



Het voortzettingsvereiste als waarborg voor de reële bedrijfsopvolging

L.C.H.N. (Luc) Kuivenhoven

11 augustus 2019 | Tilburg Law School | Masterthesis Fiscaal Recht

Het voortzettingsvereiste als waarborg voor de reële bedrijfsopvolging

Een onderzoek naar de effectiviteit van het voortzettingsvereiste, getoetst aan de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de schenk- en erfbelasting

Scribent	L.C.H.N. (Luc) Kuivenhoven
Studentnummer	1244349
Instituut	Tilburg University (Fiscaal Instituut Tilburg)
Faculteit	Tilburg Law School
Collegejaar	2018-2019
Begeleider	mr. dr. M.J. (Mascha) Hoogeveen
Tweede lezer	dr. J.H.M. (Jan) Nieuwenhuizen
Examencommissie	prof. mr. M.C.G. (Nicole) Gubbels
Afstudeerdatum	19 augustus 2019



Abstract

De Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) kent voor de schenking en vererving van ondernemingsvermogen een zeer ruime vrijstelling: de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (hierna: de BOF). De belangrijkste doelstelling van de BOF is het (uitsluitend) faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Volgens de wetgever is het meest wezenlijke kenmerk van een reële bedrijfsopvolging dat de onderneming wordt voortgezet door de verkrijger. Het voortzettingsvereiste zou dit moeten waarborgen. In deze masterthesis heb ik onderzocht in hoeverre het voortzettingsvereiste daadwerkelijk bijdraagt aan de doelstelling van de BOF. De beoordeling van het voortzettingsvereiste valt daarbij uiteen in twee delen: een beoordeling van de harde vijfjaarstermijn en een inhoudelijke beoordeling per kwalificerend vermogensbestanddeel.

Ten aanzien van de voortzettingstermijn ben ik tot de conclusie gekomen dat een harde vijfjaarstermijn geboden is. Dit komt met name door het – ongerechtvaardigde – onderscheid dat de BOF maakt tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van ander vermogen. In bepaalde gevallen is een onbeperkte voortzettingstermijn zelfs geboden. Het enkele tijdsverloop zou namelijk niet zonder meer reden moeten zijn af te zien van een belastingclaim. Wel dient een dergelijke termijn in balans te zijn met de inhoudelijke invulling van het voortzettingsvereiste. Hiertoe heb ik enkele aanbevelingen gedaan.

Vervolgens ben ik nagegaan in hoeverre de invulling van het voortzettingsvereiste waarborgt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Daarbij heb ik geconstateerd dat dit slechts gedeeltelijk het geval is: het voortzettingsvereiste heeft enerzijds een te ruime en anderzijds een te beperkte werking. Ik heb enkele aanbevelingen gedaan die wenselijk of noodzakelijk zijn om het voortzettingsvereiste (meer) in lijn te brengen met de doelstelling van de BOF.

Voorwoord

Gezien het feit dat u bij het voorwoord begint, vermoed ik dat u met bovengemiddelde interesse kennisneemt van mijn masterthesis, waarvoor mijn oprechte dank! Het schrijven van deze thesis, die het sluitstuk vormt van de master Fiscaal Recht, is een intensiever proces gebleken dan ik aanvankelijk inschatte. Dat begon al bij de keuze voor het onderwerp. In eerste instantie had ik namelijk besloten te gaan schrijven over het anonimiseren van vermogen en de fiscale aspecten van zogenaamde ‘privacy’- of ‘anonimiseringsstructuren’; een onderwerp dat vanwege zijn actualiteit en maatschappelijke relevantie direct mijn aandacht trok. Nader onderzoek leerde mij echter dat aan dit onderwerp in onvoldoende mate een fiscaal vraagstuk ten grondslag ligt om hieraan een fiscale masterthesis te wijden. Ik heb mijn onderzoeksvoorstel hiervoor dus naar de (digitale) prullenbak moeten verwijzen. Een gevalletje ‘beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald’ zal ik maar zeggen.

Ondertussen volgde ik onder de bevestigende en inspirerende leiding van Mascha Hoogeveen het keuzevak ‘Bedrijfsopvolging bij Familiebedrijven’. Een *vak apart* omdat de advisering ten aanzien van een bedrijfsopvolging bij een familiebedrijf, vanwege de overlap tussen de familie, het bedrijf en de eigendom van het bedrijf, bijna per definitie een complexe aangelegenheid is die een interdisciplinaire aanpak vergt. Waar in de andere vakken binnen het curriculum vanzelfsprekend vooral aandacht werd besteed aan de (wenselijke) werking van het recht, is ons tijdens dit keuzevak bijgebracht dat de fiscaliteit voor families die zijn betrokken bij een bedrijfsopvolging niet zelden slechts een zeer marginale rol speelt. Andere onderwerpen, zoals juridische, financiële en bedrijfseconomische aspecten, zijn voor hen vaak minstens zo belangrijk. Maar vooral de emotie en de familieverhoudingen vormen voor de familie doorgaans belangrijke onderwerpen die bovendien essentieel zijn bij de continuïteit van de familieonderneming op de lange termijn.

Dat een (aanstaande) bedrijfsopvolging een zeer dynamisch en interessant proces is, heb ik zelf mogen ervaren door als onderdeel van het genoemde keuze- en postmastervak in de huid te kruipen van een van de potentiële bedrijfsopvolgers. Samen met mijn vader Arie, mijn moeder Sabine, mijn zusje Cindy, mijn broertje Benjamin en mijn tante Mytra, maakte ik onderdeel uit van de familie die aan het roer staat van het ZonWin-concern. Dit was een leerzame en vermakelijke ervaring die mij zeker zal blijven. Ik ben dan ook verheugd dat de opnames voor de volgende ronde alweer zijn gepland.

Kortom, dat ik iets over bedrijfsopvolgingsproblematiek wilde gaan schrijven was wel duidelijk. Het toeval wilde dat Mascha Hoogeveen een aantal onderzoekspilots had lopen over diverse fiscale faciliteiten die een bedrijfsopvolging moeten faciliteren. Eén van die pilots – u raadt het al – ging over het voortzettingsvereiste in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de schenk- en erfbelasting. Een kennismakingsgesprek en onderzoeksvoorstel waren niet nodig, dus ik kon direct aan de slag.

Mijn eerste woord van dank gaat dan ook uit naar Mascha Hoogeveen. Naast de inspirerende colleges en de ervaringen die ik heb opgedaan bij het ‘ZonWin-avontuur’, wil ik je ontzettend bedanken voor jouw begeleiding bij het schrijven van mijn masterthesis. Ik heb jouw betrokkenheid en vertrouwen zeer op prijs gesteld en ik waardeer het enorm dat jij altijd bereid was tijd te maken om even te mailen, appen of bellen als dat nodig was (voor mij).

Verder wil ik mijn tweede beoordelaar en tevens collega Jan Nieuwenhuizen bedanken voor zijn input. Ik stel het op prijs dat jij, ondanks dat jij nog vier anderen begeleidt, de tijd hebt genomen om met mij mee te denken en om mijn thesis van nuttige aanvullingen te voorzien. Ook mijn lieve vrienden Anne, Ben, Jaimy en Joep verdienen een woord van dank. Jullie interesse in de voortgang en inhoud van mijn thesis heb ik zeer gewaardeerd. Bovendien hebben jullie geheel belangeloos de moeite genomen enkele hoofdstukken van een kritische blik te voorzien. Dank daarvoor. Graag wil ik ook mijn ouders bedanken. De fiscaliteit is voor jullie geen dagelijkse kost en ondanks dat ik verschillende pogingen heb gewaagd uit te leggen waarover ik mijn thesis schreef, heb ik jullie mentale steun gevoeld.

En natúúrlijk wil ik mijn geweldige vriendin – ‘geregistreerd partner’ klinkt zo afstandelijk – Simone bedanken. Jij hebt mij door de laatste fase heen gesleept door er voor mij te zijn, maar ook door mij de ruimte te geven die ik nodig had. Verder heb jij jouw steentje bijgedragen door de laatste versies kritisch onder de loep te nemen. Hoewel sommige van jouw comments vooral heel vermakelijk waren – nee, ‘verkrijger’ en ‘ontvanger’ zijn écht geen synoniemen in de fiscaliteit – hebben jouw inspanningen deze thesis zonder meer een stukje beter gemaakt. Enfin, ik ben ontzettend trots dat de woorden die ik in het voorwoord bij mijn vorige thesis heb geschreven: “zij was van onschatbare waarde”, nog steeds van toepassing zijn. Dit was wel echt de laatste. Beloofd!

Eindhoven, 11 augustus 2019.

Lijst van gebruikte afkortingen

AB	aanmerkelijk belang
AB-Besluit 2012	besluit van de staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, <i>Stcrt.</i> 2012, 18480, <i>BNB</i> 2013/22
AB-Besluit 2018	besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, <i>Stcrt.</i> 2018, 15751
A-G	advocaat-generaal
art.	artikel
artt.	artikelen
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
B.	Beslissingen in Belastingzaken
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
BOF	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit(en)
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
BOR-Besluit 2013	besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, <i>Stcrt.</i> 2012, 2175
bv	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
cv	commanditaire vennootschap
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EIM	Economisch Instituut Midden- en Kleinbedrijf
EU	Europese Unie
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
FED	FED Fiscaal Weekblad
FutD	Fiscaal up to Date
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de EG (tot 1 december 2009)
HvJ EU	Hof van Justitie van de EU (vanaf 1 december 2009)
IB	Inkomstenbelasting
IW 1990	Invorderingswet 1990
KB	Koninklijk Besluit
KvK	Kamer van Koophandel
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MKB	Midden- en kleinbedrijf
nv	naamloze vennootschap
NSW 1928	Natuurschoonwet 1928
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
p.	pagina
RvS	Raad van State
StAK	Stichting Administratiekantoor
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Staatscourant
SW 1859	Successiewet 1859
SW 1956	Successiewet 1956
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
tbs	terbeschikkingstelling
TFB	PE-tijdschrift voor de bedrijfsopvolging
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv.besch.	Uitvoeringsbeschikking

Uitv.besl.	Uitvoeringsbesluit
Uitv.reg. S&E	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
vgl.	vergelijk
V-N	Vakstudie Nieuws
VNO-NCW	Verbond van Nederlandse Ondernemingen – Nederlands Christelijk Werkgeversverbond
vof	vennootschap onder firma
VPB	Vennootschapsbelasting
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WBRV	Wet op belastingen van rechtsverkeer
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Inhoudsopgave

Abstract.....	I
Voorwoord	II
Lijst van gebruikte afkortingen	IV
1 Inleiding	1
1.1 Aanleiding.....	1
1.2 Probleemstelling en deelvragen.....	3
1.3 Relevantie.....	3
1.4 Onderzoeksdoel, theoretisch kader en methodologie.....	4
1.5 Afbakening.....	4
1.6 Opzet	5
2 De bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de schenk- en erfbelasting	6
2.1 Inleiding	6
2.2 Historie en rechtsgronden SW 1956	6
2.3 Historische ontwikkeling BOF.....	8
2.3.1 1981: invoering uitstel van betalingsregeling	8
2.3.2 1997: invoering kwijtscheldingsfaciliteit	9
2.3.3 2002: faciliteit verplaatst van IW 1990 naar SW 1956 en verhogingen vrijstelling	10
2.3.4 2010: herziening BOF en verhoging vrijstelling	11
2.4 De ratio van de BOF.....	13
2.5 De ratio van het voortzettingsvereiste.....	18
2.6 Toetsingskader	19
3 Kwalificerend ondernemingsvermogen	21
3.1 Inleiding	21
3.2 IB-onderneming.....	21
3.3 Medegerechtigdheid	22
3.4 Vermogensbestanddelen die behoren tot een aanmerkelijk belang.....	23
3.5 Tbs-onroerende zaken.....	26
3.6 Conclusie	26
4 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in Vlaanderen	28
4.1 Inleiding	28
4.2 Historie en ratio.....	28
4.3 Hoofdpijnen en toepassingsvoorwaarden gunstregelingen.....	30

4.3.1	Inleiding	30
4.3.2	Een verlaagd tarief.....	30
4.3.3	Familiale onderneming.....	30
4.3.3.1	Activiteitsvoorwaarde	30
4.3.3.2	Persoonlijke exploitatie	31
4.3.3.3	Bedrijfsmatige activa	31
4.3.4	Familiale vennootschap.....	31
4.3.4.1	Participatievoorwaarde	31
4.3.4.2	Activiteitsvoorwaarde	32
4.4	De continuïteitsvoorwaarde.....	32
4.4.1	Inleiding	32
4.4.2	Familiale onderneming.....	32
4.4.2.1	Behoud van reële economische activiteit	32
4.4.3	Familiale vennootschap.....	33
4.4.3.1	Behoud van reële economische activiteit	33
4.4.3.2	Behoud van kapitaal	34
4.4.3.3	Behoud van zetel van werkelijke leiding binnen EER	34
4.5	Conclusie	34
5	Beoordeling nut en noodzaak harde voortzettingstermijn.....	35
5.1	Inleiding	35
5.2	Nut en noodzaak van een voortzettingsvereiste als zodanig.....	35
5.3	Bezwaren bij harde voortzettingstermijn.....	37
5.3.1	Termijnen zeggen niets over motief.....	37
5.3.2	Termijnen zijn arbitrair	39
5.3.3	Termijnen zijn te star: voortzettingstermijn te strikt gekoppeld aan subject.....	42
5.4	Verklaringen voor harde voortzettingstermijn.....	43
5.4.1	Meer zekerheden bij een vrijstelling.....	44
5.4.2	De BOF heeft een continuïteitsdoelstelling.....	44
5.4.3	Er moeten nu eenmaal voorwaarden worden gesteld.....	44
5.4.4	Spelregels zijn vooraf duidelijk.....	45
5.4.5	De BOF wordt op verzoek verleend.....	46
5.4.6	Harde voortzettingstermijn in relatie tot het gelijkheidsbeginsel	46
5.5	Conclusie	47
6	Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging IB-onderneming.....	48
6.1	Inleiding	48
6.2	Volledig ophouden winst te genieten	48
6.2.1	Liquidatie of overdracht	48

6.2.2	Verplaatsing onderneming	50
6.2.3	Wijzigen aard van onderneming.....	50
6.2.4	Verhuren onderneming	51
6.2.5	‘Terugtrekken’ van ondernemer naar medegerechtigde	51
6.2.6	Inbreng onderneming in kapitaalvennootschap	52
6.2.7	Stakingsficties inkomstenbelasting	53
6.2.8	Oorzaak van staking irrelevant (ook bij faillissement)	54
6.3	Gedeeltelijk ophouden winst te genieten	56
6.3.1	Inleiding	56
6.3.2	Overdracht (of liquidatie) zelfstandig deel onderneming	56
6.3.3	Duurzame belangrijke inkrimping	57
6.3.4	Inbreng van een onderneming in een personenvennootschap	57
6.3.5	Pro rata vervallen van faciliteit.....	58
6.3.6	Knelpunten bij personenvennootschappen	58
6.3.6.1	Inleiding	58
6.3.6.2	Bedrijfseconomisch gewenste ‘fusie’ niet mogelijk	59
6.3.6.3	Bedrijfseconomisch gewenste ‘opsplitsing’ niet mogelijk.....	60
6.3.6.4	Oneigenlijk gebruik bij personenvennootschappen.....	61
6.4	Conclusie	62
7	Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging medegerechtigdheid	64
7.1	Inleiding	64
7.2	‘Promotie’ van medegerechtigde naar ondernemer	64
7.3	Winst blijven genieten uit de medegerechtigdheid	65
7.4	Conclusie	65
8	Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging vermogensbestanddelen die behoren tot een aanmerkelijk belang.....	67
8.1	Inleiding	67
8.2	Intrekingsgrond 1: vervreemding aandelen of daarin liggende rechten	67
8.2.1	Algemeen.....	67
8.2.2	Fictieve vervreemdingen en uitsluitingen	68
8.2.3	Het verlenen van een koopoptie	69
8.2.4	Vervreemdingverbod van aan preferente aandelen ‘gekoppelde’ gewone aandelen	70
8.2.5	Reorganisatie(on)mogelijkheden tijdens voortzettingsperiode.....	73
8.2.5.1	Inleiding	73
8.2.5.2	Geruisloze terugkeer uit de bv	73
8.2.5.3	Aandelenfusie	74
8.2.5.4	Juridische fusie en splitsing	75
8.2.5.5	Statutair splitsen.....	76

8.2.5.6	Versoepeling bij verdeling ingevolge art. 35f SW 1956.....	77
8.3	Intrekingsgrond 2: aandelen omzetten in (cum)prefs of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken.....	78
8.3.1	Algemeen.....	78
8.3.2	Omzetting in (cumulatief) preferente aandelen	79
8.3.3	Op andere wijze de gerechtigdheid tot de AB-aandelen wijzigen	80
8.4	Intrekingsgrond 3: ophouden uit de onderneming of medegerechtigdheid winst te genieten.....	82
8.4.1	Algemeen.....	82
8.4.2	‘Terugtrekken’ van onderneming naar medegerechtigdheid	82
8.4.3	Problematiek bij houdsterstructuren als gevolg van de toerekeningsregel	82
8.4.3.1	Algemeen.....	82
8.4.3.2	Overdracht deelneming.....	83
8.4.3.3	Staking activiteiten deelneming	84
8.4.4	Reorganisatie(on)mogelijkheden tijdens voortzettingsperiode.....	84
8.4.4.1	Algemeen.....	84
8.4.4.2	Geruisloze terugkeer uit de bv	84
8.4.4.3	Bedrijfsfusie	84
8.4.4.4	Juridische fusie en splitsing	86
8.5	Conclusie	86
9	Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging tbs-onroerende zaken	89
9.1	Inleiding	89
9.2	Ter beschikking blijven stellen aan hetzelfde lichaam	89
9.2.1	Algemeen.....	89
9.2.2	Geruisloze terugkeer	89
9.2.3	Aandelenfusie, juridische fusie en splitsing	90
9.2.4	Bedrijfsfusie	90
9.3	Dienstbaar blijven aan de onderneming	90
9.4	Vervreemdingsverbod	91
9.4.1	Algemeen.....	91
9.4.2	Uitzondering bij herinvestering binnen zes maanden.....	91
9.4.3	Uitzondering bij vervreemding door inbreng tegen aandelen.....	91
9.5	Conclusie	92
10	Conclusie en aanbevelingen	94
10.1	Ratio BOF, onderzoeksvraag en toetsingskader.....	94
10.2	Conclusie en aanbevelingen voortzettingstermijn.....	94
10.3	Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging IB-onderneming.....	96
10.4	Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging medegerechtigdheid	97
10.5	Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging AB-aandelen	98

10.6	Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging tbs-onroerende zaken	100
10.7	Beantwoording onderzoeksvraag.....	101
11	Lijst van geraadpleegde bronnen.....	102
	Bijlage I: Schema voortzettingsvereiste.....	111
	Bijlage II: Verklaring van authenticiteit	113

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Een geslaagde bedrijfsopvolging van een actief bedrijf heeft een positief effect op de welvaart.¹ Immers, als opvolging uitblijft, kan economisch kapitaal (zoals kennis, contacten, andere immateriële activa, banen, et cetera) verloren gaan. Dat gaat ten koste van de economische groei en daardoor van de welvaart.² Vanuit macro-economisch perspectief is het dus wenselijk dat de wetgever bedrijfsopvolgingen zo min mogelijk belemmert.³ Een van die belemmeringen zou kunnen zijn de belastingheffing bij een bedrijfsopvolging. De overdracht van een onderneming kan leiden tot heffing van inkomstenbelasting, schenk- of erfbelasting, overdrachtsbelasting en/of omzetbelasting. Er bestaan zodoende verschillende (bedrijfsopvolgings)faciliteiten die deze (acute) fiscale druk op het moment van bedrijfsopvolging uitstellen of vrijstellen.⁴ Ik beperk mij tot de faciliteiten voor de schenk- en erfbelasting.

Op basis van de SW 1956 wordt erfbelasting geheven over hetgeen wordt verkregen krachtens erfrecht en wordt schenkbelasting geheven over hetgeen wordt verkregen krachtens schenking.⁵ Verkrijgingen krachtens schenking of erfrecht worden bij de begiftigde respectievelijk de erfrechtelijke verkrijger⁶ (hierna gezamenlijk: de verkrijger) belast tegen maximaal 40%. Voor de verkrijging van ondernemingsvermogen geldt echter een voorwaardelijke vrijstelling: de BOF. Door de BOF wordt de verkrijger van ondernemingsvermogen in de regel nagenoeg geheel vrijgesteld van schenk- of erfbelasting.⁷

De wetgever rechtvaardigt deze (genereuze) vrijstelling met het argument dat het vanuit het sociaal-economisch belang onwenselijk is dat een verkregen onderneming, zonder dat de bedrijfsresultaten hiertoe aanleiding geven, moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht om de verschuldigde schenk- of erfbelasting te kunnen voldoen.⁸ Bij de meest recente herziening van de BOF per 1 januari 2010 overwoog de wetgever:

“De betaling van deze belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien daarvoor liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken.”⁹

Opvallend is dat deze stellige overtuiging van de wetgever niet wordt onderbouwd door enig onderzoek.¹⁰ In de fiscale literatuur is de breed gedragen opvatting dat de faciliteit in zijn huidige vorm en omvang te ruim is ten opzichte van de verkrijging van ander vermogen en dat een uitstel van

¹ Mits het een bedrijfseconomisch gewenste bedrijfsopvolging betreft uiteraard. Zie Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2.

² K.L. Bangma en A. Bruins, *Bedrijfsbeëindiging in het kleinbedrijf*, Zoetermeer: EIM 2010. Zie ook L. van Teeffelen, *De effecten van opheffingen en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Hogeschool Utrecht en KvK, 2012, p. 4 en 8 en R. de Lange-Snijders en J.H.M. Nieuwenhuizen, ‘Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk’, *PwC spotlight*, 2014, <https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-bedrijfsopvolgingsregelingen-zijn-noodzakelijk.pdf>.

³ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2-3 en E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 1-3.

⁴ Voor een overzicht van deze fiscale faciliteiten verwijs ik naar M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, par. 1.4.5 en hoofdstuk 3.

⁵ Art. 1, lid 1, onderdelen 1 en 2 SW 1956.

⁶ Dit kunnen zijn de erfgenamen, legatarissen en/of lastbevoordeelden.

⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 79.

⁸ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 2 en 7.

⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 3, p. 4.

¹⁰ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.0.0.A (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019) en A.C. Rijkers, ‘Berlusconiaanse wetgeving’, *NTFR* 2009/2031.

betalingsregeling afdoende zou zijn op het moment dat zich bij een bedrijfsopvolging werkelijk liquiditeitsproblemen zouden voordoen.¹¹ Ook de Raad van State (hierna: RvS) – de onafhankelijk adviseur van de regering – gaf bij de meest recente verhoging van de voorwaardelijke vrijstelling aan dat het nagenoeg geheel onbelast laten van ondernemingsvermogen niet te verklaren is uit de continuïteitsbedreiging uit hoofde van de onttrekking van liquide middelen.¹² Toch lijkt een versobering van de huidige faciliteiten vooralsnog niet op de politieke agenda te staan.¹³

Bij de herziening van de SW 1956 in 2010 heeft de wetgever benadrukt dat alleen reële bedrijfsoverdrachten moeten worden gefacilieerd. Daarbij tracht hij aan te sluiten bij ‘de economische praktijk van bedrijfsoverdrachten’ zodat “een economisch gewenste bedrijfsoverdracht niet wordt belemmerd door de fiscale regelgeving”.¹⁴ De wetgever heeft echter nagelaten expliciet te definiëren wat hieronder moet worden verstaan. Aangenomen wordt dat de definitie van het begrip ‘bedrijfsopvolging’ als omschreven in art. 35b, lid 5 SW 1956 het uitgangspunt vormt. Het gaat dan om “een verkrijging van ondernemingsvermogen (...) van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn (...), mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste”.¹⁵ Naast het ondernemerschap, vormt het voortzetten van de verkregen onderneming door de verkrijger dus een wezenlijk onderdeel van de definitie van een reële bedrijfsopvolging. Om die reden heeft de wetgever een voortzettingsvereiste geformuleerd.¹⁶

Het voortzettingsvereiste houdt, kort gezegd, in dat de verkrijger de verkregen onderneming gedurende vijf jaren moet voortzetten.¹⁷ Met dit vereiste komt het voorwaardelijke karakter van de vrijstelling naar voren. Als deze voorwaardelijke vrijstelling als gevolg van een bepaalde gebeurtenis vervalt, wordt in feite aangenomen dat geen sprake is geweest van een reële bedrijfsopvolging. Het voortzettingsvereiste maakt immers onderdeel uit van de definitie van een reële bedrijfsopvolging. Toch zijn er situaties waarin de voorwaardelijke vrijstelling vervalt, terwijl de verkrijger de onderneming nog steeds voortzet.¹⁸ Dit is bijvoorbeeld aan de orde als de verkrijger vanuit het oogpunt van schaalvergroting besluit te fuseren met een andere onderneming. Ook vervalt de vrijstelling gedeeltelijk als tot de verkrijging meerdere filialen behoren, maar de verschillende verkrijgers ieder zelfstandig een eigen filiaal wensen voort te zetten. Aan de andere kant vervalt de voorwaardelijke vrijstelling in bepaalde situaties juist niet, terwijl van een reële bedrijfsopvolging geen sprake is. Dit speelt bijvoorbeeld als de verkrijger diens verkregen aandeel in een personenvennootschap, waarin hij reeds participeerde, verkoopt aan een derde of als een holdingvennootschap nieuwe aandelen uit geeft aan een derde.

De vraag rijst daarom of het voortzettingsvereiste zo is geformuleerd dat daarmee recht wordt gedaan aan de doelstelling van de wetgever: het (uitsluitend) faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Meer concreet gaat het om de in art. 35e SW 1956 opgenomen hoofdregel, de in art. 10 Uitvoeringsregeling

¹¹ Zie bijvoorbeeld T. Blokland, ‘Herziening Successiewetgeving’, *FED* 2001/410, M.J. Hoogeveen, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002’, *WPNR* 2002/6485, p. 303 e.v., J.P.M. Stubbé, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet’, *FBN* 2008/2, p. 16 e.v., S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘Contouren nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting, geen afstel maar uitstel’, *WFR* 2008/1113, A. de Haan, ‘De bedrijfsopvolgingsregeling: stimuleren of grondslagversmalling?’ *FED* 2009/81 en A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5.

¹² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 79.

¹³ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 6.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 3, p. 5.

¹⁵ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 2.

¹⁶ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.4.0 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

¹⁷ Art. 35e, lid 1 SW 1956.

¹⁸ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4.

schenk- en erfbelasting (hierna: Uitv.reg. S&E) opgenomen uitzonderingen en de in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stcrt.* 2012, 2175 (hierna: BOR-Besluit 2013) opgenomen goedkeuringen. Daarbij merk ik op dat deze problematiek uiteraard niet is voorbehouden aan Nederland: ook in andere landen wordt belasting geheven ter zake van de verkrijging krachtens schenking en erfrecht en kunnen bijzondere regelingen gelden voor de verkrijging van (familie)ondernemingen. Zo kent het Vlaamse Gewest eveneens een zeer ruimhartige regeling bij de verkrijging van familiale ondernemingen en familiale vennootschappen: voor verkrijgingen krachtens schenking geldt een 0%-tarief en voor verkrijgingen krachtens erfrecht geldt een verlaagd tarief van 3 of 7% (Vlaamse gunstregeling). Het is dan ook interessant te analyseren of onze zuiderburen eveneens een voortzettingsvereiste hanteren, en zo ja, hoe zij hieraan invulling hebben gegeven. Mogelijk kan een rechtsvergelijking met Vlaanderen aanleiding zijn de Nederlandse BOF op bepaalde onderdelen te wijzigen.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

De voorgaande probleemanalyse mondt uit in de volgende onderzoeksvraag:

“In hoeverre waarborgen het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste, de in art. 10 Uitv.reg. S&E opgenomen uitzonderingen en de in het BOR-Besluit 2013 opgenomen goedkeuringen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit als bedoeld in Hoofdstuk IIIA van de SW 1956 uitsluitend wordt verleend bij reële bedrijfsopvolgingen en welke aspecten van het voortzettingsvereiste van de Vlaamse gunstregeling kunnen worden overgenomen om die doelstelling (verder) invulling te geven?”

Mijn onderzoeksvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

- Hoe zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ontstaan en wat houden deze op hoofdlijnen in?
- Wat is de ratio (doelstelling) van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten?
- Wat verstaat de wetgever onder een reële bedrijfsopvolging?
- Welke functie heeft het voortzettingsvereiste binnen de definitie van een reële bedrijfsopvolging?
- Welke functie heeft de voortzettingstermijn binnen de definitie van een reële bedrijfsopvolging?
- Hoe werkt het voortzettingsvereiste uit bij de verkrijging van de verschillende vermogensbestanddelen die kwalificeren als ondernemingsvermogen in de SW 1956 en is die uitwerking in overeenstemming met de ratio van de regeling?
- Hoe is de Vlaamse equivalent van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, de familiale gunstregeling, in de Vlaamse Codex Fiscaliteit geregeld?
 - Hoe verhouden de ratio's van beide regelingen zich tot elkaar?
 - Welke functie speelt het voortzetten binnen beide regelingen?
 - Welke aspecten binnen het Vlaamse voortzettingsvereiste kunnen worden overgenomen in de Nederlandse regeling?
- Hoe zou het voortzettingsvereiste moeten luiden zodat (meer) recht wordt gedaan aan de ratio van de regeling?

