiteengezet, beoogd te voorkomen dat door belastingheffing bij een reële bedrijfsoverdracht een liquiditeitsprobleem ontstaat. Alsdan zou de economische bedrijvigheid kunnen worden belemmerd. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden, gezien hun doelstelling, dan ook slechts van toepassing moeten zijn in situaties waarin 1) sprake is van een reële bedrijfsoverdracht (reële bedrijfsoverdracht-criterium) én 2) een liquiditeitsprobleem zou kunnen ontstaan door belastingheffing, waardoor de economische bedrijvigheid zou kunnen worden belemmerd (liquiditeitsprobleem-criterium).

Hiervoor is gebleken dat sprake is van een reële bedrijfsoverdracht als de overdrager als ondernemer is aan te merken. Of door de belastingheffing ter zake van een dergelijke reële bedrijfsoverdracht daadwerkelijk een liquiditeitsprobleem zou kunnen ontstaan, is thans voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geen voorwaarde.<sup>56</sup> Een eventueel liquiditeitsprobleem wordt dus verondersteld als sprake is van een reële bedrijfsoverdracht c.q.

---

<sup>52</sup> Heithuis 2006.

<sup>53</sup> Zie de artikelen 3.62 en 3.63 Wet IB 2001 en artikel 35c lid 1 onderdeel a SW 1956.

<sup>54</sup> Een IB-ondernemer die met 39 anderen een maatschap is aangegaan, is naar mijn mening namelijk vergelijkbaar met de houder van een aandelenbelang van 2,5%. Ik vind het onterecht dat de eerste wel fiscaal gefacilieerd kan overdragen en de tweede niet. En dus moet ieder aandelenbelang kwalificeren?

<sup>55</sup> Ondanks dat de wetgever daarmee afbreuk doet aan zijn eigen uitgangspunt uitsluitend reële bedrijfsoverdrachten te faciëren.

<sup>56</sup> Hoogeveen 2012, par. 6.1.4.

een overdragende ondernemer.<sup>57</sup> Toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is om doelmatigheidsredenen niet afhankelijk gemaakt van de materiële beoordeling of in concrete gevallen sprake is van liquiditeitsproblemen.<sup>58</sup>

Mijns inziens is het te kort door de bocht om een eventueel liquiditeitsprobleem te veronderstellen als sprake is van een reële bedrijfsoverdracht, nu voor de vraag of sprake is van een reële bedrijfsoverdracht wordt aangesloten bij het 5%-criterium. Temeer nu voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet eens vereist is dat ten minste een 5%-belang wordt overgedragen. De overdracht van één aandeel is al voldoende. Het is moeilijk denkbaar dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt als een 5%-aanmerkelijkbelanghouder moet afrekenen bij de overdracht van een belang van 0,1%. Ik ben het daarom met De Wijkerslooth-Lhoëst eens dat de veronderstelling van een liquiditeitsprobleem bij de overdracht van dergelijke kleine belangen heroverwogen moet worden.<sup>59</sup>

### **Paragraaf 3.3 Tussenconclusie**

Uit het voorgaande volgt dat van een reële bedrijfsoverdracht sprake is als de overdrager aan het 5%-criterium voldoet c.q. als ondernemer wordt aangemerkt. Het reële bedrijfsoverdracht-criterium duid ik in het vervolg van deze scriptie daarom aan als het *ondernemer-criterium*. Belastingheffing bij de overdracht van een dergelijk belang zou tot een zodanig liquiditeitsprobleem leiden dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Of dat daadwerkelijk zo is, is nooit onderzocht.<sup>60</sup> Nu de wetgever voor deze lijn heeft gekozen, is het van belang dat hij deze consequent toepast. Doet hij dit niet, dan is sprake van willekeur, tenzij afwijking met het oog op de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is gerechtvaardigd. Voor het vervolg van deze scriptie wordt als uitgangspunt genomen dat de wetgever consequent handelt indien hij aansluit bij de kwantitatieve grens van 5% tussen ondernemer en onderneming/bedrijf enerzijds en belegger en belegging anderzijds.

Hoe het ondernemer-begrip voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten verder door de wetgever is ingevuld, zal in hoofdstuk 4 duidelijk worden als de behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt besproken. Daarbij wordt ook duidelijker bij de overgang van welke vormen van aanmerkelijk belang de wetgever een eventueel liquiditeitsprobleem veronderstelt.

---

<sup>57</sup> Hoogeveen merkt op dat vrijstelling is ingevoerd zonder dat onderzoek naar de eventuele liquiditeitsproblemen heeft plaatsgevonden. De enkele veronderstelling dat er liquiditeitsproblemen zijn, is voldoende aanleiding geweest voor de wetgever om in 1997 tot de invoering van de vrijstelling over te gaan. Ik verwijs naar Hoogeveen 2011, p. 323.

<sup>58</sup> Hoogeveen 2012, par. 6.1.4.

<sup>59</sup> De Wijkerslooth-Lhoëst 2010, par. 3.7.

<sup>60</sup> Hoogeveen 2011, p. 323.



## Hoofdstuk 4 De verschillende vormen van aanmerkelijk belang

In hoofdstuk 2 is duidelijk geworden dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend bedoeld zijn voor reële bedrijfsoverdrachten. In hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat sprake is van een reële bedrijfsoverdracht als de overdrager als ondernemer wordt aangemerkt. De overdrager wordt als ondernemer aangemerkt als hij aan het 5%-criterium voldoet.

De vraag die dan rijst, is waarom verschillende vormen van aanmerkelijk belang, ten aanzien waarvan per definitie niet aan het 5%-criterium kan zijn voldaan, onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn gebracht. Ik doel hiermee op het meesleep-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang. In tegenstelling tot die vormen van aanmerkelijk belang, is het meetrek-aanmerkelijk belang wel uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten omdat ten aanzien daarvan niet aan het 5%-criterium kan zijn voldaan.

Ook ten aanzien van een indirect gehouden belang van minder dan 5% doch ten minste 0,5% is per definitie niet aan het 5%-criterium voldaan. Een dergelijk belang valt echter wel onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, mits aan additionele voorwaarden is voldaan. Waarom zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten onder voorwaarden wel op een dergelijk belang van toepassing, maar niet op een meetrek-aanmerkelijk belang? En waarom worden additionele voorwaarden gesteld bij een indirect gehouden belang van minder dan 5%, maar niet bij een meesleep-aanmerkelijk belang of een fictief aanmerkelijk belang?

Een preferent aandelenbelang, ten aanzien waarvan wel aan het 5%-criterium kan zijn voldaan, is in beginsel uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, tenzij aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Waarom is een preferent aandelenbelang in beginsel uitgesloten als ten aanzien daarvan wel aan het 5%-criterium kan zijn voldaan? Is de preferente aandeelhouder dan geen ondernemer, ongeacht de omvang van zijn belang?

In dit hoofdstuk bespreek ik achtereenvolgens het meesleep-aanmerkelijk belang, het fictief aanmerkelijk belang, het indirect gehouden (aanmerkelijk) belang, het preferente aandelenbelang en het meetrek-aanmerkelijk belang. Ik ga per vorm van aanmerkelijk belang in op het betreffende belang binnen de aanmerkelijkbelangregeling<sup>61</sup> en op de behandeling van dat belang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Nadat elke vorm van aanmerkelijk belang is besproken, vergelijk ik de verschillende vormen van aanmerkelijk belang en beoordeel ik of het onderscheid in behandeling tussen deze vormen in lijn is met de doelstelling van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

---

<sup>61</sup> Op de behandeling van indirect gehouden belangen binnen de aanmerkelijkbelangregeling ga ik niet in, omdat deze belangen slechts via andere vormen van aanmerkelijk belang in de aanmerkelijkbelangregeling worden betrokken.

## **Paragraaf 4.1 Het meesleep-aanmerkelijk belang**

### **Paragraaf 4.1.1 In de aanmerkelijkbelangregeling**

De regeling inzake het meesleep-aanmerkelijk belang (hierna: de meesleepregeling) is opgenomen in artikel 4.9 Wet IB 2001. Artikel 4.9 Wet IB 2001 luidt als volgt:

“Indien een belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap, behoren daartoe ook zijn overige aandelen in of winstbewijzen van die vennootschap.”

De meesleepregeling is slechts van toepassing op een belastingplichtige die reeds als aanmerkelijkbelanghouder wordt aangemerkt. Daarbij is het niet relevant op grond van welke bepaling van afdeling 4.3 Wet IB 2001 de belastingplichtige als aanmerkelijkbelanghouder wordt aangemerkt. Ook als de belastingplichtige op grond van de hierna te behandelen meetrekregeling of fictief aanmerkelijkbelangregeling reeds als aanmerkelijkbelanghouder wordt aangemerkt, zal artikel 4.9 Wet IB 2001 leiden tot het meeslepen van de overige aandelen of winstbewijzen.

Ratio van de betreffende regeling is een gelijke behandeling van alle aanspraken met betrekking tot een vennootschap van een aanmerkelijkbelanghouder in die vennootschap.<sup>62</sup> De aanmerkelijkbelanghouder wordt daarmee gelijk behandeld als de IB-ondernemer.<sup>63</sup> Met de regeling wordt daarnaast voorkomen dat de belastingclaim op de winstreserves van de vennootschap gedeeltelijk kan worden ontgaan door versnippering van vermogensaanspraken.<sup>64</sup> De gedachte achter de meesleepregeling is dus niet slechts het trekken van een parallel tussen IB-ondernemers en aanmerkelijk belanghouders, maar ook het voorkomen van misbruik.<sup>65</sup>

### **Paragraaf 4.1.2 Bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten**

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn van toepassing op aandelen/vermogensbestanddelen die bij de vervreemder behoren tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001, mits deze niet behoren tot een aanmerkelijk belang op grond van artikel 4.10 Wet IB 2001. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn dus van toepassing op aandelen die bij de vervreemder tot een meesleep-aanmerkelijk belang behoren. Is dat in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?

In hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend bedoeld zijn voor situaties waarin sprake is van een reële bedrijfsoverdracht c.q. een overdragende ondernemer. De vraag is dus of een meesleep-aanmerkelijkbelanghouder als ondernemer is aan te merken.