1.3 Relevantie

Jaarlijks vinden in Nederland tussen de 11.000 en 15.000 bedrijfsoverdrachten plaats.¹⁹ Mede door de vergrijzing wordt de komende jaren in ieder geval geen afname verwacht: in 2014 waren meer dan 70.000 van de directeurs in familiebedrijven boven de 55 jaar. Van die groep waren er nog eens 41.000

¹⁹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdelen 1.2.3.1 en 5.5.

ouder dan 60 jaar.²⁰ De verwachting is zelfs dat er een golf van bedrijfsoverdrachten zit aan te komen (of reeds is ingezet). In de literatuur worden hiervoor verschillende redenen aangedragen. Zo is een trend zichtbaar dat ondernemers op jongere leeftijd de behoefte krijgen het ondernemerschap te beëindigen, zullen zogenoemde ‘geboortegolfbedrijven’ worden overgedragen en wordt aangenomen dat bedrijfsoverdrachten met name plaatsvinden in tijden van hoogconjunctuur.²¹ Bedrijfsopvolging is dus een zeer relevant maatschappelijk thema.

Inherent daaraan is de relevantie van fiscale faciliteiten die de continuïteit van een onderneming gedurende de fase van een bedrijfsopvolging trachten te waarborgen. Dit geldt zeker voor de BOF in de SW 1956. Vanwege de hoogte van de voorwaardelijke vrijstelling is de BOF voor de praktijk van enorm belang. Volgens Heithuis is deze waarschijnlijk zelfs nog belangrijker dan de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting: praktijkadviseurs zullen zich bij een bedrijfsopvolgingstraject met name laten leiden door de faciliteit in de schenk- en erfbelasting.²² Het bezits- en voortzettingsvereiste vormen de belangrijkste voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op de voorwaardelijke vrijstelling respectievelijk deze vrijstelling te behouden. Het is dan ook van (maatschappelijk) belang dat de invulling hiervan overeenkomt met de doelstelling van de faciliteit.

1.4 Onderzoeksdoel, theoretisch kader en methodologie

In deze thesis onderzoek ik of het voortzettingsvereiste in overeenstemming is met de doelstelling van de BOF: het uitsluitend faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Hiervoor heb ik het noodzakelijk geacht eerst de ontstaansgeschiedenis van de faciliteit uiteen te zetten teneinde vast te stellen wat de wetgever nu precies gepoogd heeft te faciliteren. Vervolgens onderzoek ik welke functie het voortzetten als zodanig daarin vervult.

Zodra ik de ratio van het voortzettingsvereiste heb geduid, onderwerp ik het geldende recht aan een kritische blik en analyseer ik of de invulling van het voortzettingsvereiste overeenkomt met de bedoeling van de wetgever. Dit doe ik door te toetsen of de wettekst, de uitvoeringsregeling en het BOR-Besluit 2013 correct en afdoende zijn geformuleerd, gegeven de doelstelling van de BOF. Met andere woorden: blijft de voorwaardelijke vrijstelling in stand voor alle gevallen waarin sprake is van een reële bedrijfsopvolging en vervalt de voorwaardelijke vrijstelling in alle gevallen waarin volgens de wetgever niet langer sprake is van een reële bedrijfsopvolging? In feite leidt mijn onderzoek dus tot een beoordeling van de effectiviteit van het voortzettingsvereiste. Daarbij onderzoek ik welke aanpassingen noodzakelijk en/of gewenst zijn teneinde het voortzettingsvereiste binnen de BOF (meer) in overeenstemming te brengen met de door de wetgever zelf geformuleerde doelstelling ervan. Hiertoe zal ik enkele aanbevelingen doen.

Deze thesis heeft het karakter van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek, waarbij ik een rechtshistorische, -theoretische en -vergelijkende benadering hanteer. Daar het een rechtswetenschappelijk onderzoek betreft, is het theoretisch kader de facto het juridische kader, bestaande uit rechtsbronnen zoals wetten (in formele en materiële zin), verdragen, jurisprudentie, beleid en opvattingen in de literatuur.

1.5 Afbakening

Omdat ik mij beperk tot het voortzettingsvereiste, ga ik er logischerwijs van uit dat reeds aan de bezitstermijn is voldaan. Anders zou de faciliteit immers niet zijn verleend. Dat neemt echter niet weg dat (ook) voor de bezitseis geldt dat niet in alle gevallen werkelijk sprake is van een reële

²⁰ R. de Lange-Snijders en J.H.M. Nieuwenhuizen, ‘Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk’, *PwC spotlight*, 2014, <https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-bedrijfsopvolgingsregelingen-zijn-noodzakelijk.pdf>.

²¹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 5.5.

²² E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Kluwer 2015, p. 195.

bedrijfsopvolging zoals de wetgever die voor ogen heeft gestaan.²³ Het zou dan vanuit de ratio van de BOF bezien niet op principiële bezwaren stuiten als de voorwaardelijke vrijstelling in die gevallen – om welke reden dan ook – vervolgens weer vervalt gedurende de voortzettingsperiode. Het is in die gevallen vanuit diezelfde ratio bezien immers al onterecht dat de faciliteit überhaupt is verleend. Het gaat het onderwerp van deze thesis echter te buiten dat onderscheid aan te brengen. Als de faciliteit eenmaal is verleend, maak ik dus de aanname dat sprake is van reëel c.q. ‘écht’ ondernemerschap.

Voorts beperk ik mij tot het voortzettingsvereiste ten aanzien van de (gedifferentieerde) vrijstelling in de SW 1956 als onderdeel van de BOF. Het voortzettingsvereiste voor de uitstel van betalingsregeling in de Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990) behandel ik slechts zeer marginaal omdat deze grotendeels overeenkomt met het voortzettingsvereiste in de SW 1956, maar dan gedurende een periode van tien jaren. Art. 25, lid 12, onderdeel c IW 1990 verwijst namelijk naar de intrekkinggronden als bedoeld in art. 35e, lid 1 SW 1956. Als de voorwaardelijke vrijstelling vervalt, wordt het uitstel van betaling beëindigd. Daarnaast wordt het uitstel beëindigd bij faillissement van de verkrijger of als ten aanzien van de verkrijger de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.²⁴ Enkel voor zover dat voor een specifiek onderdeel van de behandeling van het voortzettingsvereiste ten aanzien van de voorwaardelijke vrijstelling relevant is, verwijs ik naar de beëindigingsgronden in de uitstel van betalingsregeling. Omdat het voortzettingsvereiste bij het vrijstellingsdeel van de BOF, vanwege de omvang ervan, het meest pregnant naar voren komt, laat ik het voortzettingsvereiste voor de uitstel van betalingsregeling verder buiten beschouwing. Dit geldt ook voor de doorschuifregelingen en voortzettingsvereisten in de inkomstenbelasting.

1.6 Opzet

In hoofdstuk 2 staat de ontstaansgeschiedenis van de BOF centraal. Tevens stel ik hier voorop wat de ratio van de BOF precies is en welke functie het voortzettingsvereiste daarin heeft. Daaruit leid ik vervolgens het toetsingskader af waaraan ik de inhoudelijke invulling van het voortzettingsvereiste uiteindelijk toets.

Vervolgens licht ik in hoofdstuk 3 op hoofdlijnen toe hoe de BOF praktisch werkt. Daarna besteed ik in hoofdstuk 4 aandacht aan de Vlaamse equivalent van de BOF, door in te gaan op de ratio erachter, maar vooral door te bekijken welke functie het voortzettingsvereiste binnen de gunstregeling vervult.

Vervolgens analyseer ik in hoeverre het voortzettingsvereiste binnen de BOF past binnen het in paragraaf 2.6 geschetste toetsingskader. De eerste vraag die ik daarbij beantwoord is of een voortzettingsvereiste als zodanig – dus nog los van de termijn en de inhoudelijke invulling ervan – überhaupt bijdraagt aan de doelstelling van BOF. Pas als deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, is het immers relevant de invulling daarvan te beoordelen. Deze beoordeling valt uiteen in twee delen: een beoordeling van de harde termijn (hoofdstuk 5) en een inhoudelijke beoordeling per kwalificerend vermogensbestanddeel (hoofdstukken 6 tot en met 9). Per vermogensbestanddeel ga ik in op de eventueel geconstateerde knelpunten en onderzoek ik in hoeverre, vanuit de doelstelling van de wetgever gezien, een andere invulling van het voortzettingsvereiste wenselijk of zelfs noodzakelijk zou zijn. Met name bij de inhoudelijke analyse plaats ik enkele geconstateerde knelpunten in rechtsvergelijkend perspectief met de Vlaamse gunstregeling. In hoofdstuk 10 sluit ik af met een conclusie en enkele aanbevelingen.

²³ Zie bijvoorbeeld voorbeeld 4 genoemd in A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242, onderdeel 5.1.3 en voorbeeld 1 genoemd in A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4. De auteurs noemen nog enkele voorbeelden waarin de harde termijn van de bezitser in haar uitwerking te kort schiet, enerzijds ten voordele van de belastingplichtige en anderzijds ten nadele van belastingplichtige.

²⁴ Dit volgt uit art. 25, lid 12, aanhef en onderdelen a en b IW 1990.

2 De bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de schenk- en erfbelasting

2.1 Inleiding

Op grond van art. 1, lid 1 SW 1956 wordt erfbelasting geheven over hetgeen wordt verkregen krachtens erfrecht en wordt schenkbelasting geheven over hetgeen wordt verkregen krachtens schenking. Dit geldt in beginsel ook voor de verkrijging van een onderneming. De begiftigde respectievelijk de erfrechtelijke verkrijger – hieronder vallen de erfgenamen, legatarissen en lastbevoordeelden²⁵ – is over de waarde van de verkrijging maximaal 40% belasting verschuldigd. Onder voorwaarden kan echter op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling worden verleend: de BOF. Voor ondernemers – met name familieondernemingen²⁶ – vormen deze faciliteiten een belangrijk onderdeel van de schenk- en erfbelasting.

De BOF zoals we die tegenwoordig kennen, bestaat uit twee onderdelen: een (gedifferentieerde) vrijstelling en een uitstel van betalingsregeling. De vrijstelling valt uiteen in drie onderdelen.²⁷ Allereerst geldt een vrijstelling voor het eventuele verschil tussen de waarde going concern (de waarde van de gehele onderneming in samenhang bezien, dus inclusief de goodwill en overrentabiliteit et cetera) en de hogere liquidatiewaarde (de waarde van de onderneming als deze ophoudt te bestaan en alle activa en passiva separaat te gelde worden gemaakt). Vervolgens wordt een 100%-vrijstelling verleend voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft het bedrag van € 1.084.851 (cijfer 2019) niet te boven gaat. Ten slotte is 83% van de totale waarde van het verkregen ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming vrijgesteld, voor zover de verkrijging het bedrag waarvoor de 100%-vrijstelling kan worden toegepast te boven gaat.²⁸ Deze gedifferentieerde vrijstelling leidt ertoe dat in de meeste gevallen waarin ondernemingsvermogen wordt verkregen per saldo geen of nauwelijks schenk- of erfbelasting is verschuldigd.²⁹ Voor het gedeelte van de verkrijging dat niet is vrijgesteld, geldt vervolgens een betalingsfaciliteit in de invorderingssfeer. Deze houdt in dat op verzoek gedurende tien jaren rentedragend uitstel van betaling kan worden verleend.³⁰

Hierna bespreek ik in paragraaf 2.2 allereerst de historie en rechtsgronden van de heffingswet waarin de faciliteit (tegenwoordig) is opgenomen. Vervolgens ga ik in paragraaf 2.3 aan de hand van de parlementaire geschiedenis dieper in op de ontstaansgeschiedenis van de BOF. De ratio van de BOF en de ratio van het voortzettingsvereiste staan centraal in de paragrafen 2.4 en 2.5. Hieruit leid ik ten slotte in paragraaf 2.6 een toetsingskader af, waaraan ik in het vervolg van mijn thesis de invulling van het voortzettingsvereiste toets.

2.2 Historie en rechtsgronden SW 1956

Nederland kent al vele eeuwen heffingen over nalatenschappen.³¹ Tot het begin van de 19^e eeuw leken deze eerste vormen van ‘successiebelasting’ op boedelbelastingen, waarbij de erflater en diens nagelaten vermogen (boedel) centraal stonden. De heffing vormde in feite een eindafrekening van het

²⁵ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.3.4.0.A (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

²⁶ Ondanks dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet uitsluitend openstaan voor leden van een kring van verwanten van de schenker of erflater, behoeft het geen nadere toelichting dat in de praktijk met name familieondernemingen hiervan profiteren. Zie A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2010/1242, p. 3.

²⁷ De BOF voor de schenk- en erfbelasting is opgenomen in hoofdstuk IIIA van de SW 1956.

²⁸ Art. 35b, lid 1, onderdelen a en b SW 1956.

²⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 79.

³⁰ Art. 35b, lid 2 SW 1956 juncto art. 25, lid 12 IW 1990 juncto art. 6a Uitv.reg. IW 1990.

³¹ Voor een overzicht van de ontwikkeling van deze heffingen verwijs ik naar *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.1.1.0 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

vermogen van de erflater omdat een inkomensheffing naar draagkracht nog niet bestond.³² Later, bij de invoering van de SW 1859, kwam de verkrijger meer centraal te staan bij de heffing van successiebelasting.³³ Deze ontwikkeling heeft zich voortgezet na invoering van de SW 1956. Zo komt in de erfbelasting steeds minder betekenis toe aan de nalatenschap als zodanig, maar heeft de persoon van de verkrijger – diens draagkrachtvermeerdering wordt in de heffing betrokken – een steeds centralere rol ingenomen (verkrijgingsbelasting).³⁴ Om te voorkomen dat successiebelasting (thans: erfbelasting) zou worden ontgaan door het vermogen al tijdens leven te schenken om zo de toekomstige nalatenschap te verkleinen, is in 1917 de schenkingsbelasting (thans: schenkbelasting) ingevoerd in de SW 1859.³⁵

Ondanks deze lange historie ervaren burgers met name de erfbelasting niet zelden als onrechtvaardig.³⁶ Een veelgehoord argument daarbij is dat sprake is van een dubbele heffing, omdat het vererfde vermogen bij de erflater reeds aan belastingheffing(en) onderworpen is geweest. Desalniettemin zijn er, naast het feit dat vanuit de verkrijger gezien geen sprake is van dubbele heffing, verschillende rechtsgronden aan te wijzen voor een heffing ter zake van een verkrijging krachtens erfrecht of schenking.³⁷ Zo ziet de staatssecretaris het buitenkansbeginsel als rechtsgrond voor de huidige SW 1956. De bevoorrechte verkrijging zonder dat daarvoor een tegenprestatie hoeft te worden verricht – men spreekt dan ook wel van een ‘windfall gain’ – vormt volgens hem een belangrijke rechtvaardigingsgrond.³⁸

De dragende grondslag van de schenk- en erfbelasting kan echter worden gevonden in het draagkrachtbeginsel.³⁹ Dit kan worden verklaard vanuit het gelijkheidsbeginsel, welk beginsel binnen onze democratische rechtsstaat het belangrijkste uitgangspunt vormt.⁴⁰ Ten aanzien van de fiscaliteit vereist dit beginsel dat sprake is van een rechtvaardig belastingstelsel, waarin de belastingdruk gelijkmatig wordt verdeeld.⁴¹ Het draagkrachtbeginsel heeft zich daarbij in de loop der eeuwen gemanifesteerd als meest overtuigende verdelingsbeginsel. Het gaat dan om de ‘ability to pay’, oftewel de *financiële* draagkracht van belastingplichtigen. Vanuit dit beginsel beredeneerd, is het onjuist een draagkrachtvermeerdering bij de verkrijger ten gevolge van schenking of vererving onbelast te laten, terwijl de draagkrachtvermeerdering als gevolg van bijvoorbeeld arbeidsinkomsten of ontvangen rente wel in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken.⁴²

³² *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.1.1.0.B (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

³³ Bijlage *Kamerstukken II* 1857/58, Memorie van Beantwoording van het Voorlopig Verslag der Commissie van Rapporteurs ‘Regt van successie en van overgang’, p. 347.

³⁴ Zie B.C.M. Jacobs, ‘Van collectorale impost tot successiebelasting’, *WPNR* 2003/6516, p. 55-60.

³⁵ Wet van 20 januari 1917, *Stb.* 1917, 189 waarin de schenkingsbelasting werd ingevoerd met gelijke percentages als de successiebelasting.

³⁶ M.J. Hoogveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 278, voetnoot 1279.

³⁷ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.1.1.0 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019). De economische motieven om te heffen over nalatenschappen en schenkingen laat ik buiten beschouwing.

³⁸ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 6 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79. Deze rechtvaardiging wordt in de fiscale literatuur echter vooral aangedragen om de tariefsprogressie te rechtvaardigen. Zie onder andere D. Juch, ‘Op weg naar een nieuwe schenk- en erfbelasting’, *WFR* 2008/655.

³⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1915/16, 201, nr. 7, p. 71 en meer recent in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 6.

⁴⁰ Dat het gelijkheidsbeginsel is opgenomen in art. 1 GW zegt overigens niets over de mate van importantie; de Grondwet kent geen rangorde tussen de grondrechten.

⁴¹ R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 58.

⁴² *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdelen S&E.1.1.0.A en S&E.1.1.0.C (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019) en F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, par. 1.2. De wetgever noemt dit de ‘sluisgedachte’. Dit houdt in dat “een vermogensaanwas hetzij de sluis van de inkomstenbelasting passeert, hetzij de sluis van het successierecht”. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 6. Zie tevens *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 2-3 en *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 3, p. 17.

2.3 Historische ontwikkeling BOF

2.3.1 1981: invoering uitstel van betalingsregeling

De BOF in de SW 1956 heeft niet altijd bestaan in zijn huidige vorm en omvang.⁴³ In 1981 kreeg de ontvanger voor het eerst de wettelijke bevoegdheid een uitstel van betalingsregeling te verlenen als tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoorde.⁴⁴ Deze regeling hield in dat gedurende vijf jaren rentedragend uitstel van betaling kon worden verleend, mits zonder toepassing van dat uitstel liquiditeitsproblemen zouden ontstaan als gevolg waarvan de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen.⁴⁵ De facto gold deze faciliteit dus alleen voor zover de verkrijger onvoldoende niet-ondernemingsvermogen (lees: privévermogen) verkreeg om daaruit het verschuldigde schenkings- of successierecht (thans: schenk- of erfbelasting) te betalen.⁴⁶ De ontvanger had de mogelijkheid aan het uitstel voorwaarden te verbinden, zoals het door de verkrijger(s) voortzetten van de onderneming.⁴⁷ Een dergelijke faciliteit in de betalingssfeer vond de wetgever destijds afdoende om een eventueel liquiditeitsprobleem bij de verkrijging van een onderneming te mitigeren. Het volledig buiten de heffing laten van successierecht bij de verkrijging van ondernemingsvermogen vond hij zelfs in strijd met de grondgedachte van de Successiewet: het heffen over al hetgeen krachtens erfrecht wordt verkregen.⁴⁸

In 1984 heeft de betalingsfaciliteit een meer generiek karakter gekregen. De bij de verkrijging van ondernemingsvermogen verschuldigde belasting kon worden voldaan in vijf jaarlijkse renteloze termijnen. De ratio blijkt uit de memorie van toelichting:

“Door de betaling van deze belasting kan een liquiditeitsprobleem ontstaan indien de verkrijgers voornemens zijn om de onderneming voort te zetten. Zulk een liquiditeitsprobleem vormt een gevaar voor de continuïteit van de onderneming. Door de invoering van een betalingsregeling (...) wordt aan dit liquiditeitsprobleem tegemoet gekomen, zodat de continuïteit van de onderneming (...) beter is gewaarborgd.”⁴⁹

Zo is in 1984 het voortzetten van de onderneming voor het eerst uitdrukkelijk in de wet en het uitvoeringsbesluit opgenomen als voorwaarde voor het verlenen van de BOF, in die zin dat de resterende termijnen ineens moesten worden voldaan op het moment dat niet langer werd voortgezet.⁵⁰ Per 1 juni 1990 is deze uitstel van betalingsregeling – mutatis mutandis – overgeheveld naar de IW 1990.⁵¹ Er kon renteloos uitstel van betaling worden verleend als door voldoening van de verschuldigde belasting een sociaal-economisch belang in gevaar zou komen, hetgeen het geval was als tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoorde, mits de betreffende onderneming werd voortgezet.⁵²

⁴³ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.0.0.B (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

⁴⁴ In art. 65 SW 1956 (oud) was enkel een algemene betalingsfaciliteit opgenomen op grond waarvan in bijzondere gevallen rentedragend uitstel van betaling kon worden verleend. Wel was in §49 van de Leidraad SW 1956 (oud) opgenomen dat de verkrijging van ondernemingsvermogen ‘extra’ aandacht behoeft. Op basis hiervan was de ontvanger bevoegd bij de verkrijging van ondernemingsvermogen een ruimere uitstel van betalingsregeling toe te passen. Zie *Kamerstukken II 1953/54*, 915, nrs. 6 en 7, *Kamerstukken II 1954/55*, 915, nr. 10, p. 7 en *Handelingen II*, 1981/82, 16 016, nr. 3, p. 12.

⁴⁵ Aldus art. 65, eerste lid, onderdeel a SW (oud). *Kamerstukken II 1979/80*, 16 016, nr. 24, p. 1.

⁴⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 3, p. 7.

⁴⁷ P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 124.

⁴⁸ Interdepartementale werkgroep 1983, p. 22.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1983/84*, 18 226, nr. 3, p. 3.

⁵⁰ *Kamerstukken II 1983/84*, 18 226, nr. 1-3, p. 3-4 en *Kamerstukken II 1983/84*, 18 226, nr. 21, p. 1. Zie ook P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 124.

⁵¹ Die wet is per die datum in werking getreden. Zie Invoeringswet Invorderingswet 1990 van 30 mei 1990, Stb. 222.

⁵² Ingevolge art. 24, lid 3 IW 1990 (oud) juncto art. 3 Uitvoeringsbesluit IW 1990 (oud).

2.3.2 1997: invoering kwijtscheldingsfaciliteit

Enkele jaren later vond de wetgever een uitstel van betalingsregeling niet langer volstaan en werd de faciliteit per 1 juni 1997 voor het eerst uitgebreid met een kwijtscheldingscomponent.⁵³ Deze verruiming is ingevoerd na aanbevelingen van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die onderzoek heeft gedaan naar bedrijfsoverdrachten van kleine en middelgrote ondernemingen. De Commissie concludeerde dat dergelijke ondernemingen bij een bedrijfsoverdracht aanliepen tegen onoverkomelijke juridische, fiscale en administratieve moeilijkheden.⁵⁴ Ten aanzien van de fiscaliteit heeft de Commissie de Lidstaten aanbevolen maatregelen te nemen die het slagen van een bedrijfsoverdracht binnen de familie zo veel mogelijk garanderen door te voorkomen dat schenk- of erfbelasting het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengt. Concreet werd aanbevolen “de erfgenamen de mogelijkheid te bieden de betaling van de schenkings- respectievelijk successierechten te spreiden of uit te stellen, op voorwaarde dat de bedrijfsactiviteit van de onderneming wordt voortgezet.”⁵⁵

Ondanks dat de uitstel van betalingsregeling reeds in overeenstemming was met deze aanbeveling, heeft de wetgever een verruiming kennelijk noodzakelijk geacht. De noodzaak hiertoe is als volgt toegelicht:

“Wanneer een onderneming door vererving overgaat op de erfgenamen en door één of meer van hen wordt voortgezet, kan het verschuldigde successierecht tot financiële problemen leiden die de continuïteit van de onderneming zouden kunnen aantasten. Die problematiek speelt ook ingeval een ondernemer zich uit de zaken terugtrekt en de onderneming schenkt aan een of meer opvolgers. (...) Vanuit het algemeen sociaal-economisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit. Het is om dezelfde reden onwenselijk dat een ondernemer in situaties waarin het maatschappelijk gebruikelijk is uit te treden, zijn onderneming staakt in plaats van overdraagt aan een of meer opvolgers.”⁵⁶

De hoogte van het kwijtscheldingspercentage is als volgt toegelicht:

“Het kwijtscheldingspercentage van 25 is, (...), bepaald aan de hand van de huidige budgettaire mogelijkheden.”⁵⁷

De kwijtscheldingsfaciliteit hield in dat het successie- of schenkingsrecht dat kon worden toegerekend aan 25% van het verkregen ondernemingsvermogen werd kwijtgescholden.⁵⁸ Materieel kon deze kwijtscheldingsfaciliteit worden beschouwd als een vrijstelling van successie- of schenkingsrecht.⁵⁹ De

⁵³ Art. 25, lid 6, onderdelen a en b IW 1990 (oud). Tevens werd de bestaande uitstel van betalingsregeling verruimd. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 428, nr. 3, p. 14 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

⁵⁴ Zie Europese Commissie, ‘Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen’, nr. 94/1069/EG. De conclusie uit dit onderzoek is in 2002 bevestigd door een onderzoek van de Europese Commissie. Hieruit bleek een slecht geregelde bedrijfsopvolging bij minimaal tien procent van de Europese bedrijven de directe oorzaak te zijn van het uiteindelijke faillissement. Zie European Commission, ‘Final Report of the Expert Group on the Transfer of Small and Medium-sized Enterprises’, Brussel, mei 2002.

⁵⁵ Zie Europese Commissie, ‘Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen’, nr. 94/1069/EG, art. 1 juncto 6, onderdeel b.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 6, p. 10.

⁵⁸ Strikt genomen betrof het een tweeledige kwijtschelding: er gold een 100%-kwijtschelding van het successie- of schenkingsrecht dat kon worden toegerekend aan de waarde van quota (en bezittingen die hiermee qua karakter overeenkomen), vergunningen, concessies en andere dispensaties van publiekrechtelijke aard.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8.

kwijtschelding werd verleend onder de opschortende voorwaarde dat de onderneming gedurende vijf jaren (bij vererving) of tien jaren (bij schenking) rechtstreeks werd voortgezet.⁶⁰

2.3.3 2002: faciliteit verplaatst van IW 1990 naar SW 1956 en verhogingen vrijstelling

In 2002 is de kwijtscheldingsfaciliteit overgeheveld van de IW 1990 naar de heffingswet zelf, waarbij de systematiek is gewijzigd van kwijtschelden naar vrijstellen.⁶¹ De vrijstelling is daarbij verhoogd naar 30%. Deze verhoging was enkel ingegeven vanuit budgettaire ruimte in de Nederlandse begroting. Enkele jaren later is in het Belastingplan 2005 voorgesteld het percentage verder te verhogen naar 50, omdat de vrijstelling als onvoldoende toereikend werd ervaren om liquiditeitsproblemen bij bedrijfsoverdrachten te voorkomen. Ook deze verhoging wordt niet onderbouwd door enig onderzoek.⁶² De staatssecretaris merkt enkel op:

“Zowel MKB-Nederland als VNO-NCW heeft gepleit voor een verruiming van de vrijstelling in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Gedachte daarachter is dat het schenkings- en successierecht veelal niet uit het privé-vermogen kan worden voldaan en daardoor ten laste van het eigen vermogen van een (familie-)onderneming komt. Met een verhoging van de vrijstelling tot 50% van de waarde van de onderneming wordt een aanzienlijke handreiking geboden om mogelijke liquiditeitsproblemen die zouden leiden tot een aantasting van het ondernemingsvermogen, te vermijden, zeker in het licht van de omstandigheid dat ook met de liquiditeitspositie rekening wordt gehouden door de – deels renteloze – uitstelfaciliteit.”⁶³

Later merkte de staatssecretaris op dat de regering de indruk had dat “de liquiditeitsproblemen die ten gevolge van de heffing van successie- of schenkingsrecht bij bedrijfsopvolging kunnen ontstaan met deze verhoging in voldoende mate zijn weggenomen.”⁶⁴ Een verdere verhoging zou hij niet overwegen omdat de kans op onbedoeld misbruik daarmee zou toenemen.⁶⁵ Toch is het aanvankelijke percentage van 50 vervangen door een percentage van 60 voor de jaren 2005 en 2006 en een percentage van 75 voor de jaren daarna. Deze verhogingen zijn – wederom ongemotiveerd – aangenomen na het amendement van Kamerlid Dezentjé Hamming.⁶⁶

⁶⁰ Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 2, p. 6-8. Ook werd een bezitseis opgenomen om oneigenlijk gebruik te voorkomen. Aanvankelijk gold alleen een bezitseis ten aanzien van de schenker en niet voor de erfflater, omdat aan een erfrechtelijke verkrijging (doorgaans) geen keuze ten grondslag ligt. Zie hierover *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 3, p. 8.

⁶¹ Deze wijziging is doorgevoerd naar aanleiding van aanbevelingen van de werkgroep Moltmaker. Zie Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving, ‘De warme, de koude en de dode hand’, 13 maart 2000, nr. ADV00-301. Dit was wenselijk omdat de inspecteur in plaats van de ontvanger hiervoor verantwoordelijk is. Voorts is de toets dat de verkrijger onvoldoende privémiddelen verkrijgt komen te vervallen. Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, nr. 1, p. 15.

⁶² Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, nr. 1, p. 17, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. 3, p. 4, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. 6, p. 20, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. A, p. 19-21, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 2, p. 8, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 3, p. 17-18, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 8, p. 18-19, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 14, p. 38 en *Kamerstukken I 2004/05*, 29 767, Nr. C, p. 7.

⁶³ *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 3, p. 17-18.

⁶⁴ *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 14, p. 38.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 14, p. 38, waarin wordt verwezen naar de notitie ‘Bedrijfsoverdracht: continuïteit door fiscaliteit’ in *Kamerstukken II 2003/04*, nr. 66.

⁶⁶ Amendement van 18 november 2004. Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 36 voor het initiële amendement en *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 58 voor het gewijzigde amendement. Het enige wat Dezentjé Hamming hierover opmerkt is: “Die verruiming lijkt mij erg belangrijk, omdat bedrijfsovernames nu zo duidelijk aan bod komen. Ik meen dat er onlangs een notitie Bedrijfsoverdracht is verschenen, waarin dit als punt is genoemd.” Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 60, p. 40. Opvallend is hoe eenvoudig de verhogingen worden aangenomen, terwijl de RvS en de staatssecretaris erop hebben gewezen dat een hogere vrijstelling dan 50% wellicht in strijd komt met het gelijkheidsbeginsel en de staatssecretaris de vrijstelling zelf “aan de hoge kant” vindt. Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 60, p. 60. Slechts enkele Kamerleden hebben vraagtekens gezet bij deze gang van zaken. Ik verwijs naar Kamervragen van Vendrik in *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. 60, p. 51.

2.3.4 2010: herziening BOF en verhoging vrijstelling

Per 1 januari 2010 is de BOF wederom gewijzigd. In het aanvankelijke wetsvoorstel is de voorwaardelijke vrijstelling verhoogd naar 90% en kon voor de overige 10% van het ondernemingsvermogen rentedragend uitstel van betaling worden verleend. Door een amendement is de vrijstelling uiteindelijk gesteld op een 100%-vrijstelling voor het verkregen ondernemingsvermogen tot een waarde van € 1.084.851 (cijfer 2019) en een 83%-vrijstelling voor het meerdere.⁶⁷ Deze wijzigingen zijn doorgevoerd in het kader van een grondige herziening van de SW 1956.⁶⁸ Diverse onderwerpen hebben daarbij prioriteit gekregen, waaronder de BOF. Herziening was gewenst omdat de tot 2010 geldende regeling moeilijk toepasbaar was en veel administratieve verplichtingen met zich bracht. Doelstelling was dan ook dat de BOF eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger zou worden opgezet.⁶⁹

De regeling is eenvoudiger geworden door het systeem van conserverende aanslagen (grotendeels) te vervangen door een voorwaardelijke vrijstelling.⁷⁰ Vanaf 2010 wordt enkel nog een conserverende aanslag opgelegd over het eventuele restant waarover na toepassing van de voorwaardelijke vrijstellingen nog wel afgerekend moet worden.⁷¹ De toegankelijkheid is toegenomen door de wettelijke bepalingen, die tot 2010 in verschillende wetten en besluiten waren opgenomen, zoveel mogelijk te clusteren en beleidsbesluiten te codificeren. Ten slotte is de evenwichtigheid toegenomen door de BOF in de SW 1956 en de faciliteiten (lees: doorschuifregelingen) in de Wet IB 2001 meer op elkaar te laten aansluiten.⁷² Daarbij wordt vanaf 2010 niet langer, althans zo min mogelijk, onderscheid gemaakt tussen overdrachten in de winstsfeer (box 1) en die in de AB-sfeer (box 2), direct en indirect (via een holding) gehouden AB-aandelen en -winstbewijzen in een vennootschap en bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van overlijden.⁷³

Verder heeft de wetgever duidelijker vooropgesteld dat de faciliteit uitsluitend ten goede moet komen aan reële bedrijfsopvolgingen.⁷⁴ De regeling tot 2010 had volgens de wetgever aan de ene kant een te beperkte en aan de andere kant een te ruime werking.⁷⁵ Hiertoe is meer aansluiting gezocht bij de economische praktijk van bedrijfsoverdrachten. De faciliteit is hierdoor zowel uitgebreid als beperkt.⁷⁶

⁶⁷ Nader gewijzigd amendement van het lid Cramer, Tang en Omtzigt, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79 (ter vervanging van nr. 53).

⁶⁸ Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 27 789, nr. 13 voor de aankondiging van deze herziening. Een grondige herziening van de successiewetgeving heeft echter al eerder op de politieke agenda gestaan. De werkgroep modernisering successiewetgeving ('werkgroep Moltmaker') heeft op verzoek van de regering reeds op 13 maart 2000 het rapport 'De warme, de koude en de dode hand' uitgebracht. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 2.

⁶⁹ Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 27 789, nrs. 15-17 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 25.

⁷⁰ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 41 en *Kamerstukken II* 2008/09, 27 789, nr. 17, p. 5.

⁷¹ Hier is bewust voor gekozen omdat het de inspecteur is die de conserverende aanslag oplegt. De verkrijger hoeft zich dan niet apart tot de ontvanger te wenden, die zich op zijn beurt weer tot de inspecteur zou moeten richten om het bedrag waarvoor uitstel wordt verleend te berekenen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 42.

⁷² Dit brengt met zich mee dat de faciliteiten in beide heffingswetten niet los van elkaar kunnen worden gezien.

⁷³ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5. Verdere verbetering is bereikt door het ondernemingsbegrip rechtsvormneutraal te maken. Voorheen werd namelijk zowel naar de Wet Vpb 1969 als de Wet IB 2001 verwezen. Dit leverde soms een verschillende uitkomst op, afhankelijk van de rechtsvorm, bijvoorbeeld ten aanzien van de indirect gehouden medegerechtigdheid. Dit verschil is nu opgeheven. Zie hierover *Kamerstukken II* 2008/09, 27 789, nr. 17, p. 5.

⁷⁴ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5. Deze doelstelling is overigens voor het eerst in zo veel bij de introductie van de kwijtscheldingsfaciliteit van 25% in 1997 al omschreven en is sindsdien verschillende keren vooropgesteld. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8. Blijkbaar is hij er onvoldoende in geslaagd deze doelstelling ook te realiseren.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 27 789, nr. 15, p. 2 en later herhaald in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

Wat overigens opvallend is, is dat het nu, in tegenstelling tot de verhogingen naar 60% en 75%, de staatssecretaris zelf was die voorstelde het vrijstellingspercentage te verhogen naar 90. Dit zou nodig zijn om “een onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid verder te stimuleren.”⁷⁷ Verdere onderbouwing ontbreekt. Ook heeft de regering nagelaten zelf onderzoek te doen naar de noodzaak van deze verhoging.⁷⁸ De RvS is kritisch over het feit dat de verhogingen van de vrijstelling zich in snel tempo hebben opgevolgd zonder dat onderzoek is gedaan naar de noodzaak hiertoe en zonder dat de RvS daarbij steeds is geconsulteerd.⁷⁹ Ook de Tweede Kamer is kritisch.⁸⁰ De staatssecretaris gaat inhoudelijk echter nauwelijks in op deze kritiek, maar rechtvaardigt de verhoging door te herhalen dat de BOF enkel de overdracht van ‘échte’ ondernemingen faciliteert.⁸¹ Tevens zou de verhoging een tegemoetkoming moeten bieden voor het feit dat in de waardering van een onderneming ook de voor overdracht vatbare goodwill wordt meegenomen. Dit bleek in het overleg met VNO-NCW en MKB-Nederland een belangrijk knelpunt te zijn omdat dan wordt afgerekend over (de netto contante waarde van) toekomstig te behalen winsten.⁸² Omdat de goodwill in de waarderingssystematiek niet achterwege kan worden gelaten, heeft de staatssecretaris voorgesteld de voorwaardelijke vrijstelling te verhogen naar 90%.⁸³ Daarbij benadrukt hij dat het gaat om een zeer beheersbare budgettaire maatregel.⁸⁴

Verder betoogt de staatssecretaris dat het niet terecht is dat het familiebedrijf bij iedere overdracht op de volgende generatie belasting moet betalen, terwijl de familie de in het bedrijf besloten liggende waarde nog niet verzilverd omdat de onderneming wordt voortgezet.⁸⁵ Om die redenen vindt hij “er iets voor te zeggen om de vrijstelling te verhogen.”⁸⁶ Dat het percentage van 90 arbitrair is gekozen, is volgens de staatssecretaris geen probleem omdat een percentage altijd arbitrair is. Daarbij maakt hij de vergelijking met het maximale schijfentarief van 52% (thans: 51,75%) in de Wet IB 2001 (oud).⁸⁷

⁷⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁷⁸ Het zou bovendien pas na ommekomst van de tienjaarstermijn van de uitstel van betalingsregeling mogelijk zijn te onderzoeken of de 75%-vrijstelling, welke in 2007 is ingevoerd, volstond. Toch is de vrijstelling in 2010 al verhoogd. Er waren op het moment van invoering nog helemaal geen praktijkvoorbeelden van ondernemingen die door de heffing daadwerkelijk in gevaar zijn gekomen of bedrijfsonderdelen hebben moeten afstoten. Dit kan pas onderzocht worden na ommekomst van de tienjaarstermijn van de uitstel van betalingsregeling. Ondanks dat RvS de regering hierop heeft gewezen, is hier niets mee gedaan. Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, p. 3-4.

⁷⁹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, p. 3.

⁸⁰ Leden van de fracties CDA, PvdA, SP en D66 stellen kritische vragen. Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 7, p. 10, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 7, p. 11, p. 14, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 17, p. 26, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 40, p. 9 en 22-23 en *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 40, p. 47.

⁸¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, p. 4.

⁸² Er zijn volgens de staatssecretaris gevallen bekend waarbij dit kon leiden tot continuïteitsproblemen. Deze werden verholpen door “de arm te amputeren”. Oftewel, door bepaalde onderdelen van het familiebedrijf die al decennialang in handen zijn van het bedrijf te verkopen. Dit vond de wetgever onwenselijk. Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 18, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 40, p. 46-48 en *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 18, p. 1418.

⁸³ Ook hier kan ik de redenering van de staatssecretaris niet volgen. Het gaat er volgens de RvS nu net om dat een kleine groep wordt bevoordeeld terwijl daar geen afdoende rechtvaardigingsgrond voor bestaat. Dit wordt niet anders door de regeling te beperken tot reële bedrijfsoverdrachten. Het gaat nu net om het ontbreken van een onderbouwing van de noodzaak hiertoe, en die ontbreekt nu nog steeds. Dit staat mijns inziens los van de vraag welke waarderingsmethode moet worden gebruikt bij de waardering van een onderneming. Dat de goodwill wordt meegenomen bij de waardering van een onderneming is zeer gebruikelijk. Deze systematiek werd overigens ook onder de voorgangers van de vrijstelling al gebruikt. Dit leidde toen blijkbaar niet tot problemen. Dit is dan ook geen rechtvaardiging om het percentage te verhogen.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 18, p. 1418-1419.

⁸⁵ Het probleem dat hij noemt is inherent aan de heffing van schenk- en erfbelasting; dit ‘argument’ geldt voor iedere verkrijging van vermogen en niet specifiek bij de verkrijging van een onderneming. Dit vormt dus geen rechtvaardiging.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 40, p. 46-47.

⁸⁷ Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 40, p. 46-47 en *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 18, p. 1419. De vergelijking met het 52%-tarief gaat mijns inziens om twee redenen niet op. Ten eerste is het een generiek tarief dat geen onderscheid maakt tussen groepen van belastingplichtigen. Daarnaast worden wijzigingen van het IB-

2.4 De ratio van de BOF

Uit het voorgaande blijkt dat sinds de invoering van de betalingsfaciliteit in 1981 het ‘continuïteitsargument’ de kern van de BOF vormt: de wetgever wil voorkomen dat voor de heffing van schenk- of erfbelasting ter zake van een bedrijfsopvolging liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.⁸⁸ Of hiervoor een dergelijke genereuze vrijstelling zoals we die thans kennen noodzakelijk is, heeft de wetgever echter nooit onderzocht.⁸⁹ De gedachte van de wetgever is dat partijen (doorgaans) geen invloed kunnen uitoefenen op het moment waarop vererving plaatsvindt. Het is dan dus maar de vraag of de bedrijfsopvolging op het juiste moment plaatsvindt en of de verkrijger op dat moment voldoende middelen heeft om de erfbelasting te betalen. Als vervolgens middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om de erfbelasting te kunnen voldoen, kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen.⁹⁰ Dit is slecht voor de werkgelegenheid en de economische bedrijvigheid. Hoewel schenkingen wél kunnen worden gepland, is daarvoor ook een faciliteit nodig. Anders zou men in de praktijk namelijk wachten met de bedrijfsoverdracht totdat de ondernemer overlijdt. Dat zou vanuit economisch perspectief een onwenselijk neveneffect zijn.⁹¹

Het (aangenomen) verband tussen de heffing van schenk- of erfbelasting bij de verkrijger (het subject) en de continuïteit van de onderneming (het object) is, hoewel het antwoord op de vraag of in een voorkomend geval werkelijk sprake is van liquiditeitsproblemen nooit van belang is geweest, verder naar de achtergrond verdwenen toen de wetgever overwoog dat de BOF ten doel heeft “een onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid (...) te stimuleren.”⁹² Bij de wijzigingen in 2010 is meer

tarief niet doorgevoerd op basis van ‘signalen uit de praktijk’, maar worden deze altijd uitgebreid onderbouwd aan de hand van talloze koopkrachtplaatjes.

⁸⁸ Door de jaren heen is het karakter van de faciliteiten weliswaar enigszins veranderd, maar zijn de overwegingen steeds hetzelfde gebleven. Omdat het aangenomen versturende effect van de belastingheffing op de continuïteit van de onderneming op geen enkele adequate wijze is vastgesteld door de wetgever, valt weinig zinnigs te zeggen over de noodzaak ervan. Zie A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2010/1242, onderdeel 3 en J.J.M. Jansen, ‘Ondernemers in 2010’, *MBB* 2010, nr. 1, p. 19.

⁸⁹ Zie M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 1.2.3. Uit empirisch onderzoek van PwC onder vijftig familiebedrijven blijkt overigens dat de continuïteit van 46% van de familiebedrijven op de langere termijn worden bedreigd als de BOF in de SW 1956 zou worden afgeschaft. De aanname is dan wel dat er financiële middelen aan het vermogen van de onderneming worden onttrokken om de belasting te kunnen voldoen. Niet is onderzocht in hoeverre de belasting uit privévermogen kon worden voldaan. Zie R. de Lange-Snijders en J.H.M. Nieuwenhuizen, ‘Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk’, *PwC spotlight*, 2014, <https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-bedrijfsopvolgingsregelingen-zijn-noodzakelijk.pdf>.

⁹⁰ In de literatuur wordt overigens ernstig getwijfeld aan de mate waarin dit geconstateerde risico reëel is. Zie onder andere M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 10.4.4. en *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.0.0.A (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019), waarin wordt verwezen naar T. Blokland, ‘Herziening Successiewetgeving’, *FED* 2001/410, M.J. Hoogeveen, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002’, *WPNR* 2002/6485, p. 303 e.v., J.P.M. Stubbé, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet’, *FBN* 2008/2, p. 16 e.v., S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘Contouren nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting, geen afstel maar uitstel’, *WFR* 2008/1113 en A. de Haan, ‘De bedrijfsopvolgingsregeling: stimuleren of grondslagversmalling?’ *FED* 2009/81. Dat de noodzaak voor een (hoge) vrijstelling ontbreekt, blijkt tevens uit W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009. In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 9 wordt naar dit onderzoek verwezen.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 35-36. Dat de validiteit van deze beargumentering in twijfel kan worden getrokken, neemt niet weg dat dit de grondgedachte is van de BOF. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 3 voor kritiek door de RvS. Zie M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 10.4.4.

⁹² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5. Dat dit verband niet door onderzoek wordt onderbouwd en dat een uitstel van betalingsregeling vanuit het draagkrachtbeginsel beredeneerd prevaleert boven een

voorop komen te staan dat de kern van de BOF is dat de heffing van schenk- en erfbelasting in geen geval een belemmering mag vormen voor *reële* bedrijfsopvolgingen. Bij die wijziging heeft de staatssecretaris de ratio van de BOF als volgt omschreven:

“De bedrijfsopvolgingsregeling beoogt te voorkomen dat de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Hierbij is het ten eerste uitdrukkelijk de bedoeling dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd; niet minder, maar ook niet meer. Een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel gedefinieerd als een overdracht van een «onderneming» door een «ondernemer», die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming «als ondernemer voortzet». Hierbij maakt het niet uit of de onderneming rechtstreeks of door middel van bijvoorbeeld een BV wordt gedreven. Verder is het uitdrukkelijk de bedoeling om ook bepaalde gefaseerde bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Uit deze visie blijkt dat het niet de bedoeling is om iedere verkrijging van vermogen dat op enigerlei wijze aan ondernemers en ondernemingen ter beschikking is gesteld, te faciliteren. Hoe wenselijk het verschaffen van kapitaal aan ondernemers mogelijk ook is, de faciliteiten zijn daarvoor niet bedoeld; er is nu eenmaal geen sprake van een bedrijfsopvolging.”⁹³

Zowel een te beperkte als een te ruime werking van de BOF vindt de wetgever onwenselijk.⁹⁴ Doelstelling van de wetgever is om in alle gevallen van reële bedrijfsopvolging een faciliteit te verlenen en in alle andere gevallen niet.⁹⁵ Dit heeft de wetgever willen bewerkstelligen door meer aansluiting te zoeken bij de economische praktijk van bedrijfsoverdrachten.⁹⁶ De wetgever heeft daarbij benadrukt dat het er specifiek om gaat dat de verkrijger de positie van de schenker of erflater voortzet. Als hij dat niet doet, ziet de wetgever de verkrijger niet langer als *bedrijfsopvolger* en moet de voorwaardelijke vrijstelling vervallen.⁹⁷

Een niet te missen onderdeel bij de analyse van de ratio van de BOF is het gelijkheidsbeginsel. De wetgever maakt met de BOF immers onderscheid tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen (voor hen is de BOF mogelijk van toepassing) en verkrijgers van ander vermogen (voor hen is de BOF niet van toepassing). Deze laatste groep ziet zich hierdoor ongelijk behandeld. Dat roept de vraag op of de BOF in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in art. 1 van de Grondwet (hierna: GW).⁹⁸ Volgens de klassieke omschrijving van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van het belastingrecht moeten gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld naar de mate van ongelijkheid.⁹⁹ Zowel een ongelijke behandeling van gelijke gevallen als een gelijke behandeling van ongelijke gevallen kan dus een schending van het gelijkheidsbeginsel betekenen.¹⁰⁰ Bij het vormgeven van (belasting)wetten moet

(voorwaardelijke) vrijstelling blijkt uit W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009, p. 31-32.

⁹³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17-22 en p. 97. Zie in gelijke zin *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8-9.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5. Deze doelstelling is overigens voor het eerst in zo veel woorden bij de introductie van de kwijtscheldingsfaciliteit van 25% in 1997 omschreven en is sindsdien verschillende keren herhaald. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 27 789, nr. 15, p. 2 en later herhaald in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47.

⁹⁸ Het gaat dan om het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving. Dit dient te worden onderscheiden van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie C.P. Engwerda, *Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 1999, p. 38.

⁹⁹ Zie A. de Haan, *Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel*, Amsterdam: 2007, p. 22, waarin wordt verwezen naar R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer: Kluwer 1996, p. 289.

¹⁰⁰ HvJ EU C-106/83 (Sermide SpA/Cassa Conguaglio Zuccheri).

de wetgever (mede) de Grondwet in acht nemen en uit dien hoofde oog hebben voor het gelijkheidsbeginsel.¹⁰¹

In de parlementaire behandeling is diverse keren de vraag opgeworpen of de BOF in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁰² Dit was ook het geval bij de meest recente verhoging van de vrijstelling naar (voorgesteld) 90%. Volgens de RvS is voor de ongelijke behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond aangevoerd, is de BOF niet (langer) te verklaren uit de continuïteitsbedreiging uit hoofde van de onttrekking van liquide middelen en past een dergelijke royale vrijstelling niet bij het buitenkansbeginsel als dragende grondslag voor de SW 1956. Volgens de RvS ondergraaft de BOF daarmee de schenk- en erfbelasting als zodanig.¹⁰³ De BOF zou haaks staan op het buitenkans- en draagkrachtbeginsel als dragende grondslagen voor de heffing van schenk- en erfbelasting (vgl. paragraaf 2.4). Volgens Nieuwenhuizen is het echter nog maar de vraag of deze beginselen bij de verkrijging van (aandelen in) een onderneming een heffing rechtvaardigen. Hij stelt dat de verkrijging van ondernemingsvermogen niet zonder meer kan worden aangemerkt als een 'buitenkans' en een draagkrachtvermeerdering in de zin van een toename van de bestedingscapaciteit. Voor de verkrijger maakt het namelijk nogal verschil of ondernemingsvermogen verkregen of dat bijvoorbeeld een effectenportefeuille of onroerend goed wordt verkregen. In die laatste gevallen kan de verkrijging volgens hem werkelijk worden gezien als een buitenkans of extra bestedingscapaciteit, omdat deze vermogensbestanddelen eenvoudiger te gelde zijn te maken dan doorgaans voor ondernemingsvermogen het geval is.¹⁰⁴ Stevens stelt in dit kader dat ondernemingsvermogen niet dezelfde draagkracht heeft als ander vermogen. Dit zou een vrijstelling kunnen rechtvaardigen. Daarnaast kan worden gesteld dat een vrijstelling geboden is om een level playing field te creëren: een heffing kan ten koste gaan van de concurrentiepositie van familiebedrijven ten opzichte van multinationals die geen familiebedrijf zijn. Hij merkt overigens op dat het continuïteitsrisico bij bedrijfsopvolgingen ook kan worden ondervangen met een uitgebreide uitstel van betalingsregeling. Hij benadrukt dat het vooral een politieke keuze is.¹⁰⁵

Toch is er in de fiscale literatuur brede consensus dat de huidige BOF begunstigend en discriminatoir is.¹⁰⁶ Dat mogelijke liquiditeitsproblemen bij een bedrijfsopvolging de continuïteit van een onderneming niet in gevaar mogen brengen, wordt overigens niet ontkend, maar de breed gedragen opvatting is dat de oplossing hiervoor moet worden gevonden in een uitstel van betalingsregeling in plaats van een afstelregeling. Onder andere Gribnau concludeert dat de BOF verworpen is tot een 'superprivilege', bewerkstelligd door een effectieve lobby.¹⁰⁷

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Evenwichtige ongelijkheid', *WFR* 2013/706. Deze eis heeft de wetgever overigens ook uitdrukkelijk aan zichzelf gesteld in de Nota Zicht op wetgeving 1991, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1 en 2, p. 8 en 23-25, waarin kwaliteitseisen zijn geformuleerd die aan wetgeving kunnen worden gesteld. Zie M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdelen 1.2.2, 1.4.6.3, 2.2.1, 9.1 en 9.8.

¹⁰² Voor de eerste maal door Leden van de CDA-fractie toen werd voorgesteld het vrijstellingspercentage te verhogen van 30% naar 50%. Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. B, p. 3, *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. C, p. 7, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 8, p. 18-19 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 14, p. 37-38. Later ook door leden van de PvdA-, SP- en D66-fractie in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 11 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 17, p. 26.

¹⁰³ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 3. De NOB sluit zich aan bij het standpunt van de RvS dat de verhoging naar 90% niet meer kan worden beargumenteerd vanuit de continuïteitsgedachte. Zie de brief van de NOB van 4 juni 2009 aan de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer, p. 12.

¹⁰⁴ J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Contouren van een nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit', *FTV* 2014/12-59.

¹⁰⁵ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 17, p. 24-27.

¹⁰⁶ Zie onder andere A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse belastingwetgeving', *NTFR* 2009/2031, A. de Haan, 'De bedrijfsopvolgingsregeling: stimulering of grondslagversmalling', *FED* 2009/81, I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel', in: J.L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247 en M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 515 e.v.

¹⁰⁷ J.L.M. Gribnau, *Belastingen als moreel fenomeen*, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2013, p. 70 en 78.

Desondanks heeft de staatssecretaris, vanuit zijn functie als medewetgever, steeds aangegeven dat volgens hem geen inbreuk wordt gemaakt op het gelijkheidsbeginsel, omdat de faciliteit ten aanzien van reële bedrijfsopvolgingen afdoende wordt gerechtvaardigd vanuit de ratio van de regeling: het beschermen van het algemeen sociaal-economisch belang.¹⁰⁸ De redenering van de wetgever is steeds geweest dat het onwenselijk is dat de verkregen onderneming moet worden gestaakt (of geforceerd moet worden verkocht) zonder dat de bedrijfsresultaten daartoe aanleiding geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit.¹⁰⁹ Iedereen zal zich uiteraard in deze doelstelling kunnen vinden, maar gezien het feit dat de wetgever hier nooit empirisch onderzoek naar heeft gedaan, is allerm minst duidelijk of dit liquiditeitsprobleem zich werkelijk voordoet.¹¹⁰ Van Vijfeijken geeft aan dat het feit dat tot 1996 nauwelijks een beroep werd gedaan op de BOF – het betrof toen enkel renteloze uitstel van betalingsregeling – zelfs doet vermoeden dat het tegendeel waar is.¹¹¹ Aangezien hieruit blijkt dat het middel (een ruime vrijstelling) niet bijdraagt aan het – op zichzelf legitieme – doel (behoud van economische bedrijvigheid) en niet is voldaan aan de vereiste proportionaliteit tussen het middel en het doel (liquiditeitsproblemen laten zich oplossen door een betalingsfaciliteit¹¹²), bestaat voor de huidige BOF dan ook geen rechtvaardigingsgrond.¹¹³ Met onder andere Van Vijfeijken en Hoogeveen ben ik van mening dat de huidige BOF in strijd is met art. 1 GW.¹¹⁴

Het wekt dan ook geen verbazing dat hierover is geprocedeerd. De belastingrechter toetst de BOF daarbij, anders dan de wetgever, niet aan het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in art. 1 GW. Vanwege het constitutionele toetsingsverbod van art. 120 GW kunnen wetten in formele zin, zoals de SW 1956, immers niet worden getoetst aan de Grondwet. Wel kan de rechter op grond van art. 94 GW toetsen of de BOF in strijd is met non-discriminatiebepalingen in internationale verdragen.¹¹⁵ De vraag of inbreuk wordt gemaakt op het gelijkheidsbeginsel beantwoordt de belastingrechter daarbij volgens een vast stramien.¹¹⁶ De eerste relevante vraag is of sprake is van gelijke gevallen.¹¹⁷ Zo ja, dan is de vervolgvraag

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 14, p. 37-38, *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. B, p. 3, *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. C, p. 7, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 24-25 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 76, p. 19-20. Dit is opmerkelijk omdat de staatssecretaris aangaf dat geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel als “de vormgeving van de faciliteit geschikt is voor het beoogde doel en de faciliteit niet ruimer is dan nodig om het gekozen doel te bereiken” en de grens volgens hem lag bij een vrijstelling van 50%. Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. C, p. 7. Toch was het de staatssecretaris zelf die voorstelde de vrijstelling naar 90% te verhogen.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 2.

¹¹⁰ Dat hier nog nooit onderzoek naar gedaan is, blijkt expliciet uit een brief van het Ministerie van Financiën van 22 juli 2010 AFP/2010/0319 U, V-N 2010/37.13.

¹¹¹ I.J.F.A van Vijfeijken, ‘De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel’, in: J.L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247.

¹¹² Zie onder andere SEO Economisch onderzoek, Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht, SEO-rapport, nr. 2014-39, september 2014, bijlage 1 bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 27 mei 2016, nr. AFP/2016/312M, p. 68.

¹¹³ W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009, p. 32.

¹¹⁴ Zie M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 515-516 en I.J.F.A van Vijfeijken, ‘De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel’, in: J.L.M. Gribnau (editor), *Principieel belastingrecht: Liber Amicorum Richard Happé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2011, p. 235-247. In gelijke zin J.W. Zwemmer, ‘Bedrijfsopvolging in de Successiewet 1956’, *WPNR* 2000/6391, par. 2.1.

¹¹⁵ Art. 94 GW spreekt van “een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.” Het gaat dan om de non-discriminatiebepalingen van art. 26 IVBPR, art. 14 EVRM en art. 1 van het 12^e Protocol bij het EVRM.

¹¹⁶ Ondanks dat het gaat om bepalingen uit internationale verdragen hanteert de nationale rechter hetzelfde toetsingsschema als internationale rechterlijke instanties.

¹¹⁷ Gevallen zijn natuurlijk zelden volledig identiek. De rechter toetst dan ook of sprake is van relevante vergelijkbare omstandigheden. Zie EHRM 29 april 2008, nr. 13378/05, r.o. 60. Ten aanzien van de BOF wordt dat beoordeeld vanuit het perspectief van de SW 1956.

in hoeverre sprake is van een ongelijke behandeling. Er is echter pas sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel als voor deze ongelijke behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat.¹¹⁸ Van een gerechtvaardigd onderscheid is sprake als de wetgever (I) daarmee een legitiem doel nastreeft en (II) het gekozen middel proportioneel is gezien dit doel.¹¹⁹ Daarbij is het vaste jurisprudentie dat de wetgever een ‘wide margin of appreciation’ (een (zeer) ruime beoordelingsmarge) wordt gegund bij de beoordeling of sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling.¹²⁰

Dit blijkt onder meer uit een vijftal arresten dat de Hoge Raad op 22 november 2013 heeft gewezen inzake een aantal geselecteerde proefprocedures, waarin verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen, onder verwijzing naar het verdragsrechtelijk discriminatieverbod, een beroep deden op de BOF.¹²¹ Ten aanzien van de (dubbele) rechtvaardigingstoets oordeelde de Hoge Raad dat de wetgever met de BOF gerechtvaardigde (legitieme) doelstellingen nastreeft, namelijk het leveren van een bijdrage aan de onbelemmerde continuïteit van familiebedrijven binnen de kring van de ondernemer en het stimuleren van ondernemerschap. Als afgeleide doelstelling wordt genoemd het behoud van werkgelegenheid en economische diversiteit. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de proportionaliteitseis dat er een redelijke verhouding bestaat tussen het gekozen middel (de BOF) en deze nagestreefde doelstelling, omdat het discriminatieverbod niet zo ver gaat dat het gemaakte onderscheid uitsluitend toelaatbaar is als de effectiviteit hiervan empirisch is onderbouwd. Juist vanwege die ruime beoordelingsvrijheid mag dit onderscheid daarentegen volgens de Hoge Raad ook zijn gebaseerd op veronderstellingen over het probleem en de effectiviteit van de maatregel, “tenzij deze veronderstellingen zo weinig voor de hand liggen dat het evident onredelijk is ze aan het onderscheid ten grondslag te leggen.” Van ‘evident onredelijke veronderstellingen’ is volgens de Hoge Raad geen sprake. De wetgever heeft daarmee de grenzen van zijn ruime beoordelingsvrijheid niet overschreden.¹²²

Wat mij opvalt, is dat de Hoge Raad niet ingaat op de voortzettingstermijn. Dit deed hof ‘s-Hertogenbosch expliciet wel in een andere zaak van hetzelfde jaar waarin de voorliggende rechtsvraag dezelfde was.¹²³ Uit de wetsgeschiedenis bleek volgens het hof dat de rechtvaardigingsgrond voor de ongelijke behandeling is gewijzigd van het verhelpen van liquiditeitsproblemen naar “het in alle gevallen waarborgen van de continuïteit van een (‘echte’) onderneming (...), ook in die gevallen waarin het betalen van recht van successie niet stuit op betalingsproblemen.” Hieruit oordeelde het hof vervolgens dat de BOF, gegeven deze doelstelling, proportioneel is, omdat sprake moet zijn van een ‘echte’ onderneming die bovendien gedurende vijf jaren moet worden voortgezet. Ondanks dat de Hoge Raad dus tot hetzelfde oordeel komt (er is sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond), leidt het hof dit oordeel (mede) af uit het feit dat er een harde voortzettingstermijn is verbonden. Dit achtte de Hoge Raad kennelijk niet relevant.