---

<sup>62</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 961.

<sup>63</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 961.

<sup>64</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 961.

<sup>65</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 961.

Een belastingplichtige kan een meesleep-aanmerkelijk belang hebben, indien hij een ‘echt’ aanmerkelijk belang (op grond van de artikelen 4.6 en 4.7 Wet IB 2001) of een fictief aanmerkelijk belang (op grond van artikel 4.11 Wet IB 2001) heeft.

Indien de belastingplichtige een ‘echt’ aanmerkelijk belang heeft, voldoet hij – al dan niet tezamen met zijn partner – aan het 5%-criterium en is hij, zoals in hoofdstuk 3 is uiteengezet, aan te merken als ondernemer. Het is logisch dat de wetgever ook aandelen van een ondernemer die niet tot het ‘echt’ aanmerkelijk belang van die ondernemer behoren, onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft gebracht. Bij de overdracht van die aandelen wordt immers overgedragen door een ondernemer. Dat bepaalde van die aandelen (slechts) op basis van de meesleepregeling tot het aanmerkelijk belang behoren, zou dan ook geen verschil moeten maken. De behandeling van meesleep-aanmerkelijkbelangaandelen die worden meegesleept met een ‘echt’ aanmerkelijk belang, is naar mijn mening dan ook in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Althans, het is in lijn met de door de wetgever gestelde voorwaarde dat sprake moet zijn van een ondernemer.

Of het in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dat ook aandelen die worden meegesleept met een fictief aanmerkelijk belang, onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn gebracht, bespreek ik in paragraaf 4.2. Het is namelijk slechts in lijn met de doelstelling indien de fictief aanmerkelijkbelanghouder ook als ondernemer is aan te merken of indien afwijking van het ondernemer-criterium in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is.

## ***Paragraaf 4.2 Fictief aanmerkelijk belang***

### ***Paragraaf 4.2.1 In de aanmerkelijkbelangregeling***

De regeling van het fictief aanmerkelijk belang is opgenomen in artikel 4.11 Wet IB 2001, welke als volgt luidt:

“Indien tot het vermogen van de belastingplichtige behorende aandelen of winstbewijzen niet op grond van de overige artikelen van deze afdeling (lees: afdeling 4.3) tot een aanmerkelijk belang behoren, wordt een aanmerkelijk belang aanwezig geacht indien artikel 3.65, 4.17, 4.17a, 4.17b, 4.17c, 4.40 of 4.41 is toegepast.”

De fictief aanmerkelijkbelangregeling is een restartikel, zoals blijkt uit haar formulering. Dit restartikel wordt geactiveerd bij de toepassing van bepaalde faciliteiten:

- bij geruisloze overgang naar een besloten vennootschap of naamloze vennootschap op grond van artikel 3.65 Wet IB 2001;
- bij gebruikmaking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling, opgenomen in de artikelen 4.17, 4.17a, 4.17b en 4.17c Wet IB 2001;
- bij doorschuiving bij fictieve vervreemding op grond van artikel 4.16 lid 1 onderdeel g juncto artikel 4.40 Wet IB 2001, en;

- bij doorschuiving bij een aandelenfusie, splitsing of juridische fusie op grond van de artikelen 4.41 en 4.42 Wet IB 2001.

In voornoemde gevallen wordt een belastingclaim doorgeschoven. Indien de aandelen van een belastingplichtige door een van die handelingen niet meer op grond van de overige artikelen van afdeling 4.3 Wet IB 2001 tot een aanmerkelijk belang behoren, wordt de claim doorgeschoven naar de verkrijger, maar zou de verkrijger direct moeten afrekenen.<sup>66</sup> De aandelen verhuizen dan immers naar box 3 van de inkomstenbelasting, alwaar geen heffing over de werkelijke inkomsten plaatsvindt. Met de fictief aanmerkelijkbelangregeling wordt mogelijk gemaakt dat de aanmerkelijkbelangclaim kan worden doorgeschoven, zonder claimverlies voor de schatkist.<sup>67</sup>

Met de fictief aanmerkelijkbelangregeling wordt de belastingclaim in de aanmerkelijkbelangregeling behouden.<sup>68</sup> Het doel van de fictief aanmerkelijkbelangregeling is het voorkomen van acute belastingheffing, zonder dat de belastingclaim daarbij verloren gaat.<sup>69</sup> Doordat het fictief aanmerkelijk belang hetzelfde behandeld wordt als het 'echt' aanmerkelijk belang, vallen ook waardeontwikkelingen na de kwalificatie van het fictief aanmerkelijk belang onder de aanmerkelijkbelangregeling.<sup>70</sup> Als een fictief aanmerkelijkbelanghouder niet meer wil dat toekomstige waardeontwikkelingen onder de aanmerkelijkbelangregeling, maar in box 3 vallen, kan hij op basis van artikel 4.16 lid 3 Wet IB 2001 kiezen voor afrekening van de reeds opgebouwde belastingclaim.

Hoewel claimbehoud een doel van de fictief aanmerkelijkbelangregeling is, is het primair een regeling in het belang van de belastingplichtige.<sup>71</sup> De wetgever had immers in voornoemde gevallen ook de keuze kunnen maken de belastingclaim te laten afrekenen indien de aandelen nadien niet meer tot een aanmerkelijk belang zouden behoren op grond van de overige bepalingen van afdeling 4.3 Wet IB 2001. In dat geval was claimbehoud niet nodig en was artikel 4.11 Wet IB 2001 dus overbodig geweest. De belastingplichtige zou in voornoemde gevallen echter veelal niet over de benodigde liquiditeiten beschikken om de inkomstenbelasting te voldoen.<sup>72</sup>

#### ***Paragraaf 4.2.2 Bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten***

Ook het fictief aanmerkelijk belang is door de wetgever onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebracht. Een dergelijk belang is immers niet uitgesloten van de faciliteiten. De wetgever was aanvankelijk van plan het fictief aanmerkelijk belang, evenals het meetrek-aanmerkelijk belang, buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te houden. In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 31 930 merkte hij op dat de

---

<sup>66</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 964 en Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.11, aant. 1.4.

<sup>67</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.11, aant. 1.4.

<sup>68</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 202 (MvT).

<sup>69</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 202 (MvT).

<sup>70</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.11, aant. 1.4.

<sup>71</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.11, aant. 1.2.1.

<sup>72</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.11, aant. 1.2.1.

bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet van toepassing zouden moeten zijn op een fictief aanmerkelijk belang, omdat de fictief aanmerkelijkbelanghouder geen ondernemer in de zin van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zou zijn.<sup>73</sup> In tegenstelling tot de 'echt' aanmerkelijkbelanghouder en de meesleep-aanmerkelijkbelanghouder kan de fictief aanmerkelijkbelanghouder per definitie ten aanzien van geen enkel belang aan het 5%-criterium voldoen. De fictief aanmerkelijkbelanghouder is dus geen ondernemer. Het zou daarom in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn als de faciliteiten niet van toepassing zouden zijn op een fictief aanmerkelijk belang. Bij de overdracht van aandelen die tot een fictief aanmerkelijk belang behoren, wordt immers niet overgedragen door een ondernemer. In gelijke zin geldt het voorgaande mijns inziens ten aanzien van het meesleep-aanmerkelijk belang dat is meegesleept met een fictief aanmerkelijk belang. Dat de fictief-aanmerkelijkbelanghouder ook meesleep-aanmerkelijkbelangaandelen heeft, maakt immers niet dat hij aan het 5%-criterium voldoet c.q. ondernemer is.

Later in het wetgevingsproces is de wetgever echter teruggekomen op zijn standpunt dat de fictief aanmerkelijkbelanghouder (voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten) geen ondernemer is:<sup>74</sup>

“De fictief aanmerkelijkbelanghouders bezitten per definitie ook een belang van minder dan 5% en zijn dus in economische zin evenmin te vergelijken met ondernemers. (...) Uit de reacties van diverse belangenorganisaties blijkt dat met name de afrekening over deze fictieve aanmerkelijkbelangaandelen voor problemen kan zorgen. Vanwege deze liquiditeitsproblemen en vanwege het feit dat een fictief aanmerkelijk belang alleen heeft kunnen ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang kan ik de genoemde leden meedelen, dat ik terugkom op mijn voorstel de fictief aanmerkelijkbelanghouder te weren als kwalificerende ondernemer in de zin van de bedrijfsopvolgingsregeling.”

De wetgever was dus nog steeds niet van mening dat een fictief aanmerkelijkbelanghouder in economische zin was aan te merken als ondernemer, maar heeft deze onder druk van belangenorganisaties toch als ondernemer in de zin van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aangemerkt. Volgens De Beer “is hier simpelweg sprake van een inbreuk op de "reëlebedrijfsopvolgingsgedachte" ten faveure van het "zuivere" continuïteitsbeginsel.”<sup>75</sup> Ik sluit me aan bij De Beer.

Zoals blijkt uit hoofdstuk 3, wordt een eventueel liquiditeitsprobleem verondersteld als sprake is van een reële bedrijfsoverdracht c.q. een overdragende ondernemer. Of het liquiditeitsprobleem ook daadwerkelijk bestaat, doet niet ter zake. Het feit dat (volgens belangenorganisaties) een liquiditeitsprobleem aan de orde is bij de overdracht van fictief aanmerkelijkbelangaandelen, zou

---

<sup>73</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 44 (MvT).

<sup>74</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 21 (NV II).

<sup>75</sup> De Beer 2010, par. 6.

daarom niet een van de argumenten mogen zijn om de fictief aanmerkelijkbelanghouder c.q. niet-ondernemer toch aan te merken als ondernemer voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik kan me overigens moeilijk voorstellen dat bij de overdracht van een 5%-belang een liquiditeitsprobleem ontstaat waardoor de continuïteit van de overgedragen onderneming in gevaar komt (zie paragraaf 3.1), laat staan dat ik me dat kan voorstellen bij de overdracht van een nog kleiner belang, zoals een fictief aanmerkelijk belang.