Happé maakt uit het oordeel van de Hoge Raad op dat de trias politica – volgens hem ten onrechte – feitelijk neerkomt op een strikte *machtenscheiding* in plaats van een *machtenspreiding*

¹¹⁸ EHRM BNB 2002/398 (Della Ciaja).

¹¹⁹ De proportionaliteit valt vervolgens uiteen in geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid; vgl. J.L.M. Gribnau, ‘Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving’, in A.C. Rijkers en H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, p. 60 e.v.

¹²⁰ Dit blijkt onder andere uit EHRM BNB 2002/398 (Zaak Della Ciaja/Italië). In zijn conclusie bij HR 22 november 2013, BNB 2014/30 overweegt A-G IJzerman dat dit ook niet anders kan omdat het de staatsrechtelijke taak is van de wetgever onderscheid te maken tussen (groepen van) belastingplichtigen en daar verschillende fiscale gevolgen aan te verbinden. Deze taak kan de wetgever enkel uitvoeren als hem daartoe voldoende ruimte wordt gelaten.

¹²¹ Zie HR 22 november 2013, nr. 13/01622, BNB 2014/30 en van dezelfde datum nr. 13/02453, BNB 2014/31, nr. 13/01154, V-N 2013/59.21, nr. 13/01160, V-N 2013/59.23 en nr. 13/001161, V-N 2013/59.29-30.

¹²² HR 22 november 2013, BNB 2014/30, r.o. 3.3.8 tot en met 3.3.13.

¹²³ Zie Hof ‘s-Hertogenbosch 18 april 2013, nr. 12/00496, V-N 2013/19.25, r.o. 4.7.

(machtsevenwicht).¹²⁴ De rechter toetst slechts (zeer) marginaal of sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel. Dit neemt echter niet weg dat op de wetgever de verantwoordelijkheid rust ‘aan de voorkant’ te beoordelen of een wet een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel van art. 1 GW zou doorstaan. Dat de wetgever daarbij in zijn verhouding tot de rechter een (zeer) ruime beoordelingsvrijheid geniet, neemt niet weg dat hij wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, waaronder het gelijkheidsbeginsel en meer in het bijzonder de vereiste proportionaliteit tussen het doel en het gekozen middel.¹²⁵ Daarin is hij – het oordeel van de Hoge Raad ten spijt – niet geslaagd.¹²⁶

2.5 De ratio van het voortzettingsvereiste

Het voortzetten vormt een wezenskenmerk van de reële bedrijfsopvolging. Dat blijkt uit de definitie die de wetgever heeft gegeven aan een ‘bedrijfsopvolging’:

“een verkrijging van ondernemingsvermogen (...) van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn (...), mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste (...).”¹²⁷

Het voortzettingsvereiste vormt volgens de wettekst dus integraal onderdeel van de definitie van een bedrijfsopvolging.

Als de verkrijger op enig tijdstip binnen vijf jaren na de verkrijging van het ondernemingsvermogen als gevolg van een bepaalde gebeurtenis niet meer (geheel) voldoet aan het voortzettingsvereiste, moet de verkrijger daarvan binnen acht maanden na die gebeurtenis aangifte doen en vervalt in zoverre de voorwaardelijk vrijstelling.¹²⁸ Het niet langer voldoen aan de voortzettingseis heeft dus direct financiële gevolgen voor de verkrijger. De wetgever gaat er dan van uit dat het gevaar dat de continuïteit van de onderneming in gevaar zou kunnen komen als gevolg van de heffing van schenk- of erfbelasting op dat moment is geweken. Dit veronderstelt dat het voortzettingsvereiste zeer zorgvuldig is verwoord. Met andere woorden: dat de omschrijving ervoor zorgt dat in alle gevallen waarin sprake is van een reële bedrijfsopvolging de faciliteit in stand blijft en in alle gevallen waarin géén sprake is van een reële bedrijfsopvolging de faciliteit vervalt.¹²⁹ Of de wetgever hierin is geslaagd, onderzoek ik in de hoofdstukken 6 t/m 9.

In algemene zin houdt het voortzettingsvereiste in dat de verkrijger de verkregen onderneming gedurende een periode van vijf jaren moet voortzetten.¹³⁰ Het voortzettingsvereiste heeft verspreid over verschillende wettelijke bepalingen invulling gekregen. De eerste invulling ervan, althans in temporele zin, is te vinden in art. 35b, lid 5 SW 1956. Dit artikellid bepaalt dat de verkrijger gedurende een periode van vijf jaren aan het voortzettingsvereiste moet voldoen. In art. 35b, lid 6 SW 1956 is de sanctie opgenomen voor het geval niet meer (geheel) aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan: voor dat gedeelte vervalt de voorwaardelijke vrijstelling.

¹²⁴ Noot Happé bij HR 22 november 2013, *BNB* 2014/30. Happé is van mening dat de nationale rechter terughoudender is dan strikt genomen zou hoeven volgens het EHRM.

¹²⁵ Conclusie A-G IJzerman bij HR 22 november 2013, *BNB* 2014/30, r.o. 27.

¹²⁶ In gelijke zin M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 515-516.

¹²⁷ Art. 35b, lid 5 SW 1956.

¹²⁸ Ingevolge art. 35b, lid 6 juncto art. 35e, lid 5 SW 1956.

¹²⁹ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17-22 en p. 97 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8-9.

¹³⁰ Zie art. 35e, lid 1, aanhef SW 1956. Dit artikellid formuleert het overigens negatief, namelijk door te bepalen dat een verkrijger voldoet aan het voortzettingsvereiste indien zich geen van de daarin opgesomde gebeurtenissen voordoet.

Vervolgens heeft het voortzettingsvereiste inhoudelijk invulling gekregen in art. 35e SW 1956. Het eerste lid van dat artikel bevat de hoofdregel, die per categorie van verkrijging de gronden geeft op basis waarvan de vrijstelling wordt teruggenomen. Anders gezegd: per kwalificerend vermogensbestanddeel wordt specifieke invulling gegeven aan de instandhouding van het verkregen ondernemingsvermogen. Voorts voorziet art. 35e SW 1956 in de mogelijkheid krachtens ministeriële regeling nadere regels te stellen met betrekking tot de toepassing van de in dit artikel neergelegde hoofdregel (delegatiebepaling).¹³¹ Aan deze bevoegdheid heeft de staatssecretaris invulling gegeven in art. 10 Uitv.reg. S&E. Dit artikel geeft een limitatieve opsomming van gebeurtenissen die op verzoek van de verkrijger niet als een gebeurtenis als bedoeld in art. 35e SW 1956 worden aangemerkt ('geval-tot-geval benadering').¹³² Het artikel functioneert zodoende als versoepeling van de stringent geformuleerde hoofdregel door een aantal situaties te benoemen waarin strikt genomen niet is voldaan aan de voortzettingseis, maar de verkregen onderneming materieel nog steeds wordt voortgezet. In die situaties blijft de verkrijger, of zijn rechtsopvolger krachtens erf- of huwelijksvermogensrecht, als ondernemer gerechtigd tot de onderneming (in de bv). In deze gevallen wijzigt enkel de juridische huls waarin de opvolger de onderneming drijft of wijzigt de gerechtigdheid van de voortzetter als gevolg van het huwelijksvermogensrecht of overlijden. Ten slotte heeft de staatssecretaris in een aantal gevallen onderkend dat de strikte uitwerking van de wet en uitvoeringsregeling leidt tot 'onbillijkheden van overwegende aard', ten aanzien waarvan hij naar aanleiding van een beroep op de hardheidsclausule van art. 63 AWR, in zijn hoedanigheid als uitvoerder, enkele goedkeuringen heeft opgenomen.¹³³

2.6 Toetsingskader

Recapitulerend heeft de wetgever met de invulling van het voortzettingsvereiste tot uiting willen brengen dat de eis dat de verkrijger de verkregen onderneming moet voortzetten materieel wordt beoordeeld.¹³⁴ Dit betekent dat de BOF niet vervalt als weliswaar in de inkomstenbelasting sprake is van een staking of (fictieve) vervreemding, maar de verkrijger, of zijn rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht, de verkregen onderneming in materiële zin nog steeds voortzet; enkel diens rechtspositie verandert dan.¹³⁵ De wetgever heeft zodoende voorop gesteld dat de opvolger de positie van de overdrager voortzet.¹³⁶ Als uitgangspunt geldt daarbij dat de wetgever van mening is dat geen sprake (meer) is van een bedrijfsopvolging voor zover een ander dan de verkrijger gerechtigd wordt tot de onderneming of de verkrijger niet langer de oorspronkelijk verkregen onderneming als ondernemer voortzet.¹³⁷ De staatssecretaris verwoordt het als volgt:

"Hij mag als het ware doorschuiven naar zichzelf, tenzij hij bij de wijziging van de juridische huls contanten ontvangt."¹³⁸

¹³¹ Deze delegatiebepaling is neergelegd in art. 35e, lid 6 SW 1956.

¹³² A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.7.

¹³³ BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.

¹³⁴ Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 9-10.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

¹³⁶ Dit volgt uit *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47.

¹³⁷ Zie Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 2 en aant. 2.4 (geraadpleegd 13 juni 2019). Ingevolge art. 10, lid 1 Uitv.reg. S&E gelden drie uitzonderingen: bij staking als gevolg van overheidsingrijpen (art. 10, lid 1, onderdeel c Uitv.reg. S&E), bij verkoop van een tbs-onroerende zaak, mits binnen zes maanden een nieuwe onroerende zaak wordt aangeschaft (art. 10, lid 1, onderdeel f Uitv.reg. S&E) en in het geval de verkrijger overlijdt of trouwt in gemeenschap van goederen (art. 10, lid 6 en 7 Uitv.reg. S&E).

¹³⁸ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 104. De enige uitzondering hierop is een (kleine) bijbetaling voor zover die is toegestaan in de doorschuifregeling in de inkomsten- of vennootschapsbelasting.

Uit het bovenstaande volgt het volgende hoofdkader:

1. Zet de verkrijger (of het lichaam) de oorspronkelijk verkregen onderneming voort?
2. Zet de verkrijger (of het lichaam) de positie van de overdrager voort?
3. Blijft de verkrijger (via zijn aandelenbelang) economisch in dezelfde mate gerechtigd tot de winsten en waardeontwikkelingen uit de onderneming (in het lichaam)?
4. Blijft de verkrijger als (mede)beleidsbepaler leiding geven aan de (in het lichaam gedreven) onderneming en kan hij uit dien hoofde de resultaten beïnvloeden?¹³⁹
5. Wordt een ander dan de verkrijger, niet zijnde de rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht, economisch gerechtigd tot de onderneming?
6. Ontvangt de verkrijger contanten?

Als een bepaalde gebeurtenis past binnen dit hoofdkader, zou de faciliteit, vanuit de ratio van de BOF gezien, noodzakelijkerwijs toegepast moeten (blijven) worden.

Daarnaast heeft de wetgever bij de herziening van de SW 1956 per 1 januari 2010 als doelstelling geformuleerd dat de BOF eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger moest worden opgezet (zie paragraaf 2.3.4). Deze doelstellingen gelden mijns inziens ook voor het voortzettingsvereiste. Dit leidt tot de volgende subkader:

7. Draagt de invulling van het voortzettingsvereiste bij aan de eenvoud van de BOF?
8. Draagt de invulling van het voortzettingsvereiste bij aan de toegankelijkheid van de BOF?
9. Draagt de invulling van het voortzettingsvereiste bij aan de evenwichtigheid van de BOF?
 - a. Is sprake van rechtsvormneutraliteit tussen een bedrijfsopvolging in de winstsfeer en een bedrijfsopvolging in de AB-sfeer?
 - b. Wordt de verkrijging van direct en indirect gehouden AB-aandelen gelijk behandeld?
 - c. Wordt de verkrijging krachtens schenking en de verkrijging krachtens erfrecht gelijk behandeld?

Naast het hoofdkader, toets ik in de volgende hoofdstukken eveneens in hoeverre het voortzettingsvereiste in overeenstemming is met dit subkader. Het hoofd- en het subkader vormen zodoende gezamenlijk het toetsingskader. Daarbij merk ik vooraf op dat ik niet bij iedere intrekingsgrond het hele toetsingskader afloop, maar dat ik vanuit dit toetsingskader beredeneerd telkens concludeer in hoeverre een verruiming of inperking van het voortzettingsvereiste geboden is. Voor de overzichtelijkheid heb ik mijn aanbevelingen samengevat in een handzaam schema, waaruit afgelezen kan worden op basis van welke deelttoets van het toetsingskader ik van mening ben dat het voortzettingsvereiste moet worden verruimd dan wel ingeperkt (Bijlage I).

¹³⁹ Dit zogenoemde betrokkenheidscriterium speelt met name voor de verkrijging van een IB-onderneming. Voor de verkrijging van AB-aandelen heeft de wetgever namelijk enkel het aandeelhouderschap van belang geacht. In het AB-regime is geen betrokkenheidscriterium opgenomen en de wetgever heeft dit ook voor de BOF niet geformuleerd. De verkrijger wordt bij de verkrijging van AB-aandelen in feite dus geacht aan het betrokkenheidscriterium te voldoen zolang hij de verkregen aandelen in zijn bezit heeft. Zie A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242, onderdeel 4 en de daar aangehaalde parlementaire geschiedenis.

3 Kwalificerend ondernemingsvermogen

3.1 Inleiding

Een belastingplichtige kan ingevolge art. 35b, lid 1, aanhef SW 1956 alleen een geslaagd beroep doen op de BOF als sprake is van een bedrijfsopvolging als bedoeld in art. 35b, lid 5 SW 1956. Hieruit volgt dat eisen worden gesteld aan de overdrager (de bezitser), de opvolger (het voortzettingsvereiste) en het verkregen vermogen (kwalificerend ondernemingsvermogen). In dit hoofdstuk ga ik in op het kwalificerend ondernemingsvermogen. Ingevolge art. 35c, lid 1 SW 1956 kwalificeren vier typen vermogensbestanddelen voor toepassing van de BOF:

- a. Een (gedeelte van een) onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001;
- b. Een (gedeelte van een) medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001;
- c. Vermogensbestanddelen die bij de schenker of erflater behoorden tot een aanmerkelijk belang, met uitzondering van art. 4.10 Wet IB 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld onder onderdeel a, of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in onderdeel b;
- d. Onroerende zaken die bij de schenker of erflater behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001, mits deze dienstbaar zijn aan de onderneming van een lichaam als bedoeld in onderdeel c, en de verkrijger tegelijkertijd vermogensbestanddelen verkrijgt als bedoeld in onderdeel c, die op dat lichaam betrekking hebben.¹⁴⁰

Hierna ga ik op hoofdlijnen in op deze kwalificerende vermogensbestanddelen. Ik ga niet in op de specifieke wijze waarop voor de toepassing van de 100%-vrijstelling de waarde van de objectieve onderneming¹⁴¹ moet worden vastgesteld.¹⁴²

3.2 IB-onderneming

De eerste categorie ondernemingsvermogen die kwalificeert voor toepassing van de BOF is de verkrijging van een onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001, of een zelfstandig gedeelte daarvan.¹⁴³ De Wet IB 2001 definieert het begrip 'onderneming' overigens niet. De gangbare klassieke definitie van een onderneming luidt:

“Een duurzame organisatie die erop is gericht met behulp van arbeid en veelal van kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijke productieproces met het oogmerk om winst te behalen.”¹⁴⁴

Of sprake is van een onderneming hangt af van de feitelijke omstandigheden.¹⁴⁵ Het meest in het oog springende voorbeeld van een IB-onderneming is de eenmanszaak. Maar ook de verkrijging van een aandeel¹⁴⁶ in een personenvennootschap valt onder de definitie van een verkrijging van een onderneming in deze zin, mits die vennootschap een objectieve onderneming drijft.¹⁴⁷ Bij een personenvennootschap heeft iedere ondernemer als het ware zijn eigen IB-onderneming. Er zijn dus

¹⁴⁰ Art. 35c, lid 1, onderdelen a t/m d SW 1956.

¹⁴¹ Het begrip 'objectieve onderneming' is in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geïntroduceerd bij de invoering van de 100%-vrijstelling per 1 januari 2010.

¹⁴² Deze systematiek is helder verwoord in *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 2.

¹⁴³ Art. 35c, lid 1, onderdeel a SW 1956.

¹⁴⁴ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.2.A.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

¹⁴⁵ Vakstudie Inkomstenbelasting art. 3.2 Wet IB 2001, aant. 5.1.1 (geraadpleegd 26 mei 2019).

¹⁴⁶ Hierbij geldt geen kwantitatief criterium.

¹⁴⁷ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.2.0 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

evenveel IB-ondernemingen als dat er (beherende) vennoten zijn.¹⁴⁸ Hoewel in verschillende gevallen sprake kan zijn van een aandeel in een personenvennootschap, ga ik hierna uit van het aandeel van een firmant in een vof, tenzij nadrukkelijk anders vermeld.

3.3 Medegerechtigdheid

Ook de verkrijging van een medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, kan kwalificeren voor de BOF. Van een medegerechtigdheid ingevolge art. 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 is sprake als iemand niet als ondernemer of aandeelhouder, maar als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming winst geniet. Het gaat dan om personen die niet zijn verbonden voor de ondernemingsverbintenissen (zij kwalificeren immers als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001, maar wel in zekere mate deel hebben in het vermogen van de onderneming. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet duidelijk welke situaties de wetgever nu precies onder het begrip ‘medegerechtigdheid’ heeft willen scharen.¹⁴⁹ In de literatuur wordt aangenomen dat het begrip ‘medegerechtigde’ economisch moet worden geïnterpreteerd omdat het gaat om het belang dat de betrokkene heeft bij de onderneming.¹⁵⁰ Een medegerechtigdheid is bijvoorbeeld dus aanwezig in het geval een betrokkene door zijn aandeel in de jaarwinst van een onderneming meedeelt in de (stille) reserves van een bepaald vermogensbestanddeel.¹⁵¹ De deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een besloten commanditaire vennootschap valt *in ieder geval* onder het begrip ‘medegerechtigdheid’.¹⁵²

Toch komt niet iedere verkrijging van een medegerechtigdheid in aanmerking voor de BOF. In beginsel wordt een medegerechtigde voor de BOF namelijk op een lijn gesteld met een kapitaalverschaffer c.q. belegger, omdat de medegerechtigde feitelijk niets anders is dan een financier van de onderneming.¹⁵³ Dit is alleen anders bij een *gefaseerde* bedrijfsopvolging.¹⁵⁴ Hiervan is sprake als de medegerechtigde voorheen als ‘échte’ ondernemer bij de onderneming betrokken is geweest, maar gefaseerd is uitgetreden door eerst nog als kapitaalverschaffer bij de onderneming betrokken te blijven. De medegerechtigdheid vormt dan als het ware een ‘voortzetting’ van de eerdere positie als IB-

¹⁴⁸ Van Dijk, ‘Wie geniet het inkomen?’ (in Smeets-bundel), Kluwer 1967, p. 165 e.v. alsmede Vakstudie Inkomstenbelasting art. 3.2 Wet IB 2001, aant. 5.3 (geraadpleegd 26 mei 2019).

¹⁴⁹ Zie M.L.M. van Kempen, ‘De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet inkomstenbelasting 2001’, *TFO* 2000/51, p. 213-214.

¹⁵⁰ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.4.A.b (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

¹⁵¹ Zie het Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M, BNB 2001/187, onderdeel B.3.2.h, waarin een interpretatie wordt gegeven van de term medegerechtigdheid. In dezelfde zin overigens Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* BP21/6.9, p. 2179.

¹⁵² De deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een *open* commanditaire vennootschap wordt immers op grond van art. 2, lid 3, onderdeel f AWR als aandeel aangemerkt. En in art. 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 gaat het nu juist om situaties waarin geen sprake is van ondernemer- of aandeelhouderschap. De commanditaire vennootschap moet vervolgens wel een onderneming drijven, anders is sprake van een vermogensbestanddeel dat tot het box 3-vermogen behoort. *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.4.A.b (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

¹⁵³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

¹⁵⁴ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44. Hetzelfde geldt voor de houder van preferente aandelen.

¹⁵⁴ De medegerechtigdheid hoeft volgens de wettekst overigens niet te zijn ontstaan met het oog op een (gefaseerde) bedrijfsopvolging, maar kwalificeert bijvoorbeeld ook als een beherend vennoot terugtreedt tot commanditair vennoot zonder dat hij ten tijde van die omzetting de intentie heeft om zijn participatie vervolgens over te dragen. Dit geldt mutatis mutandis ook voor de gefaseerde bedrijfsoverdracht door middel van (cumulatief) preferente aandelen. Irrelevant is dus of de structuren zijn opgezet *met het oog op* bedrijfsopvolging. Ondanks dat dit strikt genomen niet strookt met het uitgangspunt dat ook vanuit de overdrager sprake moet zijn van een bedrijfsopvolging, kan worden aangenomen dat een dergelijke omzetting van ondernemerschap naar medegerechtigde in de regel plaatsvindt in het kader van een (gefaseerde) bedrijfsopvolging. Zie A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 5.1.

ondernemer. Het betreft enkel een tussenfase, waarbij het doel is dat de (beoogde) bedrijfsopvolger uiteindelijk alleen verder zal gaan.¹⁵⁵

Dat enkel een medegerechtigdheid ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging voor de BOF in aanmerking komt, heeft de wetgever willen realiseren door in art. 35c, lid 2 SW 1956 te bepalen dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de erflater of schenker gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 en dat de medegerechtigdheid wordt verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.¹⁵⁶ Een IB-ondernemer kan op basis van deze bepaling tijdens zijn leven als zijnde ondernemer bij de onderneming terugtreden, zonder dat de faciliteiten daardoor voor de voortzettende ondernemer verloren gaan. In alle andere gevallen wordt de medegerechtigde beschouwd als een belegger, zodat de verkrijging van deze deelname niet kwalificeert.¹⁵⁷ Door de strikte omschrijving van de kwalificerende medegerechtigdheid komt alleen de grondvorm, waarbij de terugtrekkende ondernemer zijn onderneming als commanditair kapitaal inbrengt in een besloten cv met de beoogde bedrijfsopvolger als beherend vennoot, voor de faciliteiten in aanmerking. Er zijn echter meerdere vormen van gefaseerde bedrijfsopvolging denkbaar die nu – wellicht ten onrechte – niet worden gefacilieerd. Dit zou volgens De Beer overigens eenvoudig kunnen worden opgelost door de term ‘beherend vennoot’ in art. 35c, lid 2 SW 1956 te vervangen door ‘ondernemer’.¹⁵⁸

3.4 Vermogensbestanddelen die behoren tot een aanmerkelijk belang

De derde categorie ondernemingsvermogen die kwalificeert voor de BOF zijn, kort gezegd, vermogensbestanddelen die bij de schenker of erflater behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van art. 4.10, van de Wet IB 2001. De hoofdregel op basis waarvan een belastingplichtige een aanmerkelijk belang kan hebben is geformuleerd in art. 4.6 Wet IB 2001. Dit artikel bepaalt dat hiervan sprake is als de belastingplichtige, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. Voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal 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 (koopopties);
- 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; of
- d. Gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een coöperatie.

Hoewel iemand via diverse vermogenstitels het AB-regime kan worden ‘ingetrokken’, vormt het aandeelhouderschap de kern van het AB-begrip van art. 4.6 Wet IB 2001.¹⁵⁹ Vervolgens breidt dit

¹⁵⁵ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 47, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97-98 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24.

¹⁵⁶ Het uitgangspunt dat een medegerechtigde in beginsel moet worden gezien als een belegger in plaats van een ondernemer geldt ook voor de Wet IB 2001. Deze gedachte is echter niet volledig doorgetrokken in de ondernemersfaciliteiten in de Wet IB 2001. Zie A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 4.a.

¹⁵⁷ Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8-9, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 76, p. 7-8. Ook de in artt. 3.65, lid 1 en 3.129, lid 4 Wet IB 2001 opgenomen faciliteiten gelden overigens enkel voor de medegerechtigdheid die is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.

¹⁵⁸ Zie A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdelen 2.4, 3.4.2 en 5.1.

¹⁵⁹ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.2.1 (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

kernbegrip zich uit in een aantal ringen.¹⁶⁰ Allereerst gaat het niet enkel om kapitaalvennootschappen, zoals de bv, maar kunnen ook andere rechtsvormen een aanmerkelijk belang opleveren. Te denken valt aan open fondsen voor gemene rekening, coöperaties en open commanditaire vennootschappen¹⁶¹. Vervolgens kunnen ook andere vermogenstitels dan aandelen, bijvoorbeeld winstbewijzen, certificaten¹⁶², opties, stemrechten en genotsrechten (zoals een vruchtgebruik) een aanmerkelijk belang opleveren. Ten aanzien van aandelen en koopopties geldt op grond van art. 4.7 Wet IB dat ook sprake is van een aanmerkelijk belang als een belastingplichtige voor ten minste 5% van een soort aandelen aandeelhouder is of rechten heeft om dergelijke aandelen te verwerven. Voorts kunnen vermogenstitels die op zich geen aanmerkelijk belang vormen op grond van art. 4.9 Wet IB 2001 worden meegesleept in een aanmerkelijk belang van de AB-houder (meesleep-AB). Dit geldt op grond van art. 4.10 Wet IB 2001 eveneens voor vermogenstitels van bloed- en aanverwanten van een AB-houder (meetrek-AB). Ten slotte kan ook een aanmerkelijk belang dat niet langer aan het kwantitatieve criterium van 5% voldoet ingevolge art. 4.11 Wet IB 2001 blijven kwalificeren als aanmerkelijk belang.¹⁶³ Kortom, een aanmerkelijk belang kan zich op zeer diverse wijzen voordoen. Omwille van de leesbaarheid beperk ik mij hierna tot de AB-houder die door zijn aandelenbezit in een bv als AB-houder kwalificeert, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.¹⁶⁴

De verkrijging van een 'meetrek-AB' in de zin van art. 4.10 Wet IB 2001 is uitgesloten voor toepassing van de BOF. Aangezien de meegetrokken AB-houder per definitie minder dan 5% van de aandelen (of daarmee gelijkgestelde rechten) houdt, ziet de wetgever in hem geen ondernemer.¹⁶⁵ Dezelfde redenering geldt voor de fictief AB-houder. Voor de fictief AB-houder is (uiteindelijk) echter een uitzondering opgenomen omdat de wetgever ervan uitgaat dat een fictief aanmerkelijk belang alleen kan zijn ontstaan uit een 'echt' aanmerkelijk belang.¹⁶⁶

Voorts geldt een bijzondere bepaling voor de verkrijging van AB-aandelen in een holdingvennootschap. Aangezien een holdingvennootschap in de regel zelf geen onderneming drijft, zou de BOF, vanwege art. 35c, lid 1, onderdeel c SW 1956, niet van toepassing zijn, terwijl deze holdingvennootschap wel gerechtigd is tot de dochtervennootschap(pen) waarin de onderneming wordt gedreven.¹⁶⁷ In art. 35c, lid 5 SW 1956 is daarom een toerekeningsregel geformuleerd die ertoe strekt dat de bezittingen en schulden van een lichaam waarin de schenker of erflater indirect een aanmerkelijk belang hield, worden toegerekend aan de holdingvennootschap. Op basis van de toerekeningsbalans wordt vervolgens

¹⁶⁰ Door de verwijzing van art. 35c, lid 8 SW 1956 naar de artt. 4.3 t/m 4.5a Wet IB 2001 heeft de wetgever aansluiting gezocht bij verschillende uitbreidingen van het aanmerkelijk belangbegrip.

¹⁶¹ Hoewel de open cv een personenvennootschap is – de cv heeft immers niet een in aandelen verdeeld kapitaal en wordt dus niet als kapitaalvennootschap aangemerkt – wordt de open cv ingevolge art. 2, lid 3, onderdeel f AWR in feite wel gelijkgesteld aan een kapitaalvennootschap.

¹⁶² Ook certificaten van aandelen kwalificeren, mits deze kunnen worden vereenzelvigd met de onderliggende aandelen. Zie voor de voorwaarden onderdeel 4.5 van het AB-Besluit 2012. Blijkens onderdeel 6.4 van het BOR-Besluit 2013 maakt het daarbij niet uit op welk niveau binnen het concern de certificaten zijn uitgegeven.

¹⁶³ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.2.1 (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

¹⁶⁴ De BOF sluit niet aan bij ondernemerschap in het spraakgebruik, maar hanteert een eigen definitie van ondernemerschap. De AB-houder is echter in lang niet alle gevallen vergelijkbaar met een IB-ondernemer. Voor een uitgebreide beantwoording van de vraag in hoeverre het ondernemersbegrip in de winstfeer en de AB-sfeer elkaar overlappen verwijs ik naar A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2010/1242.

¹⁶⁵ De reden dat de Wet IB 2001 de fictief AB-houder wel als 'ondernemer' kwalificeert is te verklaren vanuit antimisbruikperspectief. Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19-21 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 28 en 48.

¹⁶⁶ De wetgever ziet hier overigens over het hoofd dat een fictief AB ook kan zijn ontstaan uit een meetrek-AB. Deze omissie is overigens ook geconstateerd door leden van de ChristenUnie-fractie. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 11, p. 23 voor deze vragen en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 48 voor het (onbevredigende) antwoord van de staatssecretaris.

¹⁶⁷ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21-23 voor enkele voorbeelden. Zie ook M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 213 en P.G.H. Albert, 'Indirect aanmerkelijk belang en BOR', *WFR* 2017/121, p. 1.

beoordeeld of de holding (bij fictie) een onderneming drijft, en zo ja, welke vermogensbestanddelen behoren tot het ondernemingsvermogen. Hiermee wordt recht gedaan aan de economische realiteit en de doelstelling van de wetgever om de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang en de verkrijging van een indirect aanmerkelijk belang zo veel mogelijk gelijk te behandelen.¹⁶⁸

Vanwege het feit dat de wetgever de BOF ook heeft opengesteld voor de verkrijging van een fictief aanmerkelijk belang (zie hiervoor), zou dit een (nieuwe) ongelijkheid opleveren ten aanzien van een indirect belang dat kleiner is dan 5%. De verkrijging van een *direct* 4%-belang in een actieve vennootschap dat kwalificeert als fictief aanmerkelijk belang komt immers in aanmerking voor de BOF, maar de verkrijging van een *indirect* 4%-belang kwalificeert daarentegen niet.¹⁶⁹ De holding drijft immers geen onderneming en het vermogen van de werkmaatschappij mag niet worden toegerekend aan de holding omdat geen sprake is van een indirect aanmerkelijk belang.¹⁷⁰ Deze ongelijke behandeling is opgeheven door invoering van art. 35c, lid 5, onderdeel b SW 1956. Dit kan (wederom) worden verklaard vanuit de doelstelling van de wetgever materieel gelijke gevallen zo veel mogelijk gelijk te behandelen.¹⁷¹ Vanwege de in art. 35c, lid 5, onderdeel b SW 1956 gestelde eisen geldt deze verruiming enkel voor indirecte belangen die krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking zijn verwaterd tot onder de grens van 5%. Het gaat dus slechts om een aantal zeer specifieke gevallen van verwatering dat “zijn oorzaak vindt in aan de natuurlijke gang van het leven verbonden gebeurtenissen (men wordt geboren, trouwt, krijgt kinderen en overlijdt waarbij die kinderen erven van de ouder).”¹⁷² In dergelijke gevallen van een verwaterd indirect aanmerkelijk belang is als versoepeling opgenomen dat een indirect 0,5%-belang in de werkmaatschappij kwalificeert voor de BOF.¹⁷³ Wel blijft ook hier de eis gelden dat van een ondernemer, in dit geval van een (fictief) AB-houder, wordt verkregen. De verkrijging van box 3-aandelen kwalificeert dus nooit voor de BOF.¹⁷⁴

Verder is voor de verkrijging van preferente aandelen¹⁷⁵ een soortgelijke bepaling opgenomen als voor de verkrijging van een medegerechtigdheid. Ook de houder van preferente aandelen wordt in zijn algemeenheid namelijk niet als ondernemer, maar als kapitaalverschaffer/financier gezien.¹⁷⁶ In die gevallen is volgens de wetgever geen sprake van een bedrijfsopvolging.¹⁷⁷ Hiervan is echter wel sprake als de preferente aandelen zijn ontstaan en worden verkregen in het kader van een *gefaseerde* bedrijfsopvolging.¹⁷⁸ Een en ander is vervat in art. 35c, lid 4 SW 1956. Hierin is bepaald dat de verkrijging van preferente aandelen alleen kwalificeert voor de BOF indien.¹⁷⁹

¹⁶⁸ Zie A.M.A. de Beer, ‘Holdingstructuren en de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1056 (na het besluit van 10 oktober 2007, nr. cpp2007/383m)’, *WFR* 2007/1251 en paragraaf 2.6.

¹⁶⁹ Het kan dan zowel gaan om de situatie dat de aandeelhouder een 100%-belang in de holding heeft en de holding een 4%-belang in de werkmaatschappij als om de situatie andersom: de aandeelhouder heeft een 4%-belang in de holding en de holding heeft een 100%-belang in de werkmaatschappij.

¹⁷⁰ Art. 35c, lid 5, onderdeel a SW 1956.

¹⁷¹ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 28 en 48.

¹⁷² *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 81-82.

¹⁷³ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19-20, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 20-21, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 38, p. 15 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 46-47.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12-13.

¹⁷⁵ Een definitie hiervan ontbreekt. Het gaat volgens de staatssecretaris veelal om aandelen die alleen recht geven op een (cumulatief) vast dividend en niet (ook niet gedeeltelijk) op de waardevermeerdering van de aandelen. Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 11, p. 11 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 17, p. 24-25.

¹⁷⁷ Onder andere *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8-9.

¹⁷⁸ Zie art. 34c, lid 4 SW 1956.

¹⁷⁹ Dit artikellid bevat de grondvorm van een gefaseerde bedrijfsopvolging met behulp van preferente aandelen. De gefaseerde bedrijfsopvolging kan echter ook op andere wijzen tot stand komen. Voor deze andere vormen is in art. 8, lid 1 Uitv.reg. S&E een voorziening getroffen.

- a. De preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen¹⁸⁰;
- b. De omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- c. Ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield; en
- d. De verkrijger van de preferente aandelen reeds (lees: ten tijde van de verkrijging) voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen.

Een gefaseerde bedrijfsoverdracht kan in de praktijk echter ook op andere wijze plaatsvinden dan de in de wet opgenomen grondvormen van een medegerechtigdheid en preferente aandelen. Dit heeft de staatssecretaris ook onderkend door aan te geven dat, indien de praktijk daartoe aanleiding zou geven, hij nadere situaties kenbaar maakt die ook voor de faciliteit in aanmerking komen.¹⁸¹ Dit heeft hij tot op heden nagelaten.

3.5 Tbs-onroerende zaken

De laatste categorie ondernemingsvermogen die kwalificeert voor de BOF zijn onroerende zaken¹⁸² die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001 (terbeschikkingstelling).¹⁸³ Deze categorie van ondernemingsvermogen wijkt af van de hiervoor behandelde drie categorieën omdat in dit geval geen onderneming wordt gedreven. Er kan dus ook geen bedrijfsopvolging plaatsvinden. Om die reden wordt bij die verkrijging van tbs-onroerende zaken geëist dat de verkregen onroerende zaken dienstbaar zijn aan de onderneming¹⁸⁴ van een lichaam waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden en de verkrijger bovendien tegelijkertijd aandelen in dat lichaam verkrijgt.¹⁸⁵ In dat geval functioneren de onroerende zaken feitelijk immers als ondernemingsvermogen van dat lichaam.¹⁸⁶ Deze categorie van ondernemingsvermogen is enkel als kwalificerend ondernemingsvermogen opgenomen om gelijkheid te creëren tussen de IB-ondernemer en de 'AB-ondernemer'.¹⁸⁷

3.6 Conclusie

Voor toepassing van de BOF is (mede) van belang dat kwalificerend ondernemingsvermogen wordt verkregen. Hiervan is op de eerste plaats sprake als (een gedeelte van) een onderneming wordt verkregen, ongeacht de rechtsvorm waarin deze onderneming wordt gedreven. Zowel de verkrijging van

¹⁸⁰ Art. 8, lid 4 Uitv.reg. S&E bepaalt overigens dat de preferente aandelen en de daarbij uitgegeven 'gewone' aandelen aan elkaar gekoppeld blijven zolang deze tot hetzelfde vermogen blijven behoren. Hierdoor kwalificeert ook de verkrijging van preferente aandelen door een rechtsopvolger van de oorspronkelijke verkrijger voor toepassing van de BOF.

¹⁸¹ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97-98. Hij heeft dit herhaald in *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 45.

¹⁸² De gelijkstellingen van art. 35c, lid 7 SW 1956 hieronder begrepen.

¹⁸³ In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44 en 76, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 106-107 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 34 onderbouwt de wetgever waarom ervoor gekozen is niet alle in art. 3.92, lid 2 Wet IB 2001 genoemde categorieën van tbs-vermogensbestanddelen in aanmerking te laten komen voor de BOF (vorderingen, levensverzekeringen en call- en putopties), maar alleen tbs-onroerende zaken.

¹⁸⁴ Hieronder valt waarschijnlijk niet het door de bv aan derden doorverhuren van ter beschikking gestelde onroerende zaak. Zie E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 254.

¹⁸⁵ De verkrijger hoeft overigens niet het gehele aanmerkelijk belang te verkrijgen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 101.

¹⁸⁶ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 45.

¹⁸⁷ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?', *WPNR* 2009/6802, p. 517. Dit is overigens al eerder bepleit in de fiscale literatuur. Zie onder andere M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteit: het ene bedrijfspand is het andere niet', *NTFR* 2005/1045.

een IB-onderneming als de verkrijging van AB-aandelen in een actieve bv valt hier dus onder. De verkrijging van een 'meetrek- AB' is daarbij uitgesloten, terwijl de verkrijging van een fictief AB wel kwalificeert. Voor de verkrijging van AB-aandelen in een holdingvennootschap geldt een toerekeningsregel: de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de schenker of erflater indirect een belang hield, worden toegerekend aan de holdingvennootschap. Vervolgens wordt beoordeeld of de holding (bij fictie) een onderneming drijft, en zo ja, welke vermogensbestanddelen behoren tot het ondernemingsvermogen. Deze toerekeningsregel is, simpel gezegd, van toepassing als de schenker of erflater een indirect aanmerkelijk belang hield of indien sprake is van een verwaterd indirect belang van minder dan 5%, maar ten minste 0,5%. De verkrijging van een direct (fictief) aanmerkelijk belang en een indirect aanmerkelijk belang worden dus zoveel mogelijk gelijk behandeld.

Tevens wordt de verkrijging van een medegerechtigdheid of preferente aandelen (onder voorwaarden) als kwalificerend ondernemingsvermogen aangemerkt, mits sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging.

Ten slotte staat de BOF ook open voor de verkrijging van een tbs-onroerende zaak, mits gelijktijdig met die onroerende zaak kwalificerende aandelen worden verkregen van het lichaam waaraan de onroerende zaak ter beschikking is gesteld. Hiermee wordt het aan de objectieve onderneming toegerekende ondernemingsvermogen bij de verkrijging van een 'AB-onderneming' zoveel mogelijk gelijkgesteld aan het ondernemingsvermogen bij de verkrijging van een IB-onderneming.

4 De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in Vlaanderen

4.1 Inleiding

De drie Belgische gewesten (het Vlaamse Gewest, Waalse Gewest en Brussels Hoofdstedelijk Gewest) zijn zelfstandig bevoegd de schenkings- en successierechten vorm te geven.¹⁸⁸ Hoewel de inhoudelijke invulling op bepaalde punten verschilt, zijn de rechts- en heffingsbeginselen in de drie gewesten hetzelfde: de heffing knoopt aan bij het woonplaatsbeginsel van de schenker of erflater en de belasting wordt, net als in Nederland het geval is, geheven bij de begiftigden en de erfgenamen.¹⁸⁹ Hierna beperk ik mij tot Vlaanderen.

In tegenstelling tot de Nederlandse schenk- en erfbelasting, gelden in Vlaanderen andere tarieven voor de verkrijging krachtens schenking dan voor de verkrijging krachtens erfrecht. Tevens wordt bij de verkrijging krachtens schenking qua tarief onderscheid gemaakt tussen de verkrijging van roerende en onroerende goederen. Het tarief van het schenkingsrecht voor de verkrijging van roerende goederen bedraagt 3% voor de verkrijging in de rechte lijn en van de partner. Voor alle anderen geldt een tarief van 7%. Ten aanzien van de verkrijging van onroerende goederen geldt een progressief tarief dat voor de verkrijgers in de rechte lijn en de partner oploopt tot 27% en voor alle andere verkrijgers tot 40%. De tarieven van de successierechten liggen (aanzienlijk) hoger. Voor de erfrechtelijke verkrijger in de rechte lijn en de partner geldt een progressief tarief van maximaal 27%. Voor alle anderen ligt het maximale tarief op 55%. Bij de verkrijging krachtens erfrecht wordt geen onderscheid gemaakt tussen roerende en onroerende zaken. Als tot de verkrijging krachtens schenking of vererving een onderneming behoort, kan onder voorwaarden een beroep worden gedaan op de Vlaamse equivalent van de BOF: de gunstregelingen.¹⁹⁰

In dit hoofdstuk vergelijk ik de Vlaamse gunstregelingen op relevante aspecten met de Nederlandse BOF. Dit stelt mij in staat bij de behandeling van het voortzettingsvereiste binnen de Nederlandse BOF te beoordelen in hoeverre bepaalde elementen uit de Vlaamse gunstregelingen overgenomen kunnen worden.

4.2 Historie en ratio

De aanbeveling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (thans: Europese Commissie) in 1994, die beoogde Lidstaten ertoe te bewegen maatregelen in te voeren die het slagen van een bedrijfsoverdracht binnen de familie (meer) zouden garanderen, was (ook) in Vlaanderen niet aan dovemansoren gericht.¹⁹¹ In navolging van die aanbeveling voerde het Vlaamse Gewest in 1996 als eerste van de drie gewesten een verlaagd tarief in van 3% ten aanzien van de successierechten (gunstregime).¹⁹² Ten aanzien van schenkingen van familiebedrijven voerde de federale wetgever, die destijds bevoegd was ten aanzien van de schenkingsrechten, eveneens een verlaagd tarief in van 3%.¹⁹³

¹⁸⁸ Ingevolge art. 3, 4° van de Bijzondere Wet betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten van 16 januari 1989, *BS* 17 januari 1989 zijn de gewesten zelfstandig bevoegd geworden de tarieven, vrijstellingen en verminderingen ten aanzien van de successierechten vorm te geven. Ingevolge art. 5 van de Bijzondere Wet tot herfinanciering van de Gemeenschappen en uitbreiding van de fiscale bevoegdheden van de Gewesten van 13 juli 2001, *BS* 3 augustus 2001 zijn de gewesten bevoegd de heffingsgrondslag, het tarief, de vrijstellingen en de verminderingen ten aanzien van zowel het successie- als het schenkingsrecht vast te stellen.

¹⁸⁹ Als de schenker of erflater geen Rijksinwoner is, wordt enkel geheven over de in België gelegen onroerende goederen. Zie A. Tiberghien (red.), *Tiberghien Handboek voor Fiscaal Recht 2016-2017*, Mechelen: Kluwer 2016, p. 1134. Tot 1 januari 2010 kende ook Nederland dit zogenoemde 'recht van overgang'.

¹⁹⁰ *Parl. St.* VI. Parl. 2013/14, nr. 2201/1, p. 3-4.

¹⁹¹ Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen', nr. 94/1069/EG.

¹⁹² Art. 21 Decr.VI. 20 december 1996 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1997, *BS* 31 december 1996, 23.622. Zie Art. 60bis VI.W.Succ (oud).

¹⁹³ Art. 68 wet 22 december 1998 houdende fiscale en andere bepalingen, *BS* 15 januari 1999, 1.157.

Sinds de decreetwijziging van 2011 gelden voor het gunstregime inzake schenkingen en het gunstregime inzake verervingen dezelfde toepassingsvoorwaarden.¹⁹⁴ Deze zijn overigens voor de laatste maal aanzienlijk gewijzigd bij de invoering van de Vlaamse Codex Fiscaliteit (hierna: VCF) in 2012.¹⁹⁵ Ondanks dat de Vlaamse gunstregelingen sinds de invoering ervan inhoudelijk enkele malen zijn gewijzigd, is de ratio ervan blijkens de parlementaire behandeling steeds dezelfde gebleven:

“De continuïteit van Vlaamse ondernemingen bevorderen en zo een duurzame tewerkstelling realiseren. (...) Op dit ogenblik worden investeringen soms geremd, en daarmee de tewerkstelling, omdat de betrokkenen vrezen het successierecht over de waarde van de onderneming te verhogen.”¹⁹⁶

Net als bij de Nederlandse BOF het geval is, wordt het waarborgen van de continuïteit van de onderneming als belangrijkste doelstelling genoemd. In de parlementaire behandeling ten aanzien van de Vlaamse gunstregeling is daarnaast het bevorderen van een duurzame tewerkstelling expliciet als doelstelling geformuleerd. Anders dan in Nederland is in Vlaanderen (het behoud van) de werkgelegenheid dus nadrukkelijk vooropgesteld. Dit bleek tot de wijziging in 2012 ook expliciet uit de wettekst. De Vlaamse faciliteit vereiste tot die tijd namelijk de tewerkstelling van ten minste vijf FTE.¹⁹⁷ De vraag om een versoepeling van dit vereiste voor het kleinbedrijf heeft de toenmalig verantwoordelijk minister nadrukkelijk afgewezen, met als argument dat dit tewerkstellingscriterium nu net de kern vormt van de Vlaamse faciliteit bij erfopvolging van familiale ondernemingen.¹⁹⁸

Hoewel de ratio dezelfde is gebleven, is die tewerkstellingseis met ingang van 2012 vervallen. Wel geldt indirect een soort loonsomeis, maar deze eis kan hooguit als afgeleide tewerkstellingseis worden gezien (er hoeft geen noodzakelijk verband te bestaan tussen de hoogte van de loonsom en het aantal FTE). De instandhouding van de werkgelegenheid als zodanig is dus meer naar de achtergrond verschoven.¹⁹⁹ Vanaf 2012 is de nadruk daarentegen komen te liggen op het bevorderen van bedrijfsoverdrachten bij leven in plaats van overlijden.²⁰⁰ Dit heeft de wetgever willen bewerkstelligen door enkel een volledige vrijstelling (lees: 0%-tarief) te verlenen bij schenking.²⁰¹ De gedachte hierachter is dat de continuïteit van een onderneming in gevaar kan komen als de ondernemer onvoldoende ervaring, knowhow en contacten heeft kunnen doorgeven aan de opvolger(s). Omdat dit de continuïteit van de onderneming en daardoor de werkgelegenheid kan schaden, heeft de Vlaamse decreetgever willen bewerkstelligen dat men de bedrijfsoverdracht al tijdens leven realiseert.²⁰² Om die reden is het fiscaal gunstiger een onderneming geschonken te krijgen (0%-tarief) dan te wachten met de bedrijfsoverdracht tot het moment van overlijden (verlaagd tarief van 3 of 7%). De Nederlandse wetgever heeft de

¹⁹⁴ Decr.VI. 23 december 2011 houdende algemene bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, *BS* 30 december 2011.

¹⁹⁵ Decr.VI. 13 december 2013 houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit, *BS* 23 december 2013; P. Hinnekens en S. Gommers, ‘Wijzigingen ten gronde Vlaamse gunstregimes en familiebedrijven’, *Fiscoloog* 2015, afl. 1420, 10-13.

¹⁹⁶ Parl. St., VI. Parl. 1996/97, stuk 428, nr. 1, p. 7. Dit blijkt ook uit Ontwerp van decreet houdende algemene bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, *Parl.St.* VI.Parl. 2011/12, nr. 1326, 24.

¹⁹⁷ Aanvankelijk werd geëist dat deze tewerkstelling plaatsvond in Vlaanderen. In HvJ EG, 20 oktober 2007, C-464/05 (Geurts/Vogten) is echter geoordeeld dat deze tewerkstellingsregeling in strijd was met het EU-recht (vrijheid van vestiging). De maatregel is aangepast in die zin dat de tewerkstelling moest plaatsvinden in de EER. De tewerkstellingseis is gelijktijdig gewijzigd in een loonlastvoorwaarde. Zie M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012(5), 4547-4605, p. 7.

¹⁹⁸ Parl. St., VI. Parl. 1996/97, stuk 428, nr. 17, p. 20-21.

¹⁹⁹ M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, *VEP* 2012(5), 4547-4605, p. 9.

²⁰⁰ Parl. St., VI. Parl. 2011/12, stuk 1326, nr. 1, 24.

²⁰¹ K.M.L.L. Van de Ven & R. Schulpen, ‘Nieuwe bedrijfsopvolgingsregels in het Vlaams Gewest’, *Kwartaalbericht Estate Planning*, 2012/30, waarin wordt verwezen naar art. 60bis VI. W. Succ. (oud).

²⁰² Zie Omzendbrief FB/2012/1 d.d. 20 juli 2012, *B.S.*, 23 augustus 2012, waarin wordt verwezen naar de studie die uitgevoerd is door het Steunpunt Fiscaliteit en Begroting: www.steunpuntfb.be/publicaties.

bedrijfsopvolging bij leven en bij overlijden daarentegen zoveel mogelijk gelijk willen behandelen (zie paragraaf 2.6).²⁰³

4.3 Hoofdpijnen en toepassingsvoorwaarden gunstregelingen

4.3.1 Inleiding

De Vlaamse gunstregeling staat niet open voor iedere verkrijging van ondernemingsvermogen, maar enkel voor de verkrijging van *familiale* ondernemingen en vennootschappen. Als gezamenlijk kenmerk hebben zij dat sprake moet zijn van “een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwbedrijf of een vrij beroep dat door de erflater of zijn partner, al dan niet samen met anderen, persoonlijk – of via een vennootschap – wordt geëxploiteerd en uitgeoefend.”²⁰⁴

De gunstregeling bij schenking wijkt op bepaalde punten af van de gunstregeling bij vererving. Hierna behandel ik deze gunstregelingen op hoofdpijnen en ga ik in op enkele relevante onderwerpen. Als ten aanzien van die onderwerpen onderscheid wordt gemaakt tussen de verkrijging krachtens schenking en de verkrijging krachtens erfrecht, licht ik dat toe voor zover dat relevant is voor deze thesis. Ook wordt onderscheid gemaakt tussen de verkrijging van een familiale onderneming (vergelijkbaar met de Nederlandse personenvennootschap) en de familiale vennootschap (vergelijkbaar met een Nederlandse kapitaalvennootschap). Dit onderscheid komt tevens aan bod.

4.3.2 Een verlaagd tarief

Als de begiftigde krachtens schenking een familiale onderneming of aandelen in een familiale vennootschap verkrijgt, geldt een verlaagd tarief van 0%. Dit gold tot 1 januari 2012 ook voor de verkrijgingen krachtens erfrecht. Per 1 januari 2012 geldt echter een nieuwe regeling, waarbij het 0%-tarief bij vererving is vervangen door een tarief van 3% voor verkrijgingen in de rechte lijn of tussen partners en 7% in alle andere gevallen.²⁰⁵ Er geldt geen uitstel van betalingsregeling.²⁰⁶ Het is vanuit fiscale optiek dus gunstiger de familiale onderneming of de aandelen in de familiale vennootschap tijdens leven over te dragen. De Vlaamse decreetgever heeft hiermee willen stimuleren dat ondernemers tijdig nadenken over hun opvolging, zodat de continuïteit van het bedrijf niet in gevaar komt.²⁰⁷

4.3.3 Familiale onderneming

4.3.3.1 Activiteitsvoorwaarde

De activiteitsvoorwaarde houdt in dat bij de familiale onderneming sprake moet zijn van een nijverheids-, handels-, ambachts-, of landbouwbedrijf of een vrij beroep.²⁰⁸ Hiermee heeft de Vlaamse decreetgever tot uitdrukking willen brengen dat enkel verkrijgers van familieondernemingen die een economische en maatschappelijke meerwaarde leveren een beroep kunnen doen op de faciliteit.²⁰⁹

²⁰³ M.J. Hoogeveen, ‘Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland’, VEP 2012(5), 4547-4605, p. 1.

²⁰⁴ Zie art. 2.7.4.2.2 en art. 2.8.6.0.3 VCF.

²⁰⁵ Decreet van 23 december 2011 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, BS 30 december 2011.

²⁰⁶ Art. 2.7.4.2.2. §1 VCF en art. 60bis Br.W.Succ.

²⁰⁷ Ontwerp van decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, Parl. St. VI. Parl. 2011-12, nr. 1326/1, 24.

²⁰⁸ Art. 2.8.6.0.3. §2, 1° VCF.

²⁰⁹ Ontwerp van decreet houdende algemene bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, Parl.St. VI.Parl. 2011-12, nr. 1326, 25.

4.3.3.2 *Persoonlijke exploitatie*

De familiale onderneming moet door de schenker of erflater, of zijn partner, (eventueel met anderen) persoonlijk worden geëxploiteerd en uitgeoefend.²¹⁰

4.3.3.3 *Bedrijfsmatige activa*

Vervolgens kan *ofwel* de gehele familiale onderneming worden geschonken, *ofwel* bepaalde tot die onderneming behorende activa. Ten aanzien van de overblijvende activa kan bij een volgende overdracht opnieuw aanspraak worden gemaakt op de gunstregeling, mits bij die tweede schenking bepaalde essentiële bestanddelen aanwezig zijn, waardoor nog steeds sprake is van een 'familiale onderneming'. Bovendien moeten die activa beroepsmatig geïnvesteerd zijn.²¹¹ In privé aangehouden onroerende goederen vallen hier – in tegenstelling tot de tbs-onroerende zaken in de Nederlandse regeling – niet onder. Ook door de onderneming gehouden onroerende goederen die worden aangewend (of bestemd zijn) voor bewoning vallen hier niet onder.²¹²

4.3.4 *Familiale vennootschap*

Naast familiale ondernemingen kunnen eveneens aandelen in familiale vennootschappen onder toepassing van de gunstregeling worden geschonken of vererven, mits de vennootschap haar zetel van werkelijke leiding binnen de EER heeft.²¹³ Het begrip 'aandeel' wordt hier overigens minder ruim uitgelegd dan in de Nederlandse AB-regeling het geval is.²¹⁴ Ten aanzien van de verkrijging van aandelen in een familiale vennootschap gelden de participatie- en activiteitsvoorwaarde.

4.3.4.1 *Participatievoorwaarde*

De participatievoorwaarde eist dat de familie een bepaalde controle heeft op de familiale vennootschap. Hiermee heeft de Vlaamse decreetgever vooropgesteld dat de vennootschap in voldoende mate een familiaal karakter moet hebben. Concreet houdt deze voorwaarde in dat de schenker of erflater samen met zijn familie ten minste 50% van de aandelen moet bezitten. Daarnaast is ook aan deze voorwaarde voldaan als de schenker of erflater ten minste 30% van de aandelen bezit. Als aanvullende eis geldt dan wel dat de schenker of erflater met één andere aandeelhouder-natuurlijk persoon (en zijn familie) volle eigenaar is van ten minste 70% van de aandelen, dan wel samen met twee andere aandeelhouders-natuurlijk personen eigenaar is van ten minste 90% van de aandelen.²¹⁵ Daarbij wordt overigens wel een (zeer) ruim familiebegrip gehanteerd.²¹⁶

Ondanks dat de faciliteit in Nederland in de praktijk met name ten goede komt aan familieondernemingen, staat deze ook open voor niet-familieleden. Waar in de Nederlandse BOF het ondernemerschap van de overdrager centraal staat, knoopt de Vlaamse faciliteit aan bij het perspectief van de gehele familie. De faciliteit kan dan toegepast worden als de familie gezamenlijk voldoet aan de participatievoorwaarde.²¹⁷

²¹⁰ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, punt 2.1.1.

²¹¹ Art. 2.8.6.0.3. §1, 1° VCF.

²¹² Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, punt 2.1.2.

²¹³ Art. 2.7.4.2.2, §1, sub 2, jo. art. 2.8.6.0.3, §1, sub 2 VCF.

²¹⁴ Art. 2.8.6.0.3. §2, sub 3, onderdeel b VCF.

²¹⁵ Art. 2.8.6.0.3. §1, sub 2, ten 2° VCF.

²¹⁶ Zie Art. 2.8.6.0.3 §1, 2° VCF en ontwerp van decreet houdende algemene bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326, 25.

²¹⁷ Onder 'familie' in die zin wordt in ieder geval verstaan de echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner (mits ze gedurende drie jaren ononderbroken een gezamenlijke huishouding hebben gevoerd) en de verwanten in rechte lijn, de zijverwanten tot en met de tweede graad en de kinderen van broers en zussen van de erflater of aandeelhouders, en hun partners. Zie Art. 2.7.4.2.2, par. 2, sub 4 juncto art. 2.8.6.0.3, par. 2, sub 4 VCF.