Ook het argument dat een fictief aanmerkelijk belang alleen heeft kunnen ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang, is mijns inziens geen argument om de fictief aanmerkelijkbelanghouder c.q. niet-ondernemer toch als ondernemer voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan te merken. Zoals De Beer opmerkt, is het gegeven dat een fictief aanmerkelijk belang voorheen een echt aanmerkelijk belang heeft gevormd “volstrekt irrelevant voor een faciliteit die slechts ‘reële bedrijfsopvolging’ wenst te faciliteren.”<sup>76</sup> Het enkele feit dat een echt aanmerkelijk belang in het verleden – onder andere door bedrijfsoverdracht – is verwaterd tot fictief aanmerkelijk belang, vormt naar mijn mening onvoldoende rechtvaardiging om de fictief aanmerkelijkbelanghouder aan te merken als ondernemer voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Zeker omdat een fictief aanmerkelijk belang niet altijd vanuit een eigen echt aanmerkelijk belang is ontstaan. Als bijvoorbeeld een fictief aanmerkelijk belang ontstaat bij toepassing van artikel 4.17a of 4.17c Wet IB 2001, is het ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang van een rechtsvoorganger van de fictief aanmerkelijkbelanghouder. De fictief aanmerkelijkbelanghouder is in dat geval nooit ondernemer geweest, maar wordt wel als ondernemer aangemerkt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De wijze waarop en de mate waarin het fictief aanmerkelijk belang thans onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is gebracht, gaat mijns inziens te ver. Het is naar mijn mening niet te verdedigen dat een belastingplichtige die geen ondernemer is, voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toch als ondernemer is aan te merken. Dat (volgens belangenorganisaties) een liquiditeitsprobleem aan de orde is bij de overdracht van fictief aanmerkelijkbelangaandelen, is geen reden om die overdracht aan te merken als reële bedrijfsoverdracht. De wetgever lijkt echter een andere mening te zijn toegedaan en heeft het liquiditeitsprobleem leidend gemaakt bij de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing moeten zijn op het fictief aanmerkelijk belang.

### ***Paragraaf 4.3 Indirect gehouden belangen***

In het voorgaande is gebleken dat de wetgever de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen van toepassing wil laten zijn, indien het lichaam waarop een aanmerkelijk belang betrekking heeft een onderneming drijft. De toetsing of het lichaam een onderneming drijft, vindt plaats op het niveau van het direct gehouden belang. Omdat de aandelen in het lichaam dat een onderneming drijft

---

<sup>76</sup> De Beer 2010, par. 6.

vaak worden gehouden door middel van een holding, zouden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zonder nadere regeling vaak geen toepassing kunnen vinden. Daarom heeft de wetgever een toerekeningsfictie in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten opgenomen.

De toerekeningsfictie is voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 opgenomen in artikel 4.17a lid 5 en voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 in artikel 35c lid 5. Op basis van de toerekeningsfictie wordt het vermogen van het lichaam dat de onderneming drijft naar rato van het aandelenbezit toegerekend aan de holding, waarna op het niveau van de holding getoetst wordt of deze een onderneming drijft.<sup>77</sup> Het vermogen van het lichaam waarin een indirect belang wordt gehouden, wordt echter slechts toegerekend aan de holding indien (a) de belastingplichtige een indirect aanmerkelijk belang heeft in die vennootschap, of (b) de belastingplichtige een indirect belang heeft van kleiner dan 5% doch ten minste 0,5%, welk belang bij zijn rechtsvoorganger tot een indirect aanmerkelijk belang behoorde en dit belang door vererving, huwelijksvermogensrecht of schenking is verwaterd.

Tot 1 juli 2016 kon daarnaast via de IB-vermogensetiketteringsregels een belang dat niet aan bovenstaande vereisten voldeed, tot het ondernemingsvermogen van de holding worden gerekend.<sup>78</sup> Als een dergelijk belang volledig als ondernemingsvermogen werd aangemerkt, kon ook haar beleggingsvermogen met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden overgedragen.<sup>79</sup> De wetgever vond dit te ver gaan en heeft dit per 1 juli 2016 gerepareerd door alle belangen, behalve de hierboven onder a en b genoemde, bij wetsfictie tot het beleggingsvermogen te rekenen.<sup>80,81</sup> Hierdoor kan ook ondernemingsvermogen van dergelijke belangen niet meer via vermogensetikettering met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden overgedragen.<sup>82</sup>

Zoals reeds is gebleken, heeft de wetgever de grens tussen ondernemen en beleggen in de aanmerkelijkbelangregeling gesteld op 5%. Het is dan ook logisch dat het indirect gehouden aanmerkelijk belang van ten minste 5% door middel van de toerekeningsfictie, evenals het direct gehouden belang van 5%, onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is gebracht. De belastingplichtige die een indirect belang van ten minste 5% in een lichaam houdt, is immers met betrekking tot dat lichaam aan te merken als ondernemer. Ook ten aanzien van dat lichaam is dus sprake van reële bedrijfsoverdracht. Bovendien sluit een dergelijke behandeling aan bij het door de wetgever geformuleerde uitgangspunt dat in de bedrijfsopvolgingswetgeving zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden aandelen

---

<sup>77</sup> Hoogeveen en Lindenhof 2017, par 2.

<sup>78</sup> HR 22 april 2016, nr. 15/02845, *BNB* 2016/167.

<sup>79</sup> Gubbels 2016, par. 2.

<sup>80</sup> Hoogeveen en Lindenhof 2017, par. 1.

<sup>81</sup> Zie artikelen 4.17a lid 7 Wet IB 2001 en 35c lid 6 SW 1956.

<sup>82</sup> Voor een uitvoerige bespreking van deze reparatie, verwijst ik u naar Gubbels 2016.

in een vennootschap.<sup>83</sup> Direct gehouden belangen van ten minste 5% en indirect gehouden belangen van ten minste 5% worden door de toerekeningsfictie namelijk gelijk behandeld.

Met de reparatie van 1 juli 2016 heeft de wetgever nog eens duidelijk gemaakt voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te willen vasthouden aan de 5%-grens voor het onderscheid tussen reële bedrijfsoverdracht c.q. ondernemer en geen bedrijfsoverdracht c.q. belegger. Voor het indirect gehouden verwaterd belang van kleiner dan 5% doch ten minste 0,5% heeft de wetgever echter al in 2009 een uitzondering gemaakt.

Hoewel de wetgever oorspronkelijk vasthield aan de 5%-grens, heeft hij deze visie gedurende het wetgevingsproces van Wetsvoorstel 31 930 steeds verder verlaten. Tijdens het wetgevingsproces gaven belangenorganisaties aan dat afrekening over een indirect gehouden verwaterd belang tot problemen (lees: liquiditeitsproblemen) zou kunnen leiden. Hierop reageerde de wetgever door – onder voorwaarden – de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op het indirect gehouden verwaterd belang van kleiner dan 5% doch ten minste 0,5% van toepassing te laten zijn middels de toerekeningsfictie.<sup>84</sup>

Eén van die nadere voorwaarden is dat het indirect gehouden verwaterd belang bij een rechtsvoorganger van de vervreemder tot een 'echt' indirect aanmerkelijk belang heeft behoord.<sup>85</sup> Waar de wetgever eerder wilde vasthouden aan de 5%-grens, heeft hij reden gezien daarvan af te wijken in gevallen waarin een rechtsvoorganger (krachtens erfrecht, schenking of huwelijksvermogensrecht) van de vervreemder aan het 5%-criterium voldeed c.q. als ondernemer werd aangemerkt. Niet de overdrager hoeft aan het 5%-criterium te voldoen, als zijn rechtsvoorganger daaraan maar voldeed.

De wetgever hecht meer waarde aan de liquiditeitsproblemen die volgens belangenorganisaties ontstaan bij afrekening over een indirect gehouden verwaterd belang, dan aan het criterium dat door een ondernemer een onderneming moet worden overgedragen. Ook hier is mijns inziens, in de woorden van De Beer "sprake van een inbreuk op de "reëlebedrijfsopvolgingsgedachte" ten faveure van het "zuivere" continuïteitsbeginsel."<sup>86</sup> Weliswaar worden ten aanzien het indirect gehouden verwaterd belang extra voorwaarden gesteld voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, ook als daaraan is voldaan, is er geen enkele reden om de overdracht van een indirect verwaterd belang van kleiner dan 5% als reële bedrijfsoverdracht aan te merken.

---

<sup>83</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

<sup>84</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12-13 (NvW II).

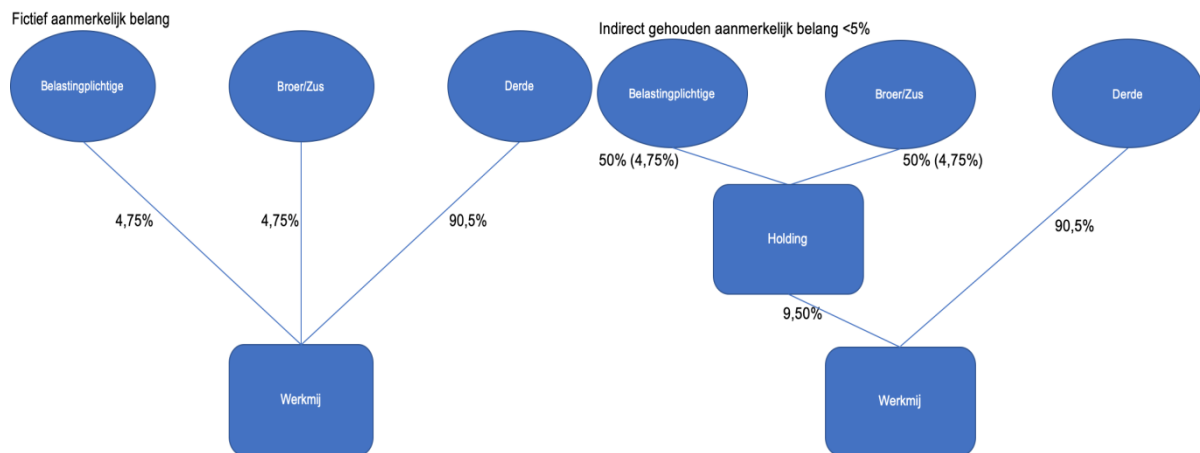
<sup>85</sup> Zie artikel 4.17c lid 5 onderdeel b Wet IB 2001 en artikel 35c lid 5 onderdeel b SW 1956.