4.3.4.2 Activiteitsvoorwaarde

Net als bij de familiale onderneming geldt een activiteitsvoorwaarde die inhoudt dat de vennootschap een nijverheids-, handels-, ambachts-, of landbouwbedrijf of een vrij beroep (statutair) ten doel moet hebben, welke activiteit bovendien werkelijk wordt uitgeoefend.²¹⁸ Passieve vennootschappen of vennootschappen die zich enkel bezig houden met het beheer van (on)roerende goederen zijn hierdoor uitgesloten.²¹⁹ Wat niet wordt geëist, is dat de onderneming *dezelfde* activiteit blijft uitoefenen. Het gaat erom dat de familiale vennootschap een reële economische activiteit ontplooit.²²⁰ Of hiervan sprake is, wordt beoordeeld aan de hand van de balans van de vennootschap.²²¹ Hieraan wordt – behoudens tegenbewijs – geacht niet te zijn voldaan als blijkt dat tijdens ten minste één van de aan de schenking voorafgaande drie boekjaren (I) de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen gelijk of lager zijn dan 1,5% van de totale activa, en (II) de terreinen en gebouwen meer dan 50% van het totaal actief uitmaken. Als de vennootschap de balans test niet doorstaat, wordt de vennootschap geacht geen reële economische activiteit te ontplooien.²²²

Ook de verkrijging van aandelen in holdingvennootschappen staat in beginsel open voor toepassing van de gunstregeling. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve holdingvennootschappen, waarbij de verkrijging van aandelen in de actieve holding in ieder geval voor de gunstregeling kwalificeert. De passieve holdingvennootschap voldoet in beginsel niet aan de activiteitsvoorwaarde. Als de holding echter – simpel gezegd – 30% van de aandelen in een vennootschap houdt die wel aan die voorwaarde voldoet, kan de gunstregeling mogelijk toch van toepassing zijn. Er geldt in dat geval ook nog een aantal andere bijzondere participatievoorwaarden.²²³

4.4 De continuïteitsvoorwaarde

4.4.1 Inleiding

De continuïteitsvoorwaarde kan worden gezien als het voortzettingsvereiste van de Vlaamse gunstregelingen. Ook in Vlaanderen geldt een harde termijn. Deze is gesteld op drie jaren. De inhoudelijke invulling van deze continuïteitsvoorwaarde is afhankelijk van de soort verkrijging. Mocht niet langer aan de voorwaarden zijn voldaan, dan vervalt in beginsel de gunstregeling en zijn (alsnog) de gemeenschappelijke tarieven van toepassing.²²⁴

4.4.2 Familiale onderneming

4.4.2.1 Behoud van reële economische activiteit

De voortzettingsvoorwaarde ten aanzien van de familiale onderneming houdt in dat de onderneming vanaf het moment van schenking of overlijden gedurende drie jaren ononderbroken de activiteit moet voortzetten.²²⁵ Aanvankelijk bestond onduidelijkheid over de vraag of de activiteiten mochten worden gewijzigd. De Vlaamse fiscus heeft in 2012 bevestigd dat de onderneming ook een andere activiteit mag gaan ontplooien, zolang het maar blijft gaan om een reële economische activiteit.²²⁶ Omdat de wettekst (decreettekst) met ingang van 1 januari 2015 niet langer spreekt van ‘de activiteit’, maar van ‘een

²¹⁸ Art. 2.8.6.0.3. §2, 2° VCF.

²¹⁹ Cass. 15 oktober 1998, *Arr.Cass.* 1998, 445; Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, punt 2.2.2.

²²⁰ Art. 2.8.6.0.3. §2, 2°, derde lid VCF.

²²¹ J. Decuyper & J. Ruysseveldt, “Successierechten 2015”, Mechelen: Kluwer, p. 1112.

²²² Art. 2.8.6.0.3. §2, 2°, derde lid VCF.

²²³ Art. 2.8.6.0.3. §2, 2°, tweede lid VCF. Zie ook P. Salens, ‘De overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaamse Gewest anno 2012’, *RW* 2011-12, afl. 43, 1880.

²²⁴ T. de Greef, ‘De regionale fiscale gunstregimes inzake de schenking en de vererving van (familiale) ondernemingen (eenmanszaken) en vennootschappen’, *TEP* 2015, nr. 4, 340-425.

²²⁵ Art. 2.8.6.0.6. §1, 1° VCF.

²²⁶ Dit is expliciet bevestigd door de Vlaamse fiscus. Zie Omzendbrief FB/2012/1 van 20 juli 2012, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 23 augustus 2012, par. 5.1.1, p. 14.

activiteit' is deze onduidelijkheid definitief weggenomen.²²⁷ Zolang de opvolger een activiteit ontplooit, blijft de gunstregeling dus van toepassing, ongeacht of er activa worden verkocht en/of personeel wordt ontslagen.²²⁸ Een faillissement geeft in beginsel wel aanleiding de gunstregeling in te trekken, tenzij de curator de activiteit voortzet.²²⁹

Verder is het onverschillig wie de onderneming feitelijk voortzet. Persoonlijke exploitatie door de verkrijger is niet vereist. Dit blijkt expliciet uit de parlementaire behandeling ten aanzien van een ontwerp van decreet uit 2003:

"In de huidige regeling staat een vervreemdingsverbod van de onderneming, gedurende een periode van vijf jaar. Deze voorwaarde wordt nu geschrapt. De ratio legis moet immers zijn: de continuïteit van de onderneming. En continuïteit is niet hetzelfde als immobiliteit. Maar de begiftigde zal wel moeten kunnen aantonen dat de ondernemingsactiviteit gedurende vijf jaar wordt verder gezet, maar nu niet meer noodzakelijk door hemzelf. De Vlaamse economie heeft er immers belang bij dat de activiteit wordt voortgezet, maar niet dat dit door de begiftigde zelf gebeurt; integendeel: indien deze tot de bevinding komt dat anderen bekwaam zijn om dit te doen, mogen fiscale redenen daartoe geen beletsel zijn."²³⁰

De onderneming hoeft dus niet te worden gedreven door de persoon van de verkrijger, maar kan ook worden uitgebaat door bijvoorbeeld een bedrijfsleider. Wel blijkt uit een Omzendbrief dat de onderneming als zodanig op naam van de begiftigde of erfgenaam moet blijven staan.²³¹ In de Vlaamse fiscale literatuur wordt overigens gesteld dat het wel degelijk mogelijk is de onderneming binnen drie jaren over te dragen aan een derde.²³²

Voorts gelden specifieke eisen ten aanzien van onroerende goederen.²³³

4.4.3 Familiale vennootschap

4.4.3.1 Behoud van reële economische activiteit

Voor de verkrijging van aandelen in een familiale vennootschap geldt naar analogie hetzelfde als voor de verkrijging van een familiale onderneming (zie paragraaf 4.4.2.1). Gedurende de voortzettingsperiode van drie jaren moet de vennootschap blijven voldoen aan de voorwaarden van het gunstregime. Deze moet dus een reële economische activiteit blijven ontplooiën, blijven voldoen aan de participatievoorwaarde, de activiteitsvoorwaarde en de balanstest. Er geldt geen specifieke regeling in het geval dat de familiale vennootschap binnen drie jaren noodgedwongen moet worden gestaakt.

De verkrijger mag de verkregen aandelen overdragen aan een derde. Een wijziging in de aandeelhoudersstructuur van de verkregen familiale vennootschap hoeft dus geen invloed te hebben op de beoordeling of aan de continuïteitsvoorwaarde is voldaan. Wel moet de vennootschap blijven

²²⁷ B. Peters en R. Smet, 'De Vlaamse registratie- en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015', *AFT* 2015, afl. 12, 4-51.

²²⁸ Zie T. Dumont, 'Vlaams gunstregime voor de schenking of vererving van een familiebedrijf: de zienswijze van de fiscus', *Registratierechten* 2012, afl. 4, 11-24 en T. de Greef, 'De regionale fiscale gunstregimes inzake de schenking en de vererving van (familiale) ondernemingen (eenmanszaken) en vennootschappen', *TEP* 2015, nr. 4, 340-425.

²²⁹ H. Casier, 'De erfbelasting in de Vlaamse Codex fiscaliteit: de materieelrechtelijke wijzigingen', *Successierechten* 2015, afl. 4-5, 1-7.

²³⁰ *Parl. St.* VI. Parl. 2002/03, nr. 1690/7, p. 8.

²³¹ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, onderdeel 6.1.1.

²³² Zie onder andere E. Spruyt en N. Geelhand de Merxem, 'De schenkbelasting', in E. Spruys, N. Geelhand de Merxem en H. Pelgroms, *De registratie- en erfbelasting in de Vlaamse Codex Fiscaliteit – Volume 1*, Mechelen: Kluwer 2016, p. 655.

²³³ Art. 2.8.6.0.6, § 1, 2° VCF en art. 2.7.4.2.3, § 1, 2° VCF.

kwalificeren als familiale vennootschap. Zolang aan de in paragraaf 4.3.4 genoemde voorwaarden is voldaan, blijft de gunstmaatregel dus van toepassing.²³⁴

4.4.3.2 Behoud van kapitaal

Voorts mag het kapitaal van de familiale vennootschap gedurende de voortzettingsperiode niet afnemen ten gevolge van dividenduitkeringen of kapitaal terugbetalingen.²³⁵ Als het kapitaal toch daalt, vervalt niet de volledige gunstmaatregel, maar geldt (als tegemoetkoming) dat het normale tarief inzake schenk- of erfbelasting van toepassing is op het bedrag van de dividenduitkering of de kapitaal terugbetaling.²³⁶

4.4.3.3 Behoud van zetel van werkelijke leiding binnen EER

Ten slotte mag de plaats van de feitelijke leiding van de familiale vennootschap gedurende de voortzettingstermijn niet worden verplaatst buiten de EER.²³⁷ Aangezien dit een van de toepassingsvoorwaarden is, is dit een logische eis.

4.5 Conclusie

In de Vlaamse gunstregeling staat het bevorderen van de continuïteit van familiebedrijven voorop. Die doelstelling is dus identiek aan de Nederlandse regeling (vgl. paragraaf 2.4). Toch verschilt de uitwerking van die continuïteitsdoelstelling. De Vlaamse decreetgever heeft sinds 2012 namelijk benadrukt dat de bedrijfsopvolging tijdens leven meer aanmoediging verdient dan de bedrijfsopvolging bij overlijden. De Vlaamse decreetgever ziet een onverwachte en (daardoor) ongeorganiseerde bedrijfsoverdracht bij overlijden kennelijk als een groot gevaar voor de continuïteit van de onderneming en acht hiervoor een faciliteit nodig om ondernemers te bewegen op tijd met de opvolging te beginnen. Om die reden wordt de bedrijfsopvolging tijdens leven fiscaal vriendelijker behandeld dan de opvolging bij overlijden. De faciliteit bij overlijden, die overigens nog steeds zeer royaal is, heeft meer in zich van een 'vangnetbepaling'. De Vlaamse decreetgever hanteert dus een andere invalshoek dan de Nederlandse Wetgever. Aanvankelijk wilde de Nederlandse wetgever immers enkel een faciliteit opnemen bij de verkrijging krachtens erfrecht, omdat het moment van overlijden vaak onverwachts komt en dit nu net de liquiditeitsproblemen kan veroorzaken die de continuïteit van de onderneming in gevaar zouden kunnen brengen. Om te voorkomen dat men bedrijfseconomisch gewenste bedrijfsoverdrachten ging uitstellen tot het moment van overlijden is vervolgens de faciliteit bij schenkingen eraan toegevoegd. Dat dit een andere invalshoek is, neemt echter niet weg dat beide regelingen vanuit hun eigen redenering trachten de continuïteit van ondernemingen bij een bedrijfsopvolging te waarborgen.

Ook in Vlaanderen geldt vervolgens een voortzettingsvereiste: de continuïteitsvoorwaarde. Het belangrijkste onderdeel hiervan is de activiteitsvoorwaarde. Deze voorwaarde komt er in de kern op neer dat de familiale onderneming of de familiale vennootschap vanaf het moment van schenking of overlijden gedurende drie jaren ononderbroken een reële economische activiteit moet blijven ontplooien. Zolang de betreffende onderneming of vennootschap een reële economische activiteit ontplooit, blijft de gunstregeling dus van toepassing, ongeacht welke activiteit dit is. Verder is het onverschillig wie de onderneming feitelijk voortzet. Persoonlijke exploitatie door de verkrijger is niet vereist. Wel moet de familiale onderneming op naam blijven staan van de verkrijger. Voor de verkrijging van aandelen in een familiale vennootschap geldt voorts dat de aandelen mogen worden vervreemd, zolang de vennootschap als een *familiale* vennootschap blijft kwalificeren. Alles overziend kan worden geconcludeerd dat in de Vlaamse gunstregeling het object en het familiale karakter centraal staan.

²³⁴ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, onderdelen 6.2.1 en 6.2.2.

²³⁵ Art. 2.8.6.0.6, §2, 3° VCF.

²³⁶ Omzendbrief VLABEL 2015/2 van 15 december 2015, punt 6.2.1 en 6.2.3.

²³⁷ Art. 2.8.6.0.6, §2, 4° VCF en art. 2.7.4.2.3, §2, 4° VCF.

5 Beoordeling nut en noodzaak harde voortzettingstermijn

5.1 Inleiding

Voor de gedifferentieerde vrijstelling in de SW 1956 geldt een termijn van vijf jaren en voor de betalingsfaciliteit in de IW 1990 geldt een termijn van tien jaren.²³⁸ De voortzettingstermijn is blijkens de memorie van toelichting bij de invoering van de betalingsfaciliteit in 1984 op vijf jaren gesteld, omdat deze “enerzijds op uitvoeringstechnische gronden niet te lang mag zijn en anderzijds met het oog op het doel van de regeling ook weer niet te kort mag zijn. Een periode van vijf jaar komt dan redelijk voor.”²³⁹ Zo is de vijfjaarstermijn in 1984 voor het eerst uitdrukkelijk in de wet en het uitvoeringsbesluit (oud) opgenomen. De regeling strekte er toen echter toe dat de verschuldigde belasting kon worden voldaan in vijf jaarlijkse termijnen en dat het uitstel verviel (lees: de belasting ineens moest worden voldaan) op het moment dat niet langer werd voortgezet. De voortzettingstermijn was dus gekoppeld aan de uitsteltermijn.

Bij de invoering van de 25%-kijtscheldingsfaciliteit in 1997 is de voortzettingstermijn ten aanzien van schenkingen verlengd naar tien jaren. In 2002 is deze termijn, zonder nadere toelichting, weer teruggedraaid naar vijf jaren.²⁴⁰ De vijfjaarstermijn is sindsdien als gegeven aanvaard. Een inhoudelijke beoordeling van de vraag of deze termijn (nog) wel wenselijk is, is niet gemaakt. Ook de vraag die daaraan voorafgaat, namelijk of een harde voortzettingstermijn überhaupt wel bijdraagt aan de doelstelling van de BOF, is nooit opgeworpen. Ik kan er begrip voor opbrengen dat deze vragen bij de invoering van de (zeer beperkte) uitstel van betalingsregeling in 1984 nooit onderwerp zijn geweest van een diepgravend onderzoek, maar de BOF is inmiddels uitgegroeid tot een zeer royale vrijstelling waarbij de verkrijger van ondernemingsvermogen een privilege geniet ten opzichte van een verkrijger van ander vermogen. Zowel deze karakterwijziging als de toegenomen omvang van de faciliteit zouden de wetgever mijns inziens voldoende aanleiding moeten hebben gegeven te beoordelen of de vijfjaarstermijn nog volstaat. Ik vind het dan ook opvallend dat een dergelijke heroverweging niet heeft plaatsgevonden.²⁴¹

In dit hoofdstuk toets ik in hoeverre de harde voortzettingstermijn van vijf jaren bijdraagt aan de doelstelling van de BOF. De vraag die daaraan voorafgaat, is of een voortzettingseis als zodanig – dus nog los van de termijn en de inhoudelijk invulling ervan – bijdraagt aan de doelstelling van de BOF. Deze vraag beantwoord ik in paragraaf 5.2. Vervolgens toets ik in paragrafen 5.3 en 5.4 in hoeverre een harde voortzettingstermijn noodzakelijk en/of gewenst is in het licht van de ratio van de BOF. Dit doe ik door de ‘pros en cons’ tegen elkaar af te wegen. Ook ga ik na in hoeverre het mogelijk is te bepalen welke voortzettingsperiode idealiter zou moeten gelden. Paragraaf 5.5 sluit af met een conclusie.

5.2 Nut en noodzaak van een voortzettingsvereiste als zodanig

In onderzoeksrapporten over bedrijfsoverdrachten is de meest gebruikte definitie van een bedrijfsoverdracht:

“De overdracht, al dan niet in fasen, van de eigendom en de leiding van een onderneming aan één of meer personen of aan een andere onderneming die de commerciële activiteit van de onderneming voortzet(ten), met de intentie de continuïteit te waarborgen.”²⁴²

²³⁸ Ingevolge art. 25, lid 12 IW 1990 kan uitstel van betaling worden verleend voor de duur van tien jaren.

²³⁹ *Kamerstukken II 1983/84*, 18 226, nr. 3, p. 4.

²⁴⁰ Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, nr. 3, p. 8 resp. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 46.

²⁴¹ P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 124.

²⁴² Zie M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 5.2.1, waarin wordt verwezen naar onderzoeksrapporten van ING 2004 (Geerts, Herrings & Peek), p. 7, Langman/Economen 2005 (Langman & Lugt), p. 7, EIM december 2005 (Van Gennip e.a.), p. 17, Eindverslag deskundigengroep EU (BEST-rapportage) 2002, p. 6 en 10.

Essentieel bij een bedrijfsoverdracht is de eigendomswisseling: de onderneming blijft bestaan, maar de eigenaren worden (gedeeltelijk) vervangen.²⁴³ Het voortzettingselement is volgens deze definitie dus onlosmakelijk verbonden met een bedrijfsoverdracht. Voortzettingsvereisten kunnen bij een faciliteit die de bedrijfsoverdracht tracht te bevorderen dus niet ontbreken.²⁴⁴

Ook volgens de wetgever vormt het voortzetten als zodanig een wezenskenmerk van een bedrijfsoverdracht. Al sinds de eerste wettelijke invoering van de BOF in 1984 – het ging toen om een betalingsfaciliteit – heeft de wetgever namelijk voorop gesteld dat het voortzetten de belangrijkste voorwaarde vormt voor de toepassing van de faciliteit.²⁴⁵ Voorts heeft de wetgever bij de invoering van de 25%-kwijtscheldingsfaciliteit in 1997 opgemerkt:

“Van een reële bedrijfsopvolging is alleen sprake indien de onderneming door de verkrijger daadwerkelijk gedurende een redelijke termijn wordt voortgezet dan wel de aandelen gedurende een redelijke termijn in zijn bezit blijven.”²⁴⁶

Dat de wetgever van mening is dat de onderneming daadwerkelijk moet worden voortgezet, is, gezien de doelstelling van de regeling, volkomen logisch. De wetgever heeft immers vooropgesteld dat de continuïteit van de verkregen onderneming moet worden gewaarborgd. Het is *die* onderneming die volgens de wetgever niet in gevaar mag komen door de heffing van schenk- of erfbelasting. Het voortzetten van de verkregen onderneming is zelfs het meest kenmerkende element van de Nederlandse BOF. Dit is in de parlementaire behandeling in de aanloop naar de stroomlijning van de BOF per 1 januari 2010 meermaals bevestigd:

“Kern van de bedrijfsopvolgingsregeling is dat de verkrijger het verkregen ondernemingsvermogen voortzet.”²⁴⁷

“Dat is (...) waar het bij de regeling om draait, namelijk het voortzetten van de onderneming.”²⁴⁸

Als de verkrijger de positie van de schenker of erflater dus niet daadwerkelijk voortzet, wordt hij niet langer beschouwd als bedrijfsopvolger en bestaat volgens de wetgever geen reden (meer) een faciliteit te verlenen.²⁴⁹

Dat het een *bedrijfsopvolgings*faciliteit is, komt terug in het feit dat enkel de voortzetter de faciliteit deelachtig kan worden. In de parlementaire behandeling is diverse keren de vraag gesteld of de BOF niet beter als een boedelfaciliteit kan worden ingekleed. Niet alleen de bedrijfsopvolger kan dan een beroep doen op de vrijstelling, maar de vrijstelling wordt dan verleend naar gelang er ondernemingsvermogen in de nalatenschap aanwezig is. Bij een dergelijke boedelvrijstelling zou het totale belastingvoordeel worden uitgesmeerd over alle verkrijgers. De staatssecretaris is echter van mening dat destijds de juiste keuze is gemaakt door enkel degene die daadwerkelijk het ondernemingsvermogen verkrijgt en de onderneming voortzet de faciliteit te verlenen. Hij is immers de *opvolger* op wie de faciliteiten zich richten. Het huidige systeem van de BOF past volgens hem dan ook goed bij het karakter van de schenk- en erfbelasting als verkrijgersbelastingen. Bij een boedelfaciliteit zou dat niet het geval zijn.²⁵⁰ Bovendien

²⁴³ Zie M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 5.2.1.

²⁴⁴ In gelijke zin Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 343.

²⁴⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 4.

²⁴⁶ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 23.

²⁴⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46.

²⁴⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 4.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47.

²⁵⁰ De staatssecretaris draagt overigens meerdere argumenten aan die pleiten voor een verkrijgersfaciliteit. Zie onder andere *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 21, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 6, p. 8, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 6, p. 22, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1, p. 18-19, *Kamerstukken II*

sluit de verkrijgersfaciliteit goed aan bij hetgeen de wetgever heeft willen bewerkstelligen: dat de verkregen onderneming wordt voortgezet. Het is ook alleen de voortzetter die aanloopt tegen het probleem dat geen of onvoldoende financiële middelen beschikbaar zijn om de verschuldigde belasting te kunnen voldoen. Uitsluitend bij de *voortzettende* ondernemer blijven de benodigde liquide middelen immers ‘vastzitten’ in de onderneming.²⁵¹ Alleen als de verkrijger blijft voortzetten rechtvaardigt dat volgens de wetgever een faciliteit.

Kortom, gezien het feit dat een voortzettingselement noodzakelijk onderdeel uitmaakt van de definitie van een bedrijfsoverdracht en de definitie die de wetgever heeft gegeven aan een te faciliteren bedrijfsopvolging, draagt het voortzettingsvereiste in algemene zin bij aan de doelstelling van de BOF. Het voortzettingsvereiste tracht te bewerkstelligen dat de vrijstelling alleen wordt toegepast bij daadwerkelijke bedrijfsopvolging.²⁵² Een voortzettingselement is dus inherent aan een bedrijfsoverdracht. In die definitie blijkt echter dat een *intentie* tot voortzetten voldoende is om te spreken van een bedrijfsoverdracht. Een voortzettingsintentie is in de BOF echter geen voorwaarde. De wetgever heeft daarentegen een harde voortzettingstermijn opgenomen, waarbij wordt geabstraheerd van de intentie van de verkrijger. De vervolgvraag is dan of een dergelijk temporeel element bijdraagt aan de doelstelling van de BOF.

5.3 Bezwaren bij harde voortzettingstermijn

5.3.1 Termijnen zeggen niets over motief

De ‘redelijke termijn’ gedurende welke de onderneming volgens de wetgever daadwerkelijk door de verkrijger moet worden voortgezet, heeft de wetgever, zowel bij schenking als vererving, gesteld op vijf jaren.²⁵³ Deze vijfjaarstermijn is niet enkel opgenomen in de uitwerking van het voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956, maar maakt blijkens art. 35b, lid 5 SW 1956 onderdeel uit van de definitie van een bedrijfsopvolging. Hiermee lijkt de wetgever te stellen – volgens mij ten onrechte – dat het realiteitsgehalte van de bedrijfsopvolging afhangt van de termijn gedurende welke de onderneming wordt voortgezet. Dit blijkt ook uit hetgeen de wetgever over de voortzettingstermijn heeft opgemerkt in de memorie van toelichting bij de invoering van de 25%-vrijstelling in 1997:

“Dat een termijn wordt gesteld aan de daadwerkelijke voortzetting van de onderneming (...) is nodig om te bewerkstelligen dat alleen reële gevallen van bedrijfsopvolging gefacilieerd zullen worden.”²⁵⁴

De Beer en Hoogeveen merken naar mijn mening terecht op dat de termijn gedurende welke een onderneming wordt voortgezet niets zegt over het realiteitsgehalte van de bedrijfsopvolging. Als bijvoorbeeld een opvolger binnen korte termijn na de bedrijfsopvolging ten gevolge van een onvoorziene

2008/09, 31 930, nr. 9, p. 24-25, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 46-47 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 90, p. 9-10. Door aanvaarding van het amendement Cramer c.s. heeft de BOF overigens wel enkele trekken gekregen van een boedelfaciliteit. Bij dit amendement is de voorgestelde 90%-vrijstelling gesplitst in een 100%-deel en een 83%-deel, waarbij voor de berekening van het 100%-deel voortaan moet worden uitgegaan van de gehele objectieve onderneming en niet slechts van het door de verkrijger ontvangen ondernemingsvermogen. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 90, p. 9-10.

²⁵¹ De RvS merkt overigens op dat deze rechtvaardiging ook kan opgaan bij de verkrijging van andere vermogensbestanddelen, zoals voorwerpen van kunst, cultuur en wetenschap en niet-opengestelde landgoederen, of bijvoorbeeld onroerende goederen of andere zaken die op grond van te rechtvaardigen individuele belangen in de familie zouden moeten blijven. Ook de geforceerde verkoop van degelijke vermogensbestanddelen om de verschuldigde belasting te kunnen voldoen kan onwenselijk zijn. Toch heeft de wetgever het niet nodig gevonden hiervoor een uitzondering op te nemen. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. A, p. 19-21.

²⁵² Besluit Staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, onderdeel 6, V-N 2007/49.23 en later Besluit Staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68M, Stcrt. 2011, 6416, onderdeel 6.

²⁵³ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 264.

²⁵⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8.

omstandigheid niet langer in staat blijkt te zijn de onderneming voort te kunnen zetten en om die reden de onderneming moet verkopen of anderszins staakt, maakt dat de initiële bedrijfsoverdracht niet minder reëel. Ook zijn diverse situaties denkbaar waarin enkel omwille van het verkrijgen van de faciliteit ondernemingsvermogen wordt geschonken en de verkrijger de voortzettingstermijn 'uitzit' terwijl op voorhand al duidelijk is dat de verkrijger de onderneming niet kan of wil voortzetten. Als vervolgens na ommekomst van de vijfjaarstermijn bijvoorbeeld wordt verkocht aan de beoogde bedrijfsopvolger – zijnde een ander dan de verkrijger – wordt de bedrijfsopvolging desondanks geacht reëel te zijn, maar in werkelijkheid is dan geen sprake geweest van voortgezet ondernemerschap. Harde termijnen werken oneigenlijk gebruik dus in de hand omdat ze abstraheren van het motief van belanghebbenden: als de verkrijger voldoet aan de voortzettingstermijn wordt *aangenomen* dat de verkrijger het motief had om de onderneming voort te zetten.²⁵⁵

Gezien de aard van de BOF (een vrijstelling), de hoogte ervan en het feit dat onderscheid wordt gemaakt tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van beleggingsvermogen vinden De Beer en Hoogeveen het begrijpelijk dat de wetgever een harde voortzettingstermijn heeft opgenomen.²⁵⁶ Toch vinden zij dat een harde voortzettingstermijn onvoldoende recht doet aan de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Een stringent voortzettingsvereiste vloeit volgens hen ook niet voort uit de 'reële bedrijfsopvolging'.²⁵⁷ Een voortzettingsvereiste dat meer aansluit bij het motief van de verkrijger verdient volgens hen de voorkeur. Zij trekken de vergelijking met de doorschuifregelingen in de winstsfeer (die ook (enkel) reële bedrijfsopvolgingen trachten te faciliteren²⁵⁸) en de geruisloze inbreng in de bv.²⁵⁹ Om voor deze doorschuifregelingen in aanmerking te komen, is het voldoende dat de verkrijger de wil heeft de onderneming voort te zetten²⁶⁰; er geldt geen harde voortzettingstermijn.²⁶¹

Voor de BOF zou een dergelijke motieftoets betekenen dat voldoende is dat de verkrijger ten tijde van de verkrijging de intentie heeft de onderneming voort te zetten. De kwalificatie 'reëel' komt dan niet te vervallen als de verkrijger (kort) na de verkrijging de onderneming staakt, bijvoorbeeld door verkoop. De grens ligt bij oneigenlijk gebruik. Hiervan is sprake als de verkrijging deel uitmaakt van een geheel van

²⁵⁵ Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4. Hetzelfde geldt mutatis mutandis overigens voor de bezitseis.

²⁵⁶ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.5.

²⁵⁷ Zie ook De Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.2.

²⁵⁸ Ze geven mijns inziens terecht aan dat de reële bedrijfsopvolging voor de BOF in beginsel niet anders zou moeten worden ingevuld dan de reële bedrijfsopvolging in de winst- en AB-sfeer – een reële bedrijfsopvolging wordt immers niet minder reëel door de omvang van de faciliteit – maar dat deze omvang wel reden kan zijn hieraan strengere eisen te stellen. Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 7.

²⁵⁹ Ingevolge art. 15, lid 1, onderdeel b WBRV geldt ook voor de overdrachtsbelasting bij de overdracht van de onderneming familiesfeer een vrijstelling. Hiervoor heeft de wetgever echter bewust geen harde voortzettingstermijn opgenomen, maar is een voortzettingsintentie voldoende: bepalend is of het familielid ten tijde van de verkrijging voornemens is de verkregen onderneming voort te zetten. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 207, nr. 11, p. 11.

²⁶⁰ Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.2. De auteurs wijzen erop dat een dergelijk motievereiste ten onrechte ontbreekt in de AB-regeling, hetgeen tot oneigenlijk gebruik zou kunnen leiden als het lichaam de onderneming vlak voor overlijden koopt of vlak daarna juist verkoopt. Zij stellen dan ook dat zowel de intentie van de overdrager als de voortzetter onderdeel zouden moeten uitmaken van de voorwaarden om de doorschuifregelingen in de AB-sfeer toe te kunnen passen.

²⁶¹ De staatssecretaris is ook geen voorstander van een harde voortzettingstermijn in de Wet IB 2001 omdat een effectieve sanctie ontbreekt. Als de koper immers niet langer aan de eisen voldoet, wordt de faciliteit bij de verkoper teruggenomen. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1. Dit zou volgens Jansen overigens eenvoudig opgelost kunnen worden door de sanctie bij de overnemer te leggen. Zie J.J.M. Jansen, 'Enkele opmerkingen over de Veegwet', *WFR* 2000/1601, blz. 1601 e.v. Bovendien kunnen de koper en verkoper dit onderling contractueel regelen.

rechtshandelingen dat gericht is op een (door)overdracht of beëindiging van de verkregen onderneming.²⁶² Hiermee zou oneigenlijk gebruik voor een gedeelte kunnen worden tegengegaan. Net als in de genoemde doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting zou deze motieftoets kunnen worden aangevuld met een (wettelijk) bewijsvermoeden. Dit houdt in dat bij verkoop of beëindiging binnen een bepaalde periode²⁶³ verondersteld wordt dat sprake was van een misbruikmotief, maar dat de verkrijger de mogelijkheid heeft het tegendeel aannemelijk te maken. Als inderdaad sprake is van een reële bedrijfsopvolging zou het door de verkrijger aannemelijk maken dat hij ten tijde van de verkrijging de intentie had de onderneming voort te zetten eenvoudig moeten zijn.²⁶⁴ Hoewel De Beer en Hoogeveen dit niet expliciet benoemen, vermoed ik dat zij de termijn van het bewijsvermoeden zien als omslagpunt voor de bewijslast.²⁶⁵ Na ommekomst van die termijn is het dus aan de inspecteur in voorkomende gevallen aannemelijk te maken dat de verkrijging geen reële bedrijfsopvolging vormt, maar deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat gericht is op een (door)overdracht of beëindiging van de onderneming. Hiermee wordt in principe een onbeperkte voortzettingstermijn bereikt, maar dat hoeft in de praktijk niet tot problemen te leiden. In gevallen waarin de verkrijger werkelijk een voortzettingsintentie had en de onderneming bovendien gedurende vijf jaren werkelijk heeft voortgezet, zal de inspecteur namelijk niet aannemelijk kunnen (en willen) maken dat op het moment van de verkrijging geen sprake was van een voortzettingsintentie.

Toch sluiten De Beer en Hoogeveen af met de conclusie dat een (harde) voortzettingstermijn vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid wel nodig blijft. De BOF maakt immers een onderscheid tussen verkrijgers van beleggingsvermogen en verkrijgers van ondernemingsvermogen en dit onderscheid is volgens hen onvoldoende gerechtvaardigd door enkel een motiefvereiste en een bewijsvermoeden op te nemen. Ik meen dat zij concluderen dat een harde voortzettingstermijn niet bijdraagt aan de definitie van een reële bedrijfsopvolging, maar dat deze toch noodzakelijk is vanwege het gemaakte onderscheid en de hoogte van de vrijstelling (vgl. paragraaf 5.4.6).²⁶⁶

Voorts roep ik in herinnering dat de wetgever van meet af aan heeft vooropgesteld dat het motief van de verkrijger irrelevant is. De wetgever rechtvaardigt de BOF namelijk vanuit de doelstelling dat bij een bedrijfsopvolging in alle gevallen de continuïteit van 'echte' ondernemingen moet worden gewaarborgd. Het waarborgen van de continuïteit is een feitelijke toets: de onderneming wordt *of* voortgezet *of* niet voortgezet. Daar zit niets tussenin. Enkel de intentie tot voortzetten op het moment van verkrijgen is daarbij onvoldoende. Het gaat er volgens de wetgever namelijk om dat de onderneming *daadwerkelijk* wordt voortgezet. De interne wil van de verkrijger is daarbij per definitie irrelevant. Zonder daadwerkelijke voortzetting komt de continuïteit van de onderneming volgens de wetgever ook niet in het gedrang. Een motiefvereiste draagt volgens de wetgever dan ook niet bij aan die continuïteitsdoelstelling.

5.3.2 Termijnen zijn arbitrair

In tegenstelling tot het motief van de verkrijger, heeft een harde termijn naar zijn aard *wel* de potentie bij te dragen aan de eis van de wetgever dat de verkregen onderneming daadwerkelijk wordt voortgezet.

²⁶² Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 5.

²⁶³ Ondanks dat De Beer en Hoogeveen dit niet met zoveel woorden zeggen, sluiten ze geloof ik aan bij de huidige vijfjaarstermijn.

²⁶⁴ Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 5.

²⁶⁵ Als zij dit niet hebben bedoeld, zou dit immers feitelijk een versoepeling voor de verkrijger betekenen: na ommekomst van de voortzettingstermijn van vijf jaren zou de vrijstelling zonder meer definitief zijn, maar de verkrijger krijgt met het bewijsvermoeden een extra mogelijkheid aannemelijk te maken dat een eerdere verkoop of beëindiging van activiteiten kan plaatshebben zonder verval van de BOF.

²⁶⁶ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 5.

Het stellen van een harde voortzettingstermijn brengt echter weer andere problemen met zich mee. Deze termijn kan immers enerzijds als (te) lang en anderzijds als (te) kort wordt ervaren.

In een enquête-onderzoek onder civilisten en fiscalisten is naar voren gekomen dat de voortzettingsvereisten als belangrijkste belemmering worden ervaren bij een bedrijfsopvolging. Dit knelpunt wordt mede veroorzaakt door de starre voortzettingstermijn.²⁶⁷ Bijvoorbeeld voor bepaalde (risicovolle) ondernemingsactiviteiten kan een periode van vijf jaren worden ervaren als een te lange voortzettingsperiode. De kans bestaat namelijk dat de verkrijger deze termijn om uiteenlopende redenen niet volbrengt. Denk bijvoorbeeld aan faillissement. De Beer stelt in dat kader dat de BOF een faciliteit is voor 'succesvol ondernemerschap'.²⁶⁸ Ook kan de verkrijger vanuit bedrijfseconomische redenen 'gedwongen' zijn de ondernemingsactiviteiten te wijzigen of de onderneming te verplaatsen. In die gevallen kan voor de BOF een staking worden geconstateerd, terwijl de continuïteitsproblemen die de wetgever trachtte te verhelpen onverminderd spelen. De verkrijger wordt tegen beter weten in 'gedwongen' de vijfjaarstermijn vol te maken alvorens hij de bedrijfseconomisch gewenste reorganisatie kan doorvoeren. Een versoepeling zou zich volgens De Beer niet tegen de doelstelling van de BOF verzetten.²⁶⁹ In Vlaanderen geldt bijvoorbeeld een driejaarstermijn. Gezien de omvang van de vrijstelling en hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt over het gelijkheidsbeginsel lijkt mij een vijfjaarstermijn echter een absoluut minimum. Voorts gelden de bezwaren in meer of mindere mate bij iedere termijn. De gewenste versoepeling zoek ik dan ook meer in de inhoudelijke invulling van het voortzettingsvereiste (zie hoofdstukken 6 t/m 9).²⁷⁰

De vraag die zich vervolgens logischerwijs aandient, is of de vijfjaarstermijn juist niet te kort is. Ik roep daarbij in herinnering dat de huidige vijfjaarstermijn is ontstaan bij de invoering van de betalingsfaciliteit in 1984. Deze is toen op vijf jaren gesteld omdat dit vanuit uitvoeringstechnische redenen geacht werd de maximaal haalbare termijn te zijn. In de periode van 1997 tot 2002 (25%-kwietscheldingsfaciliteit) bedroeg de voortzettingstermijn tien jaren, maar deze is vervolgens weer teruggedraaid naar een vijfjaarstermijn. Het is opmerkelijk dat de duur van de termijn in de loop der jaren nooit serieus onderwerp van gesprek is geweest. Het argument van de onuitvoerbaarheid is mijns inziens vanwege de digitalisering in ieder geval ten dele vervallen en de faciliteit is in de loop der jaren dusdanig van aard en omvang veranderd dat een discussie hierover op zijn plaats zou zijn geweest.

Zoals ik hiervoor in paragraaf 5.3.1 heb opgemerkt, is het nadeel van een harde (vijfjaars)termijn dat het verkregen ondernemingsvermogen na ommekomst van die termijn niet meer wordt 'gevolgd'. De verkrijger kan de termijn eenvoudigweg 'uitzitten' alvorens hij de onderneming bijvoorbeeld verkoopt. Het behoeft geen nadere onderbouwing dat in een dergelijk geval geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging zoals de wetgever die voor ogen heeft gestaan. De keerzijde van een harde termijn is dus dat oneigenlijk gebruik in de hand wordt gewerkt. Door volledig te abstraheren van het motief van de opvolger komen bepaalde irreële situaties dus wel voor de faciliteit in aanmerking. Dat de wetgever dit onvoldoende onderkent, blijkt wel uit het volgende overweging van de staatssecretaris:

"Het gaat maar net zo lang goed als het een familiebedrijf is en er opvolging is. Uiteindelijk kan men verzilveren. Men gaat bijvoorbeeld naar de beurs omdat men geld wil zien. Vanaf dat moment gelden er allerlei regelingen, variërend van eventuele AB-claims die worden geïnd tot en

²⁶⁷ W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009, p. 37-38.

²⁶⁸ A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.2.

²⁶⁹ A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.2.

²⁷⁰ Ook Tigelaar-Klootwijk stelt dat de voortzettingstermijn minimaal vijf jaren moet bedragen. Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 428. Ook volgens Burgerhart, Hoogeveen en Egger kan een vijfjaarstermijn, mede vanuit de ongelijke behandeling met verkrijgers van ander vermogen bezien, niet als onredelijk lang worden beschouwd. Zie W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009, p. 38.

met successiebelasting, waarbij de BOR niet meer geldt als men niet meer kwalificeert. Het gaat dus om de periode dat men nog van generatie op generatie familiebedrijven vererft en er nog geen sprake is van verzilvering.”²⁷¹

Blijkens dit citaat gaat de staatssecretaris ervan uit dat belastingheffing alsnog plaatsvindt op het moment dat wordt verzilverd. Men zal gedurende de voortzettingstermijn echter niet snel besluiten te verzilveren. Een verstandig adviseur wijst zijn cliënt er namelijk op dat dit verzilveren – de staatssecretaris noemt het voorbeeld van naar de beurs gaan – beter even kan wachten tot na ommekomst van de vijfjaarstermijn. Een indicatie dat dit in de praktijk ook gebeurt zou zijn als de verkoop van ondernemingen in het zesde jaar significant hoger zou liggen dan de jaren ervoor. Bij gebrek aan empirisch onderzoek hiernaar is echter onbekend of de vijfjaarstermijn ook daadwerkelijk dit effect heeft.²⁷² Vooralsnog kan dit risico op ‘uitzitten’ dus niet worden gestaafd met praktijkcijfers. Dit neemt niet weg dat de staatssecretaris feitelijk zegt dat heffing op zijn plaats zou zijn op het moment dat de opvolger verzilvert. Vanuit deze redenering is een vijfjaarstermijn dus te kort.

Dit speelt overigens niet specifiek bij een vijfjaarstermijn, maar is inherent aan een harde termijn. Wel is het aannemelijk dat dit risico op ‘uitzitten’ afneemt naarmate de voortzettingstermijn langer wordt.²⁷³ Zo is De Wijkerslooth-Lhoëst van mening dat, in ieder geval sinds de meest recente verhoging van de vrijstelling, een voortzettingstermijn van tien jaren niet onredelijk zou zijn.²⁷⁴ Ze verwijst daarbij naar de NSW 1928, waarin voor een vergelijkbare faciliteit een voortzettingstermijn wordt gehanteerd van 25 jaren.²⁷⁵ Ook Stevens²⁷⁶ en Tigelaar-Klootwijk²⁷⁷ pleiten voor een voortzettingstermijn van tien jaren om er meer voor te zorgen dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd, althans de kans op oneigenlijk gebruik te verkleinen. Het is eigen aan een harde grens, zoals een voortzettingstermijn, dat deze arbitrair is en voor een voorgestelde verlenging hiervan nauwelijks een meer fundamentele onderbouwing kan worden gevonden dan het verkleinen van de kans op oneigenlijk gebruik.

Toch heeft Hoogeveen een argument aangedragen dat in voorkomende gevallen pleit voor een nog langere termijn.²⁷⁸ De voortzettingstermijn zou volgens haar namelijk minimaal gekoppeld moeten worden aan de voortzettingstermijnen die zijn opgenomen in zogenaamde ‘meerwaardeclausules’.²⁷⁹ Een dergelijke clausule bepaalt dat, indien de opvolger de onderneming binnen een bepaalde afgesproken periode alsnog verkoopt of liquideert, een eventuele meerwaarde gedeeltelijk ten goede

²⁷¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 48.

²⁷² S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?’, *WPNR* 2009/6802, p. 517.

²⁷³ Hierbij is de aanname dat de verkrijger ook daadwerkelijk ondernemer wordt, welk ondernemerschap ook daadwerkelijk een last vormt voor de verkrijger die de voortzettingstermijn ‘uitzit’ omwille van het verkrijgen van de BOF. Bij de verkrijging van AB-aandelen hoeft dit verplichte ondernemerschap echter niet een al te zware last te zijn. AB-houderschap en ondernemerschap vallen immers niet noodzakelijkerwijs samen. In gelijke zin A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 3.5.

²⁷⁴ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?’, *WPNR* 2009/6802, p. 517. Ook Zwemmer werpt de vraag op of de claim na vijf jaar geheel moet komen te vervallen. Zie J.W. Zwemmer, ‘De heffing van successie en schenkingsbelasting bij bedrijfsopvolging’, *WPNR* 2004/6576, p. 345.

²⁷⁵ Zie art. 8a Natuurschoonwet 1928.

²⁷⁶ S.A. Stevens, ‘Bedrijfsopvolging bij kapitaalvennootschappen (ondernemingen in de vorm van een NV/BV); fiscaalrechtelijke aspecten’, in: H.J. de Kluiver & I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Preadvies KNB), Amersfoort: SDU 2005, p. 201-306.

²⁷⁷ Zie Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 405. Zij is overigens van mening dat de voortzettingstermijn ten minste vijf jaren en ten hoogste 10 jaren zou moeten bedragen.

²⁷⁸ Dit heeft zij voorgesteld ten aanzien van het eerste component van de gedifferentieerde voorwaardelijke vrijstelling: het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern (art. 35b, lid 1, onderdeel b, ten 1^e SW 1956).

²⁷⁹ Als er geen meerwaardeclausule is overeengekomen, stelt Hoogeveen voor aan te sluiten bij een voortzettingstermijn die doorgaans bij meerwaardeclausules wordt gehanteerd.

komt aan de overige belanghebbenden. In de praktijk worden niet zelden termijnen overeengekomen van 20 of 25 jaren. Het is volgens Hoogeveen dan ook vreemd dat de overheid haar claim reeds na ommekomst van (slechts) vijf jaren prijsgeeft, terwijl de overige belanghebbenden gedurende die termijn een potentiële claim behouden op de opvolger. Dat dit specifiek gaat om de voortzettingstermijn ten aanzien van de eerste component van de gedifferentieerd voorwaardelijke vrijstelling als bedoeld in art. 35b, lid 1, onderdeel b, ten 1^e SW 1956 (het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern) neemt niet weg dat hierin een argument kan worden gevonden ook voor de overige componenten van de voorwaardelijke vrijstelling ten minste aan te sluiten bij de termijnen die (doorgaans) worden overeengekomen in meerwaardeclausules. Bovendien komt een dergelijke termijn de effectiviteit van de faciliteit ten goede. Het zal immers niet vaak voorkomen dat een verkrijger de onderneming gedurende bijvoorbeeld 25 jaren voortzet enkel om aanspraak te kunnen maken op de BOF. De kans op oneigenlijk gebruik wordt daarmee verkleind. Nadeel van een dergelijke lange termijn is het risico dat de verkrijger de door hem in het kader van een reële bedrijfsopvolging verkregen onderneming enkel voortzet ter voorkoming van de belastingclaim. Dergelijke situaties van ‘dwangondernemerschap’ zijn vanuit bedrijfseconomisch perspectief onwenselijk.²⁸⁰

Dit probleem wordt ondervangen door een onbeperkte voortzettingstermijn op te nemen. Met Hoogeveen ben ik van mening dat zodra de verkrijger de in de onderneming besloten liggende waarde realiseert, de aangenomen liquiditeitsproblemen voorbij zijn en de verkrijger de schenk- of erfbelasting alsnog kan voldoen. Het enkele tijdsverloop zou namelijk geen reden moeten zijn af te zien van een belastingclaim. Bovendien wordt de kans op oneigenlijk gebruik nog kleiner, zo niet nihil, en wordt dwangondernemerschap tegengegaan: voor de voortzetter bestaat niet langer een stimulans de verkregen onderneming enkel ter behoud van de BOF voort te zetten terwijl de bedrijfsresultaten aanleiding geven de onderneming op te heffen.²⁸¹

Een onbeperkte voortzettingstermijn zou onder het huidige voortzettingsvereiste echter op uitvoeringstechnische bezwaren stuiten, mede omdat dan gedurende een zeer lange termijn beoordeeld moet (blijven) worden in hoeverre de onderneming nog wordt voortgezet. Onder het huidige stakingsbegrip lijkt mij dat ondoenlijk. Om die reden stel ik een gedifferentieerde termijn voor. Enerzijds blijft de huidige vijfjaarstermijn – in combinatie met de inhoudelijke aanpassingen die ik hierna behandel – gehandhaafd. Anderzijds zou een onbeperkte voortzettingstermijn geïntroduceerd kunnen worden voor de gevallen waarin de verkrijger op enig moment de in de verkrijging besloten liggende waarde realiseert (‘verzilvert’). Vanuit de ratio van de BOF bezien is het immers gerechtvaardigd dat op dat moment alsnog moet worden afgerekend. Ik zie geen rechtvaardigingsgronden die pleiten tegen een dergelijke onbeperkte voortzettingstermijn. Een duidelijk ‘realisatiebegrip’ is hiervoor uiteraard noodzakelijk. Hiervoor zouden we aansluiting kunnen zoeken bij onze zuiderburen. Net als in Vlaanderen het geval is, zou dan enkel de eis moeten gelden dat de verkrijger na die tijd *een onderneming* drijft (zie paragraaf 6.2.3 hierna). Dit biedt de verkrijger de mogelijkheid na ommekomst van vijf jaren de aard van de onderneming te wijzigen zonder dat de faciliteit vervalt. Alleen voor zover de verkrijger de (aandelen in) de onderneming (van de bv) verkoopt of de ondernemingsactiviteiten staakt, zou de voorwaardelijke vrijstelling alsnog moeten vervallen. Het blijft immers een heffing naar draagkracht.

5.3.3 Termijnen zijn te star: voortzettingstermijn te strikt gekoppeld aan subject

Ingevolge art. 35e, lid 1 SW 1956 is het de persoon van de verkrijger die de verkregen onderneming gedurende vijf jaren moet voortzetten. Op dit uitgangspunt gelden enkel uitzonderingen, namelijk als de verkrijger overlijdt of bij een overgang onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht (art. 10, lid 6 en 7 Uitv.reg. S&E). Ten aanzien van het overlijden heeft de wetgever een tegemoetkoming

²⁸⁰ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 9.3.3.3.

²⁸¹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, onderdeel 9.3.3.3.

opgenomen omdat het overlijden normaliter een onvoorziene omstandigheid betreft. Voor de resterende duur van de vijfjaarstermijn worden de rechtsopvolgers krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht dan geacht in de plaats te treden van de oorspronkelijke verkrijger.²⁸² Deze uitzondering acht ik in overeenstemming met de ratio van de BOF.

De uitvoeringsregeling voorziet daarentegen niet in een dergelijke tegemoetkoming als de verkrijger de verkregen onderneming binnen de voortzettingsperiode (door)schenkt. Ook biedt een beroep op de hardheidsclausule van art. 63 AWR voor die situatie geen soelaas. Dit blijkt uit een verzoek uit 2016 waarin een vader samen met zijn in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenote een 100%-belang hield in een vennootschap. Ter zake van het overlijden van de vrouw verkreeg de man haar 50%-belang onder toepassing van de BOF. Vervolgens wilde de vader binnen vijf jaren de aandelen (door)schenken aan zijn zoon. Voor het 50%-belang dat de man had verkregen van zijn overleden echtgenote verviel de faciliteit omdat hij door de schenking aan zijn zoon niet aan het voortzettingsvereiste had voldaan. Hij moest dus alsnog erfbelasting betalen.²⁸³ Een verzoek om toepassing van de hardheidsclausule van art. 63 AWR heeft de staatssecretaris afgewezen, omdat volgens hem geen sprake is van een 'onbillijkheid van overwegende aard'. Met andere woorden: het vervallen van de faciliteit is een door de wetgever beoogd gevolg. Het is volgens de staatssecretaris "niet de bedoeling van de wetgever geweest een voorziening te treffen voor een situatie waarin een voortzetter zijn onder toepassing van de BOR verkregen aandelen (via schenking) overdraagt aan een ander." De zoon kan dus niet 'geruisloos' in de plaats treden van zijn vader.²⁸⁴

Ik zie echter niet in waarom de wetgever en de staatssecretaris in een dergelijke situatie zo strikt vasthouden aan de vijfjaarstermijn. Ten opzichte van de situatie waarin de zoon in de genoemde casus de aandelen zou hebben verkregen krachtens erfrecht, had hij wel geruisloos in de plaats mogen treden van zijn vader.²⁸⁵ Dat het niet-voortzetten door vader in dit geval niet voortkomt omdat hij niet *kan* voortzetten, maar omdat hij (kennelijk) niet *wil* voortzetten, lijkt mij ondergeschikt aan het feit dat de onderneming als zodanig nog steeds wordt voortgezet, vader niets heeft gerealiseerd – zijn draagkracht is feitelijk niet toegenomen – en zijn zoon de positie van de oorspronkelijke verkrijger voortzet. Op dit punt zou de Nederlandse wetgever aansluiting kunnen zoeken bij hetgeen de Vlaamse decreetgever hierover heeft opgemerkt:

"De (...) economie heeft er (...) belang bij dat de activiteit wordt voortgezet, maar niet dat dit door de begiftigde zelf gebeurt; integendeel: indien deze tot de bevinding komt dat anderen bekwaam zijn om dit te doen, mogen fiscale redenen daartoe geen beletsel zijn."²⁸⁶

Mijns inziens zou de verschillende behandeling tussen de verkrijging krachtens schenking of erfrecht kunnen worden opgeheven zonder dat dit in strijd komt met de ratio van de BOF. Hiervoor zou een versoepeling moeten worden opgenomen in art. 10 Uitv.reg. S&E.

5.4 Verklaringen voor harde voortzettingstermijn

Hoewel een versoepeling van de vijfjaarstermijn in voorkomende gevallen gewenst kan zijn, kan om verschillende redenen begrip worden opgebracht voor het feit dat de wetgever een harde termijn heeft willen stellen aan de voortzettingsperiode.

²⁸² Voor de rechtsopvolger gaat op het moment van verkrijging overigens wel een nieuwe voortzettingstermijn van vijf jaren lopen.

²⁸³ Bovendien kon de zoon ter zake van dat belang geen beroep doen op de BOF omdat vader evenmin aan de bezitsei had voldaan. Hij is hierover dus gewoon schenkbelasting verschuldigd.

²⁸⁴ Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 307. De Commissie voor de Verzoekschriften en de Burgerinitiatieven van de Tweede Kamer volgt dit oordeel van de staatssecretaris.

²⁸⁵ Ingevolge art. 10, lid 6 Uitv.reg. S&E.

²⁸⁶ *Parl. St. VI. Parl.* 2002/03, nr. 1690/7, p. 8.

5.4.1 Meer zekerheden bij een vrijstelling

Een harde voortzettingstermijn is allereerst te verklaren vanuit de aard van de faciliteit. Het is immers niet verwonderlijk dat de wetgever de (royale) vrijstelling, die leidt tot afstel van belastingheffing, met meer zekerheden heeft willen omkleden dan bijvoorbeeld bij de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting het geval is.²⁸⁷ Die laatste leiden immers ‘slechts’ tot uitstel van belastingheffing; heffing vindt in beginsel plaats op het moment dat de opvolger de meerwaarde realiseert.²⁸⁸ Omdat het bij de BOF om een vrijstelling gaat, heeft de wetgever de kans op oneigenlijk gebruik groter geacht. De voortzettingstermijn fungeert dus feitelijk (mede) als anti-misbruikbepaling. Dit blijkt ook uit de parlementaire behandeling. In de aanloop naar de invoering van de 25%-kwijscheldingsfaciliteit in 1997 valt in de memorie van toelichting namelijk te lezen dat de voortzettingstermijn voor geschonken ondernemingsvermogen aanvankelijk tien jaren bedroeg – in plaats van de vijfjaarstermijn die gold (en thans geldt) voor de verkrijging krachtens erfrecht – omdat de wetgever bij schenking een gevaar zag voor oneigenlijk gebruik van de regeling, hetgeen met een zwaardere eis (lees: voortzettingstermijn) zou moeten worden voorkomen.²⁸⁹ Ondanks dat de voortzettingstermijn uiteindelijk is verkort naar vijf jaren, is de ratio hierachter – het beperken van oneigenlijk gebruik – dezelfde gebleven.

5.4.2 De BOF heeft een continuïteitsdoelstelling

Verder kan een harde voortzettingstermijn worden gelegitimeerd vanwege de doelstelling dat de schenk- of erfbelasting de continuïteit van de verkregen onderneming niet in gevaar mag brengen.²⁹⁰ Als de verkrijger de verkregen onderneming verkoopt of op andere wijze staakt, is het vanuit die continuïteitsdoelstelling bezien logisch dat de faciliteit wordt ingetrokken.²⁹¹ De continuïteit hoeft dan immers niet meer gewaarborgd te worden. Dat aan de verkoop zakelijke motieven ten grondslag liggen, is dan irrelevant. De concrete termijn die de wetgever vervolgens verbindt aan deze continuïteitsgedachte is uiteraard arbitrair, maar dat geldt voor iedere termijn (zie paragraaf 5.3.2). Dat de verkrijger de verkregen onderneming gedurende een bepaalde periode daadwerkelijk moet voortzetten, vormt nu net de kern van de regeling. Als deze eis niet zou zijn gesteld, komt de continuïteitsdoelstelling op losse schroeven te staan.

5.4.3 Er moeten nu eenmaal voorwaarden worden gesteld

Daarnaast kan begrip worden opgebracht voor een harde voortzettingstermijn vanwege de onontkoombare vertaalslag die de wetgever moet maken bij het formuleren van wetgeving.²⁹² Ook als het begrip ‘reële bedrijfsopvolging’ niet zou zijn gedefinieerd in de wet, zou in een specifieke situatie waarin een bedrijfsopvolging plaatsvindt doorgaans wel duidelijk zijn of de wetgever deze zou hebben willen faciliteren of niet. Met andere woorden: een beoordeling of in de praktijk sprake is van een reële bedrijfsopvolging kan veelal afgaande op het onderbuikgevoel worden gemaakt.

²⁸⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 3, p. 4, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8 en 10. Dat deze redenering niet opgaat bij iedere vrijstelling blijkt wel uit de vrijstelling van art. 15, lid 1 onderdeel b WBRV. De wetgever heeft er bewust voor gekozen bij die vrijstelling enkel een voortzettingsintentie op te nemen. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 207, nr. 11, p. 11. Dit komt wellicht doordat de overdrachtsbelasting, anders dan de schenk- en erfbelasting, niet is gebaseerd op het draagkrachtbeginsel en een duidelijke rechtsgrond voor de heffing als zodanig ontbreekt. Zie *Cursus Belastingrecht*, onderdeel BvR.0.0.2.

²⁸⁸ Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.5. De auteurs merken overigens terecht op dat in het geval niet de aandelen in de holding worden verkocht, maar de holding de aandelen in de werkmaatschappij(en) verkoopt, vanwege de heffingssystematiek in de AB-regeling heffing voorlopig alsnog achterwege blijft.

²⁸⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 2, p. 23.

²⁹⁰ In paragraaf 2.4 heb ik uiteengezet dat de onderbouwing van deze doelstelling te kort schiet. Dat doet echter niet af aan de doelstelling van de regeling.

²⁹¹ Op de situatie van schenken na. Zie hierover paragraaf 5.3.3.

²⁹² Zie A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2010/1242, onderdeel 4.3 over de wettelijke vertaling van het begrip ‘reële bedrijfsopvolging’.

De wetgever heeft het begrip ‘reële bedrijfsopvolging’ echter willen vervatten in een geschreven wet.²⁹³ De reële bedrijfsopvolging krijgt zodoende noodgedwongen een vastomlijnde definitie, hetgeen leidt tot afbakeningsproblematiek. Ik leg dit uit aan de hand van een metafoor. Iedereen zal een auto herkennen als deze voorbij komt rijden. Er zal in de meeste gevallen geen discussie ontstaan over de vraag of iets als auto kwalificeert of niet. Toch is het niet eenvoudig hieraan een enkele omschrijving te geven die de hele lading dekt. Het is zelfs niet eenvoudig bepaalde essentiële kenmerken te formuleren. Want wat kenmerkt een auto nu ten opzichte van andere vervoersmiddelen? Het aantal wielen? Het aantal personen dat erin kan worden vervoerd? De aandrijving? De benodigde brandstof? De afmetingen? Voor al deze kenmerken zijn grensgevallen en uitzonderingen denkbaar. Toch kan iedere kleuter een auto tekenen. Wat ik hiermee probeer te zeggen is dat het definiëren van een bepaald fenomeen er per definitie toe leidt dat bepaalde gevallen er wél, en bepaalde gevallen er niet onder vallen. Dit is in het geval van een auto doorgaans niet zo’n probleem, maar als aan die definitie vervolgens een beloning wordt verbonden, is het niet verwonderlijk dat belastingplichtigen (en hun adviseurs) er veel aan gelegen is de feiten dusdanig te presenteren dat in een voorkomende situatie aan de definitie is voldaan. Bij het definiëren van de reële bedrijfsopvolging is de wetgever gedwongen dit begrip duidelijk af te bakenen. Inherent hieraan is dat bepaalde gevallen dan buiten de boot vallen en bepaalde gevallen niet. Ergens moet immers een grens worden getrokken. Deze grens is nu getrokken bij vijf jaren.