<sup>86</sup> De Beer 2010, par. 6.



Evenals bij de overdracht van een fictief aanmerkelijk belang, vind ik het overigens moeilijk voor te stellen dat belastingheffing bij de overdracht van een belang van kleiner dan 5% tot een dermate groot liquiditeitsprobleem leidt dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.<sup>87</sup>

Het indirect gehouden verwaterd belang van kleiner dan 5% lijkt op het fictief aanmerkelijk belang in die zin dat beide zijn ontstaan vanuit een echt (indirect) aanmerkelijk belang. Gezien het uitgangspunt dat in de bedrijfsopvolgingswetgeving zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden aandelen, zou het logisch zijn geweest als beide belangen hetzelfde worden behandeld.<sup>88</sup> Dit is, zoals ik zal onderbouwen, echter niet het geval.



Bovenstaande voorbeelden geven een fictief aanmerkelijk belang (links) en een indirect gehouden belang van kleiner dan 5% (rechts) weer. In beide voorbeelden houdt de belastingplichtige een belang van 4,75% in de werkmaatschappij (Werkmij). Het fictief aanmerkelijk belang is ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang en valt, zonder dat aan nadere voorwaarden moet zijn voldaan, onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Als geen onderscheid zou worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden aandelen, zouden de indirect gehouden aandelen onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten vallen, onder de voorwaarde dat het indirect belang van kleiner dan 5% voorheen een echt indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd.

Echter, wil het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen, dan moet 1) dit belang een indirect belang van minimaal 0,5% zijn, 2) dit belang bij de rechtsvoorganger van de belastingplichtige een echt indirect aanmerkelijk belang hebben gevormd, 3) dit belang zijn verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking en 4) op het moment van voornoemde verwatering het lichaam waarop dit belang betrekking heeft, een onderneming hebben gedreven.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Hoogeveen en Lindenhof 2017 en Albregtse e.a. 2018, p. 1042.

<sup>88</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

<sup>89</sup> Voor een uitgebreide bespreking over toerekening voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016, verwijst ik naar Hoogeveen en Lindenhof 2016.

De aanvullende voorwaarden ten aanzien van het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% leiden mijns inziens niet alleen tot ongelijke behandeling van direct en indirect gehouden aandelen,<sup>90</sup> maar bovendien tot een gunstigere behandeling van belastingplichtigen die een indirect gehouden belang als het ware in de schoot geworpen krijgen. Een indirect gehouden belang van kleiner dan 5% dat niet krachtens erfrecht, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking is verkregen, kan namelijk nooit met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden overgedragen. Is een dergelijk belang daarentegen wel verkregen krachtens erfrecht, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking, dan kan dat onder voorwaarden wel. Een belastingplichtige die het belang met eigen middelen financiert, wordt dus ongunstiger behandeld.

De wetgever wilde aanvankelijk zowel het fictief aanmerkelijk belang als het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten houden, maar is daarop ten aanzien van beide belangen later in het wetgevingsproces teruggekomen.<sup>91</sup> Bij zowel het fictief aanmerkelijk belang als het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% was het voorkomen van een (volgens belangenorganisaties aan de orde zijnd) liquiditeitsprobleem belangrijker dan het uitsluitend faciliteren van reële bedrijfsoverdracht.

#### ***Paragraaf 4.4 Preferente aandelen***

##### ***Paragraaf 4.4.1 Preferente aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling***

Preferente aandelen zijn aandelen die bij voorrang enkel recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen.<sup>92</sup> Volgens de staatssecretaris kan reeds sprake zijn van preferente aandelen als zij niet volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten.<sup>93</sup> Op wat de exacte definitie van preferente aandelen is of zou moeten zijn, ga ik in deze scriptie niet in.

Preferente aandelen telden tot 20 maart 1991 wel mee voor de vraag of sprake was van een aanmerkelijk belang, maar konden zelf niet tot een aanmerkelijk belang behoren.<sup>94</sup> Het was destijds eenvoudig om door uitgifte van preferente aandelen de aanmerkelijkbelangregeling te ontlopen.<sup>95</sup> Om dit te repareren werd per 20 maart 1991 een soortbenadering ingevoerd, waarbij preferente aandelen een bijzondere positie innamen. Slechts preferente aandelen die aan een bepaalde definitie voldeden konden niet tot een aanmerkelijk belang behoren.<sup>96</sup> Per 1 januari

---

<sup>90</sup> Hoogeveen en Lindenhof 2016, par. 5.3.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44 (MvT), *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21 (NV II) en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12-13 (NvW II).

<sup>92</sup> Albrechtse e.a. 2018, p. 1039.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25 (NNV).

<sup>94</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.7, aant. 2.1 en Ganzeveld 2018.

<sup>95</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.7, aant. 2.1 en Ganzeveld 2018.

<sup>96</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.7, aant. 2.1 en Ganzeveld 2018.

1997 is de soortbenadering vereenvoudigd en sindsdien kan elk preferent aandeel tot een aanmerkelijk belang behoren.<sup>97</sup>

Preferente aandelen kunnen op basis van alle bepalingen van afdeling 4.3 Wet IB 2001 onder het bereik van de aanmerkelijkbelangregeling vallen. Als een preferent aandelenbelang ten minste 5% van het totaal geplaatste aandelenkapitaal van een vennootschap vertegenwoordigt, is sprake van een echt aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001. Als een preferent aandelenbelang minder dan 5% van het totaal geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigt en daarom niet op basis van artikel 4.6 Wet IB 2001 als aanmerkelijk belang kwalificeert, zal dit belang doorgaans op basis van artikel 4.7 Wet IB 2001 als aanmerkelijk belang kwalificeren.

Artikel 4.7 Wet IB 2001 is gericht tegen het ontgaan van de aanmerkelijkbelangregeling en is in zoverre dus een antimisbruikbepaling.<sup>98</sup> Een belastingplichtige heeft op basis van artikel 4.7 lid 1 Wet IB 2001 een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort (dus ook preferente) aandelen aandeelhouder is of rechten heeft om direct of indirect aandelen van die soort te verwerven tot ten minste 5% van het van die soort geplaatste kapitaal. Een preferent aandelenbelang zal doorgaans wel aan dit kwantitatief criterium voldoen.

#### ***Paragraaf 4.4.2 Preferente aandelen bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten***

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn in beginsel niet van toepassing op preferente aandelen. Ten aanzien van preferente aandelen worden namelijk additionele voorwaarden gesteld. Die voorwaarden zijn voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 opgenomen in artikel 4.17a lid 3 Wet IB 2001<sup>99</sup> en voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 opgenomen in artikel 35c lid 4 SW 1956. De reden voor de wetgever om additionele voorwaarden te stellen, bespreek ik later.

De volgende additionele voorwaarden worden gesteld ten aanzien van preferente aandelen:

- de preferente aandelen moeten een omzetting vormen van een eerder door de vervreemder gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- de omzetting tot preferente aandelen moet gepaard zijn gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen moet de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming hebben gedreven of een medegerechtigdheid hebben gehouden, en

---

<sup>97</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.7, aant. 2.1 en Ganzeveld 2018.

<sup>98</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 957-958.

<sup>99</sup> In artikel 4.17c lid 3 Wet IB 2001 is een schakelbepaling opgenomen, op basis waarvan artikel 4.17a lid 3 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing is bij toepassing van artikel 4.17c Wet IB 2001.

- de verkrijger van de preferente aandelen moet reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal (met uitzondering van het op preferente aandelen gestorte kapitaal) aandeelhouder zijn van gewone aandelen in betreffende vennootschap.

Bovenstaande voorwaarden komen erop neer dat preferente aandelen slechts onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen indien zij zijn verworven in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Voor indirect gehouden preferente aandelen, in het kader van een aandelenfusie, juridische splitsing en juridische fusie uitgegeven preferente aandelen, preferente aandelen verkregen krachtens erfrecht of schenking van degene die heeft omgezet en preferente aandelen die zijn omgezet in het kader van gefaseerde bedrijfsoverdracht, zijn in artikel 26b Uitvoeringsregeling IB 2001 en artikel 8 Uitvoeringsregeling SW 1956 overeenkomende voorwaarden gesteld.

Preferente aandelen die niet in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging zijn verworven, kunnen dus niet met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden overgedragen. De wetgever heeft voor deze behandeling van preferente aandelen gekozen omdat hij de houder van preferente aandelen niet aanmerkt als ondernemer, maar als kapitaalverstrekker.<sup>100</sup> Uit parlementaire stukken en uit een van de bovengenoemde voorwaarden volgt dat een overdracht van preferente aandelen slechts als een reële bedrijfsoverdracht wordt aangemerkt indien de overdrager voorheen als ondernemer bij de onderneming betrokken was.<sup>101</sup> Dit vind ik opvallend, omdat bij de overdracht van preferente aandelen volgens de wetgever dus sprake kan zijn van een reële bedrijfsoverdracht als de houder van die aandelen geen ondernemer (meer) is. Voormalig ondernemerschap van de preferente aandeelhouder is, als aan de overige additionele voorwaarden is voldaan, dus al voldoende voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat in dat geval sprake is van een reële gefaseerde bedrijfsoverdracht, hetgeen de wetgever niet heeft willen belemmeren.<sup>102</sup>

De Beer betwijfelt overigens of het terecht is dat preferente aandelen als belegging zijn betiteld en daarom in beginsel zijn uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.<sup>103</sup> Gezien het winstafhankelijke rendement op preferente aandelen, het risicoprofiel van preferente aandelen ten opzichte van vreemd vermogen en het feit dat ook preferente aandelen stemrechten bezitten, zouden preferente aandelen namelijk ook als aandeel betiteld kunnen worden.<sup>104</sup> De preferente aandeelhouder zou dan, mits hij aan het 5%-criterium voldoet, moeten worden aangemerkt als ondernemer, die met toepassing van de faciliteiten kan overdragen. De Beer merkt ook op dat de houder van preferente aandelen tevens de enig-aandeelhouder van een vennootschap kan zijn. Hoewel hij als ondernemer wordt aangemerkt ten aanzien van de andere aandelen in de

---

<sup>100</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43 (MvT).

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

<sup>102</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 (NV).

<sup>103</sup> De Beer 2010, par. 5.1.3.

<sup>104</sup> De Beer 2010, par. 5.1.2.2.b.

vennootschap, wordt hij als belegger aangemerkt ten aanzien van de preferente aandelen. Een aandeelhouder kan hierdoor ten aanzien van dezelfde vennootschap als ondernemer en belegger aangemerkt worden.<sup>105</sup> De preferente aandelen in die vennootschap kan hij dan niet overdragen, ondanks dat hij wel ondernemer is. Dit vind ik vreemd, omdat de meesleep-aanmerkelijkbelanghouder wel meesleep-aanmerkelijkbelangaandelen (ten aanzien waarvan hij als belegger wordt aangemerkt), kan overdragen met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (zie paragraaf 4.1). Ik ben van mening dat die lijn ook doorgetrokken zou moeten worden naar preferente aandelen.

Bij zowel het fictief aanmerkelijk belang als het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% was het voorkomen van liquiditeitsproblemen de reden om de aandeelhouder die niet aan het 5%-criterium voldoet, toch als ondernemer aan te merken, zodat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen worden toegepast. De preferente aandeelhouder wordt daarentegen, zelfs als hij aan het 5%-criterium voldoet, slechts als ondernemer aangemerkt als aan additionele voorwaarden wordt voldaan. Dat als gevolg van belastingheffing bij de overdracht van zijn preferente aandelen een liquiditeitsprobleem kan ontstaan, acht de wetgever niet relevant. De wetgever houdt ten aanzien van preferente aandelen vast aan het criterium dat moet worden overgedragen door een ondernemer. Hij rekt dit criterium daarbij echter wel enigszins op door slechts de voormalig ondernemer voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als ondernemer aan te merken.

Anderzijds beperkt de wetgever het ondernemer-criterium, omdat de preferente aandeelhouder met een 5%-belang niet als ondernemer wordt aangemerkt. Gezien de kenmerken van preferente aandelen, acht ik eenzelfde behandeling van preferente aandelen en 'normale' aandelen meer in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Althans, ik zie niet in waarom preferente aandelen standaard als belegging worden aangemerkt en daarom worden uitgesloten.

#### ***Paragraaf 4.5 Meetrek-aanmerkelijk belang***

##### ***Paragraaf 4.5.1 In de aanmerkelijkbelangregeling***

De regeling inzake het meetrek-aanmerkelijk belang (hierna: de meetrekregeling) is opgenomen in artikel 4.10 Wet IB 2001 en luidt als volgt:

“De tot het vermogen van de belastingplichtige behorende aandelen in of winstbewijzen van een vennootschap waarin hij geen, maar zijn partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel een aanmerkelijk belang heeft, behoren voor de belastingplichtige tot een aanmerkelijk belang.”

Een groot verschil met de in paragraaf 4.1 besproken meesleepregeling is dat de meetrekregeling leidt tot het ontstaan van een aanmerkelijk belang bij belastingplichtige, waar de meesleepregeling enkel leidt tot een uitbreiding van een reeds bestaand aanmerkelijk belang. De belastingplichtige is vóór toepassing van de meetrekregeling dus nog geen

---

<sup>105</sup> De Beer 2010, par. 3.4

aanmerkelijkbelanghouder, maar zijn partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel. Door toepassing van de meetrekregeling wordt de belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouder: de belastingplichtige wordt meegetrokken.

Het bereik van deze regeling mag niet worden onderschat, daar een belastingplichtige al wordt meegetrokken indien een partner, ((achter)klein)kind, ((over)groot)ouder of een van hun partners een aanmerkelijk belang heeft.<sup>106</sup> Uit jurisprudentie blijkt echter dat een belastingplichtige slechts kan worden meegetrokken door iemand die een echt aanmerkelijk belang heeft. De meetrekregeling reikt dus niet zo ver dat een meegetrokken belastingplichtige of een fictief aanmerkelijkbelanghouder ook kan meetrekken op grond van artikel 4.10 Wet IB 2001.<sup>107</sup> Het hebben van een meetrek-aanmerkelijk belang kan op basis van de wettekst van artikel 4.9 Wet IB 2001 leiden tot meeslepen van aandelen en winstbewijzen, maar omdat de meetrekregeling reeds leidt tot het meetrekken van alle tot het vermogen van de belastingplichtige behorende aandelen of winstbewijzen, resteert niets wat kan worden meegesleept.

Met de meetrekregeling wordt beoogd te voorkomen dat de aanmerkelijkbelangregeling wordt ontgaan door verdeling van belangen in een vennootschap binnen de familie.<sup>108</sup> Zonder de regeling zou men aandelenbelangen tot 4,99% kunnen toekennen aan familieleden. Die belangen zouden dan bij hen als box 3-vermogen tegen een forfaitair rendement belast worden, waarmee een groot belastingvoordeel kan worden behaald. De meetrekregeling is daarmee een anti-misbruikregeling.<sup>109</sup>

#### **Paragraaf 4.5.2 Bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten**

Het meetrek-aanmerkelijk belang is, zoals opgemerkt, in tegenstelling tot het meesleep-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang, (door uitsluiting) buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebracht. Hoewel de wetgever het fictief aanmerkelijk belang aanvankelijk ook wilde uitsluiten, is hij daarop teruggekomen (zie paragraaf 4.2.2). Het meetrek-aanmerkelijk belang is echter buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebleven. Dit wordt in kamerstukken als volgt onderbouwd:<sup>110</sup>

“Deze bepaling (lees: artikel 4.10 Wet IB 2001, MV) is in die wet opgenomen om misbruik te voorkomen. Daarmee zijn deze meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders geen ondernemers en bestaat er geen reden om hen als ondernemer in de zin van de bedrijfsopvolgingsregeling te betrekken, ondanks dat zij, om anti-misbruikredenen, wel in box 2 worden belast.”

Bovenstaande redenering is juist. De wetgever heeft de grens tussen ondernemen en beleggen (in de aanmerkelijkbelangregeling) gesteld op 5%. Voldoet een belastingplichtige niet aan het

---

<sup>106</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.10, aant. 2.1.

<sup>107</sup> HR 25 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BD0236 (concl. A-G Niessen), *BNB* 2010/31, m.nt. E.J.W. Heithuis, r.o. 3.4.2 en Dijkstra 2011.

<sup>108</sup> Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.10, aant. 1.1.

<sup>109</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21 (NV II) en Albregtse e.a. 2018, p. 1039.

<sup>110</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21.

5%-criterium, dan wordt die belastingplichtige niet aangemerkt als ondernemer. Om misbruik te voorkomen, wordt zijn belang toch als een (meetrek-)aanmerkelijk belang aangemerkt indien bepaalde, in relatie tot hem staande, personen een echt aanmerkelijk belang hebben. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn volgens de wetgever uitsluitend bedoeld voor het faciliteren van reële bedrijfsoverdracht c.q. overdracht door een ondernemer. De houder van een meetrek-aanmerkelijk belang is geen ondernemer, dus de overdracht van meetrek-aanmerkelijkbelangaandelen dient niet fiscaal te worden gefacilieerd.<sup>111</sup>

Ondanks dat bovenstaande redenering juist is, vind ik deze niet overtuigend. De fictief aanmerkelijkbelanghouder en de houder van het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% doch ten minste 0,5% voldoen, net als de meetrek-aanmerkelijkbelanghouder, niet aan het 5%-criterium en zijn dus evenmin ondernemer voor de aanmerkelijkbelangregeling. Zij worden echter voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wel als ondernemer aangemerkt, omdat bij belastingheffing ter zake van de overdracht van hun aandelen (volgens belangenorganisaties) een liquiditeitsprobleem aan de orde is. Het bevreemdt me dat de meetrek-aanmerkelijkbelanghouder dan niet op dezelfde grond als ondernemer wordt aangemerkt voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Bij de overdracht van meetrek-aanmerkelijkbelangaandelen is een liquiditeitsprobleem immers in dezelfde mate aan de orde als bij de overdracht van fictief aanmerkelijkbelangaandelen.<sup>112</sup> Het feit dat de meetrek-aanmerkelijkbelangaandelen uitsluitend om anti-misbruikredenen onder de aanmerkelijkbelangregeling zijn gebracht, maakt dit niet anders.

#### ***Paragraaf 4.6 Een vergelijking van de verschillende vormen van (aanmerkelijk) belang***

Met de kennis, opgedaan in hoofdstuk 3 en de paragrafen 4.1 tot en met 4.5, kan de behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden vergeleken en kan worden beoordeeld of het onderscheid in behandeling in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Ook uit de nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 31 930 blijkt dat de wetgever de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend van toepassing heeft willen laten zijn indien aandelen worden overgedragen door/verkregen van een ondernemer:<sup>113</sup>

“de insteek van de herziening van de bedrijfsopvolgingsregeling is geweest om meer aan te sluiten bij het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Eén van de elementen die daarbij van belang is, is dat moet worden verkregen van een ondernemer.”

Zoals in hoofdstuk 3 is gebleken, heeft de wetgever voor het ondernemer-begrip aangesloten bij de aanmerkelijkbelangregeling. In de aanmerkelijkbelangregeling is sprake van een ondernemer als een belastingplichtige ten aanzien van een aandelenbelang aan het 5%-criterium voldoet. Als

---

<sup>111</sup> Albregtse e.a. 2018, p. 1038.

<sup>112</sup> De Wijkerslooth-Lhoëst 2010 par. 3.7 en Dijkstra 2011, par. 4.4.

<sup>113</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20.

men dit leest, zou men denken dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend van toepassing zijn op het (direct en indirect gehouden) echt aanmerkelijk belang en het meesleep-aanmerkelijk belang, voor zover dit is meegesleept met een echt aanmerkelijk belang. Zoals reeds duidelijk is, is de werkelijkheid echter anders. Het fictief aanmerkelijk belang valt onverminderd onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% valt daar onder aanvullende voorwaarden onder en het preferente aandelenbelang valt daar bij uitzondering onder. Slechts het meetrek-aanmerkelijk belang is geheel uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De wetgever heeft de behandeling van het fictief aanmerkelijk belang onderbouwd door op te merken dat belastingheffing zou kunnen leiden tot liquiditeitsproblemen en dat een fictief aanmerkelijk belang enkel kan zijn ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang. Mijn mening over die onderbouwing heb ik reeds gegeven in paragraaf 4.2.2. Omdat voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vereist is dat wordt overgedragen door een ondernemer, heeft de wetgever de fictief aanmerkelijkbelanghouder aangemerkt als ondernemer en op die manier het ondernemer-criterium feitelijk opgerekt. Van een echte ondernemer is immers geen sprake omdat de fictief aanmerkelijkbelanghouder niet aan het 5%-criterium voldoet. Sterker nog, de fictief aanmerkelijkbelanghouder kan een minimaal belang in een vennootschap (van bijvoorbeeld 0,1%) hebben en toch als ondernemer worden aangemerkt voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het ondernemer-criterium wordt hierdoor zover opgerekt dat daaraan naar mijn mening nog zo weinig betekenis toekomt, dat op basis van dat criterium eigenlijk ieder aandelenbelang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zou moeten vallen.

Zoals ik in paragraaf 4.5 aangaf, bevreemdt het me dat het meetrek-aanmerkelijk belang niet net als het fictief aanmerkelijk belang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is gebracht. In economische en juridische zin is er geen verschil tussen de meetrek-aanmerkelijkbelanghouder en de fictief aanmerkelijkbelanghouder. Het enige (fiscale) verschil tussen het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang is dat het fictief aanmerkelijk belang enkel kan zijn ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang en het meetrek-aanmerkelijk belang niet. Buiten het feit dat dit gegeven, zoals De Beer opmerkt "volstrekt irrelevant is voor een faciliteit die slechts 'reële bedrijfsopvolging' wenst te faciliteren"<sup>114</sup>, gaat de wetgever hiermee (wellicht niet geheel bewust) voorbij aan het feit dat een fictief aanmerkelijk belang kan zijn ontstaan vanuit een meetrek-aanmerkelijk belang. Ik zal dit toelichten.

Zolang de partner van de belastingplichtige of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of diens partner een aanmerkelijk belang in een vennootschap heeft, behoren alle aandelen in of winstbewijzen van die vennootschap die in het bezit zijn van de

---

<sup>114</sup> De Beer 2010, par. 6.



belastingplichtige tot een meetrek-aanmerkelijk belang (zie artikel 4.10 Wet IB 2001). Uiteraard slechts als de belastingplichtige geen echt aanmerkelijk belang heeft.

Maar stel: één van de bloed- of aanverwanten als bedoeld in artikel 4.10 Wet IB 2001 houdt op een echt aanmerkelijk belang te hebben. Bij de belastingplichtige is dan mogelijk niet langer een meetrek-aanmerkelijk belang aanwezig. Verzoekt hij echter om doorschuiving op grond van artikel 4.16 lid 1 onderdeel g juncto artikel 4.40 Wet IB 2001, dan ontstaat bij de belastingplichtige een fictief aanmerkelijk belang. Overdracht door de belastingplichtige kwam voorheen niet in aanmerking voor gefacilieerde bedrijfsoverdracht, maar wel nu hij een fictief aanmerkelijk belang heeft. Toen het belang nog kwalificeerde als een meetrek-aanmerkelijk belang werd overdracht daarvan niet gefacilieerd omdat de meetrekregeling uitsluitend dient om misbruik te voorkomen en de belastingplichtige niet als ondernemer is aan te merken. Nu het belang kwalificeert als een fictief aanmerkelijk belang kan overdracht wel gefacilieerd plaatsvinden, omdat belastingheffing zou kunnen leiden tot liquiditeitsproblemen en omdat het fictief aanmerkelijk belang is ontstaan vanuit een meetrek-aanmerkelijk belang, dat dus als een echt aanmerkelijk belang wordt aangemerkt. Voor de belastingplichtige is in economische en juridische zin niets veranderd, maar door de fiscale her kwalificatie van het aanmerkelijk belang zijn de fiscale gevolgen totaal anders. Indien belastingheffing tot liquiditeitsproblemen kan leiden nu het belang kwalificeert als een fictief aanmerkelijk belang, was dat ook het geval toen het belang nog kwalificeerde als een meetrek-aanmerkelijk belang. Een mogelijk liquiditeitsprobleem speelt in beide gevallen immers in dezelfde mate.<sup>115</sup> Uit kamerstukken blijkt overigens dat de wetgever zich bewust was van deze problematiek dat een meetrek-aanmerkelijk belang kan ‘aangroeien’ tot een fictief aanmerkelijk belang:<sup>116</sup>

“De situatie kan zich inderdaad voordoen dat een meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder de status van fictief aanmerkelijkbelanghouderschap verkrijgt, zoals de leden van de ChristenUnie-fractie aangeven. (...) Bij de motivering om de fictief aanmerkelijkbelanghouder onder de kwalificerende onder de ondernemers te scharen heeft voor ogen gestaan dat de aandelen eerst tot een minimaal 5%-pakket hebben behoord. In het uitzonderlijke geval zoals wordt geschetst is de regeling desondanks van toepassing, omdat het meetrek-ab weer aangroeit bij het fictief ab.”

Hoewel de wetgever zich van deze problematiek bewust was, heeft hij niets gedaan om in gevallen waarin een meetrek-aanmerkelijk belang is ‘aangegroeid’ tot een fictief aanmerkelijk belang, het fictief aanmerkelijk belang buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te brengen. Mogelijk is de oorzaak daarvan gelegen in het vaak snelle en hectische belastingwetgevingsproces, waarin nou eenmaal dingen over het hoofd kunnen worden gezien. Sinds de grondige wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in 2010

---

<sup>115</sup> De Wijkerslooth-Lhoëst 2010 par. 3.7 en Dijkstra 2011, par. 4.4.

<sup>116</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 48 (NNV).

is daarentegen ook in de literatuur op deze problematiek geweest.<sup>117</sup> De wetgever zou er mijns inziens goed aan hebben gedaan als hij deze inconsequentie later alsnog had weggenomen. Omdat een fictief aanmerkelijk belang kan zijn ontstaan vanuit een meetrek-aanmerkelijk belang, komt mijns inziens nog weinig gewicht toe aan het argument dat een fictief aanmerkelijk belang enkel kan zijn ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang, nu meetrek-aanmerkelijk belang niet kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Omdat liquiditeitsproblemen bij de overdracht van een fictief aanmerkelijk belang en een meetrek-aanmerkelijk belang in dezelfde mate aan de orde zijn en aan het argument dat een fictief aanmerkelijk belang enkel kan zijn ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang weinig gewicht toekomt, zie ik niet in waarom het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang verschillend worden behandeld. Daarom zou ofwel het meetrek-aanmerkelijk belang net als het fictief aanmerkelijk belang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten worden gebracht, ofwel moeten beide buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden gebracht. Een onderscheid in behandeling tussen het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang is mijns inziens namelijk niet in overeenstemming met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik ben het met Dijkstra eens dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een willekeurig karakter hebben nu enkel het meetrek-aanmerkelijk belang is uitgesloten voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en het fictief aanmerkelijk belang niet.<sup>118</sup>

Zoals ik in paragraaf 4.3 heb uiteengezet, worden voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvullende voorwaarden gesteld ten aanzien van het indirect gehouden belang van kleiner dan 5%. Het fictief aanmerkelijk belang valt daarentegen onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zonder dat aan aanvullende voorwaarden moet zijn voldaan. Het meetrek-aanmerkelijk belang is onverminderd uitgesloten. Gezien het door de wetgever geformuleerde uitgangspunt dat in de bedrijfsopvolgingswetgeving zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden aandelen<sup>119</sup>, zou een gelijke behandeling van direct en indirect gehouden belangen van kleiner dan 5% in lijn zijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een onderscheid in behandeling van het indirect gehouden belang van kleiner dan 5%, het meetrek-aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk is mijns inziens daarom niet in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het betreffen hier namelijk allemaal belangen van kleiner dan 5%.

De behandeling van het preferente aandelenbelang blijft mijns inziens discutabel. Volgens de wetgever vertonen preferente aandelen kenmerken van vreemd vermogen, zodat de preferente aandeelhouder als belegger kan worden aangemerkt.<sup>120</sup> In dat geval is het terecht dat preferente

---

<sup>117</sup> Dijkstra 2011, par. 4.4.

<sup>118</sup> Dijkstra 2011, par. 4.4.

<sup>119</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

<sup>120</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97 (NV II) en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26 (NNV).

aandelen buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn gebracht. Anderzijds vertonen preferente aandelen kenmerken van eigen vermogen, zodat de preferente aandeelhouder als ondernemer kan worden aangemerkt.<sup>121</sup> In dat geval zouden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op preferente aandelen van toepassing moeten zijn, mits de preferente aandeelhouder aan het 5%-criterium voldoet. De wetgever heeft echter voor een afwijkend criterium gekozen: de preferente aandelen moeten zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. Slechts dan zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing. Ik ben van mening dat preferente aandelen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten hetzelfde moeten worden behandeld als andere aandelen. Als ten aanzien van een preferent aandelenbelang aan het 5%-criterium is voldaan, moeten preferente aandelen onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen. De preferente aandeelhouder is dan immers ondernemer ten aanzien van die aandelen.

#### ***Paragraaf 4.7 Tussenconclusie***

De wetgever heeft de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend van toepassing willen laten zijn indien sprake is van een reële bedrijfsoverdracht c.q. een overdragende ondernemer. Voor het ondernemer-begrip heeft de wetgever aangesloten bij het 5%-criterium. Daarom is voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten slechts een onderscheid in behandeling tussen het echt aanmerkelijk belang, het meesleep-aanmerkelijk belang (voor zover dit is meegesleept met een echt-aanmerkelijk belang) en het indirect gehouden aanmerkelijk belang enerzijds en het fictief aanmerkelijk belang, het meetrek-aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% anderzijds in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In dit hoofdstuk is gebleken dat momenteel geen sprake is van een dergelijk onderscheid in behandeling dat in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een onderscheid tussen 'normale' aandelen en preferente aandelen is mijns inziens ook niet te verklaren vanuit de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Omdat het huidige onderscheid in behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang niet in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, doe ik in hoofdstuk 5 aanbevelingen over hoe de wetgever tot een onderscheid in behandeling kan komen dat wel in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

---

<sup>121</sup> De Beer 2010, par. 5.1.2.2.b.

## Hoofdstuk 5 Aanbevelingen

Het staat de wetgever mijns inziens vrij te kiezen welke criteria hij hanteert om te bepalen of bepaalde vormen van aanmerkelijk belang in aanmerking komen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Voorwaarden zijn dat die criteria in lijn zijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en dat de wetgever die criteria (in het licht van die doelstelling) consequent toepast.

Zoals ik reeds in hoofdstuk 1 heb opgemerkt, leid ik uit de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een tweetal criteria af: het reële bedrijfsoverdracht-criterium c.q. ondernemer-criterium en het liquiditeitsprobleem-criterium. Gezien die criteria, zou het logisch zijn als naast het ondernemer-criterium een liquiditeitsprobleem-toets werd aangelegd voor de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in een specifiek geval van de toepassing zouden moeten zijn. De wetgever heeft om doelmatigheidsredenen ervoor gekozen om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet afhankelijk te maken van de materiële beoordeling of in het concrete geval sprake is van liquiditeitsproblemen.<sup>122</sup> Of een liquiditeitsprobleem daadwerkelijk aan de orde is, is niet van belang. Omdat een liquiditeitsprobleem wordt verondersteld, vallen het liquiditeitsprobleem-criterium en het ondernemer-criterium samen en kan voor de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing moeten zijn, worden volstaan met de vraag of aan het ondernemer-criterium is voldaan.

Hanteert de wetgever het juiste ondernemer-criterium en past hij dit criterium consequent toe, dan komt hij tot een behandeling van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang die in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In hoofdstuk 4 is gebleken dat de wetgever het ondernemer-criterium niet consequent toepast. Ten aanzien van bepaalde vormen van aanmerkelijk belang hanteert hij namelijk het ondernemer-criterium dat geldt in de aanmerkelijkbelangregeling: het 5%-criterium. Ten aanzien van andere belangen hanteert de wetgever het ondernemer-criterium feitelijk in opgerekte vorm. Het resultaat van het hanteren van deze verschillende ondernemer-criteria is een onderscheid in behandeling van verschillende vormen van aanmerkelijk belang dat niet in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Ik ga in paragraaf 5.1 in op de vraag welk ondernemer-criterium van de bovenstaande het meest in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarbij geef ik meteen antwoord op de vraag hoe de verschillende vormen van aanmerkelijk belang mijns inziens behandeld moeten worden als de wetgever het ondernemer-criterium consequent toepast.

Daarna bespreek ik in paragraaf 5.2 een alternatief ondernemer-criterium: een ondernemer-criterium waarbij niet alleen de overdrager, maar ook de verkrijger centraal staat. Dit zou mijns inziens namelijk nog meer in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn.

---

<sup>122</sup> Hoogeveen 2011, p. 323 en 403.

### **Paragraaf 5.1 Het 5%-criterium of het opgerekt ondernemer-criterium?**

Als de wetgever strikt vasthoudt aan het 5%-criterium, zouden slechts het echt aanmerkelijk belang, het meesleep-aanmerkelijk belang (voor zover wordt meegesleept met een echt aanmerkelijk belang) en het indirect gehouden aanmerkelijk belang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen. Rekt de wetgever daarentegen het ondernemer-criterium op, zoals hij thans al doet voor de behandeling van het fictief aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5%, dan zouden alle aandelenbelangen (ook die in box 3) onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten vallen.

Omdat volgens de wetgever een van de elementen van reële bedrijfsopvolging is dat moet worden overgedragen door een ondernemer<sup>123</sup>, acht ik een opgerekt ondernemer-criterium niet in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Met het hanteren van het opgerekt ondernemer-criterium kunnen namelijk belastingplichtigen die geen ondernemers zijn, toch met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten overdragen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn dan niet alleen van toepassing in gevallen van reële bedrijfsoverdracht, maar ook in gevallen waarin geen sprake is van reële bedrijfsoverdracht. Dat met het opgerekt ondernemer-criterium in die gevallen een (volgens belangenorganisaties) aan de orde zijnd liquiditeitsprobleem zou kunnen worden ondervangen, is niet relevant voor een faciliteit die zich richt op het uitsluitend faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten. Ik ben daarom van mening dat strikte toepassing van het ondernemer-criterium de enige juiste oplossing is als de wetgever een ondernemer-criterium hanteert waarbij uitsluitend de overdrager centraal staat.

Op basis van dat criterium moeten het fictief aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% buiten het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden gebracht. Omdat mijns inziens een onderscheid tussen normale aandelen en preferente aandelen niet te verklaren is vanuit de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zou ook voor de preferente aandeelhouder op basis van het 5%-criterium beoordeeld moeten worden of hij als ondernemer is aan te merken. De behandeling van de overige vormen van aanmerkelijk belang kan voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gehandhaafd blijven.

### **Paragraaf 5.2 Een ondernemer-criterium waarbij ook de verkrijger centraal staat**

Bij het ondernemer-criterium staat onder huidige bedrijfsopvolgingswetgeving uitsluitend de overdrager centraal. Voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is niet relevant of wordt verkregen door een ondernemer, in de zin dat geen eisen worden gesteld aan de omvang van de verkrijging of aan de omvang van het belang dat de verkrijger na de verkrijging heeft. Dit vind ik vreemd, nu de wetgever in parlementaire geschiedenis heeft opgemerkt dat een reële bedrijfsoverdracht betekent dat een onderneming moet worden verkregen van een ondernemer en dat deze onderneming door een ondernemer moet worden voortgezet.<sup>124</sup> Gezien die

---

<sup>123</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20.

<sup>124</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8 (NMvT).

opmerking, acht ik een systeem waarin het ondernemer-criterium ook betrekking heeft op de verkrijger, meer in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dan het huidige systeem. Slechts dan kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend van toepassing zijn bij reële bedrijfsoverdrachten.

Als het ondernemer-criterium ook betrekking heeft op de verkrijger, hoeft dat mijns inziens overigens niet te betekenen dat de overdrager een 5%-belang overdraagt of dat de verkrijger een 5%-criterium verkrijgt. Het minimale vereiste is dat de overdrager aan het 5%-criterium voldoet vóór de verkrijging en dat de verkrijger aan een 5%-criterium voldoet na de verkrijging. Dit betekent onder andere dat als de verkrijger vóór de overdracht nog geen aandelen heeft en hij van twee ondernemers c.q. 5%-aanmerkelijkbelanghouders in totaal minimaal een 5%-belang verkrijgt, dit als reële bedrijfsoverdracht is aan te merken. Ook de overdracht van een 0,1%-belang door een ondernemer aan een andere ondernemer wordt dan aangemerkt als een reële bedrijfsoverdracht. Hoewel het de vraag is in hoeverre het dan nog realistisch is om te veronderstellen dat een liquiditeitsprobleem als gevolg van belastingheffing aan de orde is, wordt een dergelijke overdracht thans ook fiscaal gefacilieerd, mits de overdrager ondernemer is.

## Hoofdstuk 6 Samenvatting en conclusie

### *Onderzoek*

In dit onderzoek heeft het onderscheid in behandeling tussen de verschillende vormen van (aanmerkelijk) belang centraal gestaan. Ik heb onderzocht of dit onderscheid in behandeling in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: het *uitsluitend faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten*, in gevallen waarin belastingheffing zou kunnen leiden tot liquiditeitsproblemen en daarmee een gevaar zou kunnen vormen voor onbelemmerde voortzetting van de economische bedrijvigheid.

### *Toetsingskader*

Om te kunnen toetsen of het onderscheid in behandeling in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, heb ik uit de voornoemde doelstelling een tweetal toetsingscriteria afgeleid: het reële bedrijfsoverdracht-criterium en het liquiditeitsprobleem-criterium. Uit de parlementaire geschiedenis en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten volgt dat van een reële bedrijfsoverdracht slechts sprake kan zijn als aanmerkelijkbelangaandelen worden overgedragen door een ondernemer c.q. 5%-aanmerkelijkbelanghouder. Of daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem als gevolg van de belastingheffing ter zake van een reële bedrijfsoverdracht is thans voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geen voorwaarde. Een liquiditeitsprobleem wordt verondersteld als sprake is van een reële bedrijfsoverdracht c.q. een overdragende ondernemer. Omdat bij een reële bedrijfsoverdracht een eventueel liquiditeitsprobleem als gevolg van belastingheffing wordt verondersteld, vallen het liquiditeitsprobleem-criterium en het reële bedrijfsoverdracht-criterium samen in dit laatste criterium. Voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is dus voldoende dat sprake is van een reële bedrijfsoverdracht.

### *Het echt (indirect) aanmerkelijk belang en het meesleep-aanmerkelijk belang*

Men zou gezien het criterium dat moet worden overgedragen door een ondernemer c.q. 5%-aanmerkelijkbelanghouder verwachten dat slechts het echte aanmerkelijk belang, het meesleep-aanmerkelijk belang (voor zover wordt meegesleept met een echt aanmerkelijk belang) en het indirect aanmerkelijk belang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden vallen. Ten aanzien van het echt aanmerkelijk belang en het indirect aanmerkelijk belang wordt namelijk aan het 5%-criterium voldaan. Ten aanzien van het meesleep-aanmerkelijk belang wordt niet aan het 5%-criterium voldaan, maar de meesleep-aanmerkelijkbelanghouder voldoet wel ten aanzien van een ander belang aan het 5%-criterium (tenzij wordt meegesleept met een fictief aanmerkelijk belang).

### *Het fictief aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5%*

Het fictief aanmerkelijk belang, waarvan de houder niet aan het 5%-criterium voldoet, valt ook onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Hetzelfde geldt onder voorwaarden voor het indirect gehouden belang van kleiner dan 5%. Het meetrek-aanmerkelijk

belang is de enige vorm van aanmerkelijk belang die in het geheel is uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

*De behandeling van preferente aandelen: een apart criterium*

Voorts zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in beginsel niet van toepassing op preferente aandelen, omdat de wetgever het preferente aandelenbelang ziet als belegging en de preferente aandeelhouder als belegger. Preferente aandelen kunnen daarentegen wel worden overgedragen met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien de preferente aandelen zijn verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. Het 5%-criterium speelt ten aanzien van preferente aandelen geen rol voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Ik zie overigens niet in waarom het preferente aandelenbelang standaard als belegging wordt aangemerkt, ook als ten aanzien van dat belang aan het 5%-criterium is voldaan. De preferente aandelen zouden, gezien het winstafhankelijke rendement op preferente aandelen, het risicoprofiel van preferente aandelen ten opzichte van vreemd vermogen en het feit dat ook preferente aandelen stemrechten bezitten, namelijk ook als aandeel in plaats van als belegging betiteld kunnen worden. Ik voorsta daarom een gelijke behandeling van preferente aandelen en 'normale' aandelen.

*Het onderscheid in behandeling tussen het fictief aanmerkelijk belang, het meetrek-aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5%*

Omdat de behandeling van het echt aanmerkelijk belang, het meesleep-aanmerkelijk belang (voor zover wordt meegesleept met een echt aanmerkelijk belang) en het indirect aanmerkelijk belang in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, heeft met name het onderscheid in behandeling tussen de overige vormen van (aanmerkelijk) belang centraal gestaan. Daarbij heb ik me afgevraagd waarom het fictief aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% (onder voorwaarden) wel onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen en het meetrek-aanmerkelijk belang niet.

Gebleken is dat het onderscheid in behandeling tussen het fictief aanmerkelijk belang, het meetrek-aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% niet in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In het licht van de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bestaat namelijk geen relevant verschil tussen deze belangen. Ten eerste voldoet geen van de houders aan het 5%-criterium. Daarnaast is het gegeven dat het fictief aanmerkelijk belang altijd is ontstaan vanuit een echt aanmerkelijk belang en het gegeven dat het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% (voor toepassing van de faciliteiten) moet zijn ontstaan vanuit een echt indirect aanmerkelijk belang, niet relevant voor een faciliteit die uitsluitend is gericht op het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten. Bovendien kan een fictief aanmerkelijk belang ook zijn ontstaan vanuit een meetrek-aanmerkelijk belang dat is uitgesloten van de faciliteiten en dus niet slechts vanuit een echt aanmerkelijk belang. Het feit dat meetrek-aanmerkelijkbelangaandelen om anti-misbruikredenen onder het bereik van de



aanmerkelijkbelangregeling zijn gebracht, is eveneens irrelevant. Bovendien speelt een eventueel (verondersteld) liquiditeitsprobleem ten aanzien van al deze belangen in gelijke mate.

*Eén ondernemer-criterium of een criterium waarbij ook de verkrijger centraal staat*

Om het onderscheid in behandeling dat niet in lijn is met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten weg te nemen, zou de wetgever consequent één ondernemer-criterium moeten hanteren. De wetgever hanteert thans ten aanzien van het echt aanmerkelijk belang, het meesleep-aanmerkelijk belang (voor zover wordt meegesleept met een echt aanmerkelijk belang), het indirect aanmerkelijk belang en het meetrek-aanmerkelijk belang het ondernemer-criterium c.q. 5%-criterium. Ten aanzien van het fictief aanmerkelijk belang en het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% hanteert hij daarentegen feitelijk een opgerekt ondernemer-criterium. Het ondernemer-criterium is daarbij echter zover opgerekt dat daaraan nog zo weinig betekenis toekomt dat mijns inziens op basis van dat criterium ieder aandelenbelang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zou moeten vallen. De omvang van het belang dat de overdrager bezit, is namelijk niet meer relevant op basis van dat opgerekte ondernemer-criterium. Het gevolg is dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet meer uitsluitend van toepassing zijn in gevallen van reële bedrijfsoverdracht, maar ook in gevallen waarin (volgens belangenorganisaties) slechts een liquiditeitsprobleem aan de orde is.

Teneinde de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten nog uitsluitend van toepassing te laten zijn in gevallen van reële bedrijfsoverdracht, zou de wetgever zich moeten beperken tot het ondernemer-criterium c.q. 5%-criterium. Slechts als een belastingplichtige ten aanzien van een belang aan het 5%-criterium voldoet, kan hij dan met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten overdragen. Dit betekent dat slechts het echt aanmerkelijk belang, het meesleep-aanmerkelijk belang (voor zover wordt meegesleept met een echt aanmerkelijk belang) en het indirect aanmerkelijk belang onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden moeten vallen. Ook preferente aandelen zouden op basis van het 5%-criterium onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten kunnen vallen. Mijns inziens zijn de behandeling en het onderscheid daarin van de verschillende vormen van aanmerkelijk belang dan meer in lijn met de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is thans niet van belang hoe groot het belang is dat wordt overgedragen of hoe groot het belang is dat de verkrijger na de verkrijging heeft. Zelfs als de verkrijger na een verkrijging een belang heeft van 0,1%, kan de overdracht worden aangemerkt als een reële bedrijfsoverdracht. De verkrijger hoeft dus geen ondernemer te zijn na de verkrijging. Ik vind het niet realistisch om te spreken van een reële bedrijfsoverdracht als de verkrijger daarna geen ondernemer is. Temeer nu uit kamerstukken blijkt dat voor een reële bedrijfsoverdracht ook vereist is dat de overgedragen onderneming door een ondernemer wordt voortgezet. Ik heb daarom een alternatief ondernemer-criterium geschetst. Het betreft een criterium waarbij zowel de overdrager als de verkrijger centraal staan: de overdrager moet vóór

de overdracht ten minste aan het 5%-criterium voldoen en de verkrijger moet ten minste daaraan voldoen na de overdracht. Alsdan wordt overgedragen door een ondernemer en voortgezet door een ondernemer.

#### *Slotconclusie*

Al met al is mij gedurende dit onderzoek duidelijk geworden dat de wetgever iets dient te doen aan de behandeling van het meetrek-aanmerkelijk belang, het fictief aanmerkelijk belang, het indirect gehouden belang van kleiner dan 5% en het preferente aandelenbelang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Is de wetgever bereid een ingrijpende wijziging door te voeren, dan stel ik voor in de faciliteiten een criterium te hanteren waarin ook de verkrijger centraal staat. Een minder ingrijpende wijziging welke ik voorsta, is een wijziging waardoor slechts de 5%-belanghouder fiscaal gefacilieerd kan overdragen. Handhaaft de wetgever het opgerekt ondernemer-criterium welke hij thans hanteert, dan zie ik geen reden enig aandelenbelang nog langer uit te sluiten voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De wetgever zal in ieder geval iets moeten veranderen om tot een behandeling van de verschillende vormen van (aanmerkelijk) aandelenbelang bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te komen, welke meer in lijn is met de doelstelling van de faciliteiten!

## Literatuurlijst, kamerstukken, beleidsbesluiten en jurisprudentieoverzicht

### Boeken, tijdschriftartikelen en commentaar

#### **Albregtse e.a. 2018**

D.A. Albregtse e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting. Studenteneditie 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 961-1049.

#### **De Beer 2010**

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

#### **De Blicq e.a. 2017**

L.A. De Blicq e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2017.

#### **Dijkstra 2011**

C.G. Dijkstra, 'Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?', *WFR* 2011/725-729.

#### **Ganzeveld 2018**

J. Ganzeveld, 'Preferente aandelen: stiefkindje van het aanmerkelijk belang', *NTFR* 2018, 50/2813.

#### **Gubbels 2016**

N.C.G. Gubbels, 'Met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142, par. 2.

#### **Happé 1996**

R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming (diss. Leiden) (Fiscale Monografieën nr. 77)*, Deventer: Kluwer 1996.

#### **Heithuis 2006**

E.J.W. Heithuis, 'Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2', *WFR* 2006/291.

#### **Hoogeveen 2011**

M.J. Hoogeveen, *de kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving (diss. UvT). Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 19*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

#### **Hoogeveen 2012**

M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid is onder de maat', *TFO* 2012/118.

#### **Hoogeveen en Lindenhof 2017**

M.J. Hoogeveen en R.C.G. Lindenhof, 'Toerekening voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016', *MBB* 2017/10.

#### **Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.6**

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie inkomstenbelasting, *artikelsgewijs commentaar bij artikel 4.6 Wet op de inkomstenbelasting 2001*, Kluwer (online, bijgewerkt 15-05-2019).

#### **Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.7**

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie inkomstenbelasting, *artikelsgewijs commentaar bij artikel 4.6 Wet op de inkomstenbelasting 2001*, Kluwer (online, bijgewerkt 15-05-2019).

#### **Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.9**

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie inkomstenbelasting, *artikelsgewijs commentaar bij artikel 4.9 Wet op de inkomstenbelasting 2001*, Kluwer (online, bijgewerkt 15-05-2019).

#### **Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.10**

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie inkomstenbelasting, *artikelsgewijs commentaar bij artikel 4.10 Wet op de inkomstenbelasting 2001*, Kluwer (online, bijgewerkt 15-05-2019).

#### **Vakstudie inkomstenbelasting artikel 4.11**

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie inkomstenbelasting, *artikelsgewijs commentaar bij artikel 4.11 Wet op de inkomstenbelasting 2001*, Kluwer (online, bijgewerkt 15-05-2019).

#### **Van Vijfeijken en Gubbels 2018**

I.J.F.A. Van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting. Studenteneditie 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 269.

#### **De Wijkerslooth-Lhoëst 2010**

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

#### Kamerstukken

*Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3.

*Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3.

*Kamerstukken II* 1996/97, 24 761, nr. 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 14.

*Kamerstukken I* 2009/10, 32 128, nr. E.

### Beleidsbesluit

Besluit van 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8.

### Rechtspraak

HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, *BNB* 1960/123.

HR 25 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BD0236 (concl. A-G Niessen), *BNB* 2010/31, m.nt.

E.J.W. Heithuis, r.o. 3.4.2.

HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR: 2013:1206.

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