De voortzettingstermijn moet wat mij betreft dan ook meer worden gezien als een fictie waarmee de wetgever bewust abstraheert van de werkelijkheid en waarmee gepoogd wordt te waarborgen dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. Tegelijkertijd zal eenieder begrijpen dat een dergelijke temporele grens niets zegt over het werkelijke realiteitsgehalte, maar dat is inherent aan een harde grens. Door het instrumentele karakter van de BOF is het onontkoombaar dat bepaalde situaties onder de regeling vallen en andere niet. Dat geldt natuurlijk voor meerdere (fiscale) regelingen. Wellicht kan dat in bepaalde situaties onrechtvaardig zijn, duidelijk is het wel. Kortom, de wetgever ontkomt er bij een instrumentele regeling niet aan zich te bedienen van ficties, aannames en voorwaarden.

5.4.4 Spelregels zijn vooraf duidelijk

In de parlementaire behandeling heeft de wetgever opgemerkt dat van verkrijgers verwacht mag worden dat zij hun afwegingen maken in het licht van het voortzettingsvereiste.²⁹⁴ Hier kan ik mij tot op zekere hoogte in vinden, omdat de spelregels waaraan de opvolger zich moet houden vooraf in voldoende mate duidelijk zijn. De inspecteur is weliswaar bevoegd te oordelen of nog aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, maar hij maakt deze inhoudelijke beoordeling niet op basis van een discretionaire bevoegdheid. Bij die inhoudelijke beoordeling is hij daarentegen gehouden aan de wettelijke norm (inclusief beleid). De belastingplichtige is hiervan op de hoogte. Althans, de adviseur die de belastingplichtige bijstaat dient zijn cliënt ervan op de hoogte te stellen dat er gedurende vijf jaren eisen zijn verbonden aan de faciliteit en wat deze eisen inhouden.²⁹⁵

²⁹³ Uiteraard had de wetgever er ook voor kunnen kiezen het begrip ‘reële bedrijfsopvolging’ in mindere mate (of geheel niet) te definiëren en door de jurisprudentie te laten invullen (open normen). Verschillende auteurs in de fiscale literatuur stellen dat het gebruik van open normen in fiscale wetgeving ten koste gaat van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en dat het de positie van de inspecteur zou versterken ten opzichte van de belastingplichtige. Anderson concludeert echter dat dit geenszins het geval hoeft te zijn. Zie R.J. Anderson, ‘Open normen in de fiscale wetgeving’, *WFR* 2018/15.

²⁹⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47.

²⁹⁵ Dit blijkt temeer uit de uitspraak van Rechtbank Gelderland van 8 augustus 2018, waarin is geoordeeld dat de adviseur tekort is geschoten in zijn advisering door diens cliënt er niet op te wijzen dat de BOF zou vervallen als het bedrijf gedurende de voortzettingsperiode failliet zou gaan. De rechtbank oordeelde dat de adviseur voor 60% aansprakelijk was voor de geleden schade.

5.4.5 De BOF wordt op verzoek verleend

De BOF is een *faciliteit*, een tegemoetkoming, maar geen grondrecht. De vrijstelling wordt daarbij niet van rechtswege verleend, maar belastingplichtigen moeten ingevolge art. 35b, lid 1, aanhef SW 1956 een beroep doen op toepassing van de voorwaardelijke vrijstelling. Er mag dus van worden uitgegaan dat degene die actief om de vrijstelling verzoekt akkoord gaat met daaraan verbonden voorwaarden.

De opvolger sluit als het ware een vijfjarig contract en daar zijn nu eenmaal bepaalde risico's aan verbonden. De vraag is dan of die risico's voor rekening van de ondernemer of voor rekening van de belastingbetaler moeten komen. Natuurlijk kan een ondernemer gedurende de voortzettingstermijn worden geconfronteerd met onvoorziene omstandigheden die bijvoorbeeld aanleiding geven de onderneming te verkopen of te reorganiseren. De vraag is dan of dat risico moet worden afgewenteld op de belastingbetaler. De ondernemer wist, althans behoorde te weten, waar hij voor tekende. *Hij* wilde graag een vrijstelling. De voorwaarden zijn vooraf duidelijk. Als de opvolger vervolgens niet langer aan de voorwaarden voldoet, kan hij dat de wetgever (of de staatssecretaris als uitvoerder) niet tegenwerpen. Het is namelijk ook niet zo dat het al dan niet langer voldoen aan de voortzettingseis afhankelijk is van een toevalligheid. Er gaat altijd een (of meerdere) rechtshandeling(en) van de opvolger zelf aan vooraf en die zullen in de regel weloverwogen worden genomen. De situaties die aanleiding geven tot intrekking van de faciliteit vallen niet zomaar voor, maar de opvolger is hier doorgaans bewust bij betrokken. Hij kan deze incalculeren. Het kan natuurlijk vanuit het oogpunt van ondernemerschap beperkend – om in de woorden van De Beer te spreken: als 'een dwangbuis' – aanvoelen dat de bewegingsvrijheid gedurende vijf jaren wordt ingeperkt, maar daar heeft de opvolger zelf voor gekozen. Als hij die beperking niet wenselijk had gevonden, had hij geen beroep moeten doen op de vrijstelling of simpelweg (in privé) geld moeten reserveren om een eventuele claim te kunnen voldoen.

5.4.6 Harde voortzettingstermijn in relatie tot het gelijkheidsbeginsel

Ten slotte kan het stellen van een (strikte) termijn worden onderbouwd door het feit dat de vrijstelling erg ruim is en alleen openstaat voor verkrijgers van ondernemingsvermogen. Met de BOF wordt een lijn getrokken tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van ander vermogen. Alleen al vanwege het feit dat enkel de verkrijger van ondernemingsvermogen een beroep kan doen op deze zeer royale vrijstelling kan reden zijn de lat voor toepassing hiervan hoger te leggen dan 'slechts' de aanwezigheid van een reële bedrijfsopvolging op het moment van verkrijging.²⁹⁶ Dit rechtvaardigt een harde voortzettingstermijn.²⁹⁷

Als deze harde termijn niet zou gelden, ontstaat immers weer een nieuwe ongelijkheid als de verkrijger van ondernemingsvermogen op het moment van bedrijfsopvolging werkelijk de intentie had de onderneming voort te zetten – ongeacht het antwoord op de vraag hoe deze intentie überhaupt kan worden getoetst – maar na een korte periode vanwege onvoorziene omstandigheden hiertoe toch niet in staat blijkt te zijn en de onderneming alsnog verkoopt. Als bijvoorbeeld enkel een motiefvereiste zou gelden op het moment van de verkrijging, zou een ongelijke(re) behandeling bestaan ten opzichte van de verkrijger van beleggingsvermogen. Een dergelijke verruiming zou een nog grotere schending van het gelijkheidsbeginsel betekenen. De voortzettingstermijn van vijf jaren is vanwege de omvang van de vrijstelling een noodzakelijk minimum geworden.²⁹⁸

²⁹⁶ Zie A.M.A. de Beer, 'Voortzettingseis BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.2.

²⁹⁷ Zie in dat kader A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.5. Ondanks dat zij kritiek uiten op de huidige regeling, geven zij aan dat een ruime faciliteit reden kan zijn om strengere eisen te stellen dan wanneer een beperktere faciliteit zou gelden.

²⁹⁸ Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.5.

5.5 Conclusie

Zonder voortzetting kan niet worden gesproken van een bedrijfsopvolging. Het voortzetten als zodanig vormt dus een wezenskenmerk van een bedrijfsopvolging. Dit heeft de wetgever ook altijd vooropgesteld door te benadrukken dat de verkregen onderneming daadwerkelijk moet worden voortgezet; een voortzettings*intentie* is niet voldoende. Het is de continuïteit van de verkregen onderneming die de wetgever heeft willen waarborgen. Het voortzetten daarvan is dan ook het meest kenmerkende element van de Nederlandse BOF. Het voortzettingsvereiste draagt in algemene zin dus bij aan de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Aan dit voortzettingsvereiste heeft de wetgever vervolgens een harde termijn gekoppeld. Hiermee wordt geabstraheerd van het motief van de verkrijger: als eenmaal is voldaan aan de voortzettingstermijn wordt *aangenomen* dat de verkrijger het motief had de onderneming voort te zetten. Dit hoeft echter geenszins het geval te zijn. Harde termijnen werken oneigenlijk gebruik potentieel dus in de hand. Aan de andere kant werkt de harde termijn te beperkend. Daarbij is een harde termijn per definitie arbitrair. In bepaalde gevallen zal deze als te kort en in andere gevallen als te lang worden ervaren. Gezien het financiële belang dat gemoeid is met de BOF is het de moeite waard zodanig te plannen dat optimaal gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling, terwijl op voorhand al duidelijk is dat er geen voortzettings*intentie* bestaat. Er kleven dus verschillende nadelen aan een harde termijn.

Toch is een harde voortzettingstermijn goed verklaarbaar. Zo is het logisch dat de wetgever een vrijstelling, die bovendien zeer ruim van omvang is, met meer zekerheden heeft willen omkleden dan bijvoorbeeld een doorschuiffaciliteit. Vanwege de hoogte van de vrijstelling zullen belastingplichtigen pogen onder de definitie te vallen. Door het stellen van een vijfjaarstermijn probeert de wetgever oneigenlijk gebruik enigszins tegen te gaan. Verder heeft de wetgever altijd vooropgesteld dat het een faciliteit betreft die de continuïteit van de verkregen onderneming moet waarborgen. Een voortzettings*intentie* vindt de wetgever daarbij onvoldoende. Zonder daadwerkelijke voortzetting is volgens de wetgever namelijk geen sprake van een reële bedrijfsopvolging. Voorts heeft de BOF een instrumenteel karakter, waarbij de wetgever de faciliteit enkel heeft willen verlenen ingeval sprake is van een reële bedrijfsopvolging, welk begrip de wetgever duidelijk heeft willen afbakenen. Inherent daaraan is dat bepaalde situaties onder de definitie vallen en andere niet. De regels waaraan de verkrijger moet voldoen zijn daarbij voldoende helder. Daar komt nog bij dat de verkrijger vrijwillig een beroep doet op de faciliteit. Daarmee accepteert hij de daaraan verbonden regels en restricties. Als hij deze te beperkend vindt werken, kan hij ervoor kiezen deze fiscale tegemoetkoming aan zich voorbij te laten gaan. Ten slotte is de vijfjaarstermijn vanuit het gelijkheidsbeginsel gezien, mede vanwege de omvang van de faciliteit, mijns inziens een absoluut minimum.

Ik heb onderbouwd dat de kans op oneigenlijk gebruik en ‘dwangondernemerschap’ het kleinst is bij een onbeperkte voortzettingstermijn. Voorts ben ik met Hoogeveen van mening dat het enkele tijdsverloop geen reden mag zijn af te zien van een belastingclaim. Zodra de verkrijger de in de onderneming besloten liggende waarde realiseert, zijn de aangenomen liquiditeitsproblemen voorbij en kan hij de schenk- of erfbelasting alsnog voldoen. Dit is geheel in lijn met de ratio van de BOF. Om uitvoeringstechnische redenen stel ik echter een gedifferentieerde termijn voor. Enerzijds blijft de huidige vijfjaarstermijn gehandhaafd en anderzijds zou een onbeperkte voortzettingstermijn geïntroduceerd kunnen worden voor de gevallen waarin de verkrijger op enig moment de in de verkrijging besloten liggende waarde realiseert (‘verzilvert’). Vanuit de ratio van de BOF bezien is het gerechtvaardigd dat op dat moment alsnog moet worden afgerekend. Voor het stakingsbegrip zou dan meer aansluiting moeten worden gezocht bij de Vlaamse gunstregeling door enkel te eisen dat de verkrijger een ondernemingsactiviteit blijft uitoefenen. Dit biedt de verkrijger na ommekomst van vijf jaren de mogelijkheid de aard van de onderneming te wijzigen zonder dat de faciliteit vervalst.

6 Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging IB-onderneming

6.1 Inleiding

Het voortzettingsvereiste ter zake van de verkrijging van een IB-onderneming houdt in dat de vrijstelling vervalt voor zover de verkrijger binnen vijf jaren na de verkrijging ophoudt uit de onderneming, of een gedeelte daarvan, winst te genieten of ter zake belastbare winst gaat genieten in de zin van art. 3.3 Wet IB 2001 (medegerechtigdheid).²⁹⁹ Voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van ‘ophouden winst te genieten’ heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het stakingsbegrip zoals dat geldt in de inkomstenbelasting.³⁰⁰ De wetgever vond dit wenselijk omdat het een bekend fiscaal begrip is en het centraal stelt waar het bij de BOF in de kern om gaat: het voortzetten van de verkregen onderneming.³⁰¹ De term ‘staking’ in de Wet IB 2001 omvat de verkoop c.q. vervreemding c.q. overdracht aan een derde en de overbrenging naar privé.³⁰² Op dit ‘IB-stakingsbegrip’ zijn vervolgens uitzonderingen gemaakt in die gevallen waarin de specifieke aard van de BOF vraagt om een andere invulling.³⁰³

In dit hoofdstuk maak ik een inhoudelijke beoordeling van het voortzettingsvereiste ten aanzien van de verkrijging van een IB-onderneming en doe ik enkele aanbevelingen om het voortzettingsvereiste (meer) in overeenstemming te brengen met het geschetste toetsingskader. Hetzelfde doe ik in de hoofdstukken 7 tot en met 9 voor de verkrijging van een medegerechtigdheid, vermogensbestanddelen die bij de overdrager behoorden tot een aanmerkelijk belang respectievelijk tbs-onroerende zaken. Daarbij maak ik op relevante onderwerpen een rechtsvergelijking met Vlaanderen. De staatssecretaris heeft immers bevestigd dat het doel van het voortzettingsvereiste van de Vlaamse gunstregeling (lees: de continuïteitsvoorwaarde) identiek is aan het doel van het voortzettingsvereiste in de BOF, namelijk het waarborgen van de continuïteit van (familie)ondernemingen.³⁰⁴ In beide regelingen is het belang van het voortzetten als zodanig dus onderkend. Bij de invulling van het voortzettingsvereiste onderzoek ik zodoende in hoeverre aspecten uit de Vlaamse continuïteitsvoorwaarde kunnen worden overgenomen in het voortzettingsvereiste.

Hierna ga ik in paragraaf 6.2 in op situaties waarin de verkrijger volledig ophoudt winst te genieten. Paragraaf 6.3 behandelt de gevallen waarin sprake is van ‘gedeeltelijk ophouden winst te genieten’. Ik sluit af met een tussenconclusie.

6.2 Volledig ophouden winst te genieten

6.2.1 Liquidatie of overdracht

Volledig ophouden winst te genieten is aan de orde als de verkrijger zijn subjectieve IB-onderneming staakt. Hiervan is allereerst sprake als de verkrijger de *objectieve* onderneming blijvend en voorgoed prijsgeeft door liquidatie of overdracht.³⁰⁵ Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld van een dergelijke overdracht is de verkoop van de verkregen onderneming.³⁰⁶ Als de verkrijger de onderneming verkoopt, ‘verzilvert’ hij. De aangenomen liquiditeitsproblemen die geacht worden de continuïteit van de verkregen onderneming in gevaar te brengen, zijn dan verholpen. Ook bij liquidatie hoeft de continuïteit

²⁹⁹ Zie art. 35b, lid 5 SW 1956 juncto art. 35e, lid 1, onderdeel a SW 1956.

³⁰⁰ Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103-104. Dit geldt, naast het vervreemdingsbegrip in de AB-regeling, voor de invulling van het begrip ‘reële bedrijfsopvolging’. De wetgever heeft namelijk in de breedte aansluiting gezocht bij het begrippenkader uit de winst- en AB-sfeer. Zie A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25.

³⁰¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 3-4.

³⁰² Vakstudie Inkomstenbelasting art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 32.1 (geraadpleegd 11 juni 2019).

³⁰³ Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 48.

³⁰⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 4.

³⁰⁵ Zie de noot van A.C. Rijkers onder HR 28 januari 1998, *BNB* 1998/243.

³⁰⁶ Ondanks dat bij verkoop de objectieve onderneming (waarschijnlijk) wordt voortgezet, houdt de verkrijger op winst te genieten uit de onderneming omdat de *subjectieve* onderneming wordt gestaakt.

van de onderneming niet langer te worden gewaarborgd. Vanuit de ratio van de BOF bezien, is het dus logisch dat de voorwaardelijke vrijstelling in deze gevallen vervalt.

Maar wat nu als de verkrijger de onderneming verkoopt en de daarbij vrijgekomen liquide middelen herinvesteert in een nieuwe onderneming? Omdat de voortzettingseis in de BOF aanknoopt bij de subjectieve onderneming, vervalt ook in die situatie de faciliteit. Dat voor de Wet IB 2001 een niet-stakingsfictie kan gelden – de stakingswinst kan ingevolge art. 3.64 Wet IB 2001 onder voorwaarden worden doorgeschoven naar de nieuwe onderneming – doet daar niet aan af. In de praktijk kan deze uitkomst onwenselijk aanvoelen. In het perspectief van belastingplichtige ruilt hij als het ware het verkregen ondernemingsvermogen voor ander ondernemingsvermogen. Van oneigenlijk gebruik is dan geen sprake.³⁰⁷ Er is bovendien nog steeds sprake van economische bedrijvigheid, niemand anders wordt gerechtigd tot de onderneming en de liquide middelen zitten nog steeds vast in de onderneming. Dit betreft weliswaar een andere onderneming, maar de redenering dat de onttrekking van liquide middelen aan de onderneming om de belasting te kunnen voldoen de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt, doet ook hier opgeld.³⁰⁸

Als het voortzettingsvereiste in de Nederlandse BOF op dit punt wordt vergeleken met de Vlaamse faciliteit, moet worden geconstateerd dat bij onze zuiderburen een stuk soepeler wordt omgesprongen met de verkoop (of 'ruil') gedurende de voortzettingsperiode, gevolgd door een herinvestering in een andere activiteit. Onder toepassing van de Vlaamse gunstregeling hoeft de verkrijger de oorspronkelijke activiteit die de familiale onderneming of vennootschap ontplooid niet voort te zetten, zolang maar een reële economische activiteit wordt ontplooid (zie hoofdstuk 4). De vraag is of een dergelijke versoepeling zou passen binnen de ratio van de Nederlandse BOF.

Zoals ik in paragraaf 2.5 heb aangegeven, gaat het erom dat de verkrijger de positie van de overdrager voortzet en de onderneming (in de vennootschap) blijft drijven. De wetgever heeft bij de invulling van het voortzettingsvereiste dus uitdrukkelijk een koppeling gemaakt tussen het subject (de verkrijger) en het object (de onderneming). Omdat de herinvesterende verkrijger niet langer winst geniet uit de oorspronkelijke verkregen onderneming, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling. De continuïteit van de oorspronkelijke verkregen onderneming kan weliswaar ook worden gewaarborgd door enkel te eisen dat de objectieve onderneming wordt voortgezet, ongeacht wie de persoon van de voortzetter is, maar dan zou de verkrijger de mogelijkheid hebben de verkregen onderneming te verkopen zonder de daarbij verkregen liquide middelen te herinvesteren. Dit past niet binnen de ratio van de BOF en lijkt mij in het licht van het gelijkheidsbeginsel niet wenselijk.

Bovendien bestaat in de Nederlandse regeling een noodzakelijk verband tussen het subject en het object. Het gaat er volgens de wetgever immers om dat de aangenomen liquiditeitsproblemen bij de verkrijger (het subject) ertoe leiden dat de continuïteit van de onderneming (het object) in gevaar komt. In het genoemde voorbeeld van de herinvesterende verkrijger wordt de oorspronkelijke onderneming nu eenmaal niet langer voortgezet door de verkrijger.³⁰⁹ De continuïteit van *die* onderneming wordt dan niet langer geacht in gevaar te komen, althans niet door liquiditeitsproblemen aan de kant van de verkrijger. Deze heeft immers verzilverd. Dat hij vervolgens besluit deze liquide middelen te herinvesteren, staat hem uiteraard vrij, maar dat rechtvaardigt onder de huidige doelstelling van de BOF geen faciliteit. Een versoepeling conform het Vlaamse gunstregime past niet binnen de ratio van de BOF: in Nederland is de BOF dusdanig vormgegeven dat de continuïteit van de *verkregen* onderneming wordt

³⁰⁷ Hiervan zou bijvoorbeeld wel sprake zijn als kwalificerend ondernemingsvermogen wordt geruild voor niet-kwalificerend beleggingsvermogen.

³⁰⁸ De enige uitzondering die hiervoor geldt is de staking (en herinvestering) als gevolg van overheidsingrijpen. Zie art. 10, lid 1, onderdeel c Uitv.reg. S&E.

³⁰⁹ Volgens de wetgever strookt een dergelijk ruim stakingsbegrip binnen de voortzettingseis van de BOF met het uitgangspunt dat de verkrijger de oorspronkelijke onderneming moet continueren. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103-104 en Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619.

gewaarborgd, terwijl in Vlaanderen de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid in zijn algemeenheid voorop staat.

Voorts kan hier mijns inziens de parallel worden getrokken met de verkrijger van beleggingsvermogen die dat op korte termijn zal investeren in een onderneming. Tijdens de parlementaire behandeling is er meermaals voor gepleit de BOF ook open te stellen voor deze verkrijgers.³¹⁰ De staatssecretaris heeft een dergelijke uitbreiding echter steeds afgewezen. In die situatie staat de heffing van schenk- en erfbelasting immers niet aan de continuïteit van een verkregen onderneming in de weg. De staatssecretaris heeft daarbij steeds benadrukt dat een faciliteit wordt verleend om de continuïteit van de *verkregen* onderneming te waarborgen.³¹¹ Het is in dat opzicht ook logisch dat het *die* onderneming is die moet worden voortgezet. Mijns inziens geldt hiervoor dezelfde redenering als bij de omschreven ‘ruil’ van ondernemingen. Gezien de ratio van de faciliteit is het dus noodzakelijk dat het ook de persoon van de verkrijger is die de onderneming voortzet.

6.2.2 Verplaatsing onderneming

Ook de verplaatsing van de onderneming kan leiden tot staking in de inkomstenbelasting. Ongeacht of bij die verplaatsing een beroep kan worden gedaan op art. 3.64 Wet IB 2001, leidt dit tot intrekking van de BOF als eenmaal vaststaat dat de verplaatsing leidt tot staking. In dat geval staat immers vast dat niet langer de oorspronkelijke onderneming wordt voortgezet. Hiervoor geldt dezelfde ratio als bij de verkoop van de onderneming gevolgd door de aanschaf van een nieuwe.³¹² Ook hier geldt eventueel enkel de uitzondering dat de onderneming vanwege overheidsingrijpen is verplaatst ten gevolge waarvan een staking wordt geconstateerd.³¹³ In fiscale zin is deze situatie dus identiek aan de verkoop van een onderneming gevolgd door de start van een nieuwe.

6.2.3 Wijzigen aard van onderneming

Er is ook sprake van staking als de verkrijger de aard (lees: de economische identiteit) van de onderneming wijzigt.³¹⁴ De eis dat de verkrijger winst moet blijven genieten uit de *oorspronkelijke* onderneming, wordt door de rechter vrij stringent uitgelegd. Zo oordeelde de rechtbank in 2014 dat de BOF in de onderhavige casus volledig moest worden ingetrokken omdat de opvolger de melkveetak van de onderneming verkocht en zich enkel ging toeleggen op de maïs- en grasteelt. Deze activiteiten werden weliswaar reeds verricht in de onderneming, maar tot het moment dat de melkveetak werd afgestoten, diende de maïs- en grasteelt als voeder voor het eigen (melk)vee. De aard van de onderneming wijzigde hierdoor volgens de rechter, waardoor niet langer de oorspronkelijke onderneming werd voortgezet.³¹⁵ Hoewel feitelijk slechts een onderdeel van de onderneming werd verkocht, werd de faciliteit volledig teruggenomen omdat de aard van de onderneming ten gevolge van de verkoop wijzigde, hetgeen een staking voor de inkomstenbelasting betekende. De rechter maakte uit de toelichting bij art. 10 Uitv.reg. S&E op dat de wetgever bedoeld heeft dat vanuit de specifieke aard van de BOF gezien de faciliteit dan (volledig) moet vervallen. Onder andere De Beer maakt hieruit op dat de opvolger slechts in zeer beperkte mate de ruimte heeft de aard van de ondernemingsactiviteiten te wijzigen.³¹⁶

Toch is het begrijpelijk dat de BOF hierbij aansluit. Als de identiteit van de onderneming dusdanig is veranderd dat in de inkomstenbelasting een staking wordt geconstateerd, kan immers niet langer

³¹⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 15

³¹¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 25-27.

³¹² Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 3.1.2 (geraadpleegd 19 juni 2019).

³¹³ Art. 10, lid 1, onderdeel c Uitv.reg. S&E.

³¹⁴ Zie onder andere HR 19 maart 2010, *BNB* 2010/214.

³¹⁵ Rechtbank Gelderland 8 mei 2014, *V-N* 2014/36.3.1.

³¹⁶ A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 2.1.

worden gesteld dat de *oorspronkelijk* verkregen onderneming wordt voortgezet.³¹⁷ De continuïteit daarvan hoeft dan ook niet langer te worden gewaarborgd. Het kan vanuit het oogpunt van de ondernemer weliswaar beperkend aanvoelen, maar vanuit de ratio van de BOF is dit een begrijpelijk aanknopingspunt om de faciliteit te laten vervallen. Wel ben ik van mening dat hierdoor de volledige faciliteit komt te vervallen een zwaardere ‘sanctie’ is dan volgens de ratio van de BOF nodig zou zijn. Als de onderneming immers in afgeslankte vorm zou worden voortgezet, zonder dat de aard van de onderneming zou wijzigen, zou slechts een gedeeltelijke staking worden geconstateerd ten gevolge waarvan de BOF gedeeltelijk zou vervallen (zie paragraaf 6.3 hierna). Nu door het afstoten van bepaalde activiteiten de aard van de onderneming is gewijzigd, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling volledig, terwijl de verkrijger voor een gedeelte dezelfde activiteiten blijft ontplooien. Het past binnen de ratio van de BOF als voor dat gedeelte de voorwaardelijke vrijstelling niet vervalt. Hier zou mijns inziens de parallel moeten worden getrokken met de gedeeltelijke staking als gevolg van een zelfstandig onderdeel van de onderneming.

6.2.4 Verhuren onderneming

Als de opvolger de verkregen onderneming gaat verhuren, is voor de inkomstenbelasting geen sprake van staking, maar van voortgezet ondernemerschap.³¹⁸ Toch wordt dan niet voldaan aan de voortzettingseis van de BOF, omdat niet de oorspronkelijk verkregen onderneming wordt voortgezet, maar de verkrijger zich enkel nog bezighoudt met vermogensbeheer (beleggen). Hierdoor houdt de verkrijger op winst te genieten uit de verkregen onderneming zoals bedoeld in art. 35e, lid 1, onderdeel a SW 1956.³¹⁹ Dit past binnen de ratio van de BOF.

6.2.5 ‘Terugtrekken’ van ondernemer naar medegerechtigde

De verkrijger van een IB-onderneming mag niet ‘terugtrekken’ van ondernemer naar medegerechtigde.³²⁰ Een dergelijke uitzondering is wel opgenomen voor de bezitsei.³²¹ Deze houdt in dat bij de omzetting van ondernemerschap naar medegerechtigde geen nieuwe bezitstermijn gaat lopen.³²² Volgens onder andere Heithuis is het vreemd dat een dergelijke uitzondering niet geldt in de voortzettingsperiode. Vanuit de ratio van de regeling bezien is het echter logisch dat een dergelijke uitzondering enkel in de bezitstermijn is opgenomen. De medegerechtigdheid wordt immers alleen gefacilieerd als deze is ontstaan uit écht ondernemerschap en vervolgens door een échte ondernemer wordt verkregen. De

³¹⁷ Zie over dit ‘identiteitscriterium’ de noot van N.M. Ligthart onder HR 19 maart 2010, *NTFR* 2010/719.

³¹⁸ Zie HR 26 januari 1955, *BNB* 1955/216 (m.nt. Wisselink) voor vaste ‘verhuurjurisprudentie’. In *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 127 is aangegeven dat de in dit arrest geformuleerde rechtsregel ook na invoering van de Wet IB 2001 nog steeds van kracht is. In latere jurisprudentie is bevestigd dat de verhuurder van een onderneming ondernemer blijft in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001. Zie Hof Arnhem 22 oktober 2008, *V-N* 2011/8.9. Dit oordeel wordt in de literatuur bekritiseerd omdat de verhuurder geen ondernemersrisico loopt. Deze voldoet immers niet aan het verbondenheidscriterium dat per 1 januari 2001 in art. 3.4 Wet IB 2001 is opgenomen. De vraag rijst zelfs of de verhuurder wel kwalificeert als medegerechtigde. Zie A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 2.4 en *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.3.C.j (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

³¹⁹ Zie Rechtbank Den Haag 21 januari 2016, *V-N* 2016/39.21, r.o. 12. Onder andere De Beer concludeert echter, in tegenstelling tot het oordeel van de rechtbank, dat de verhuurder als gevolg van de invoering van het verbondenheidscriterium in de Wet IB 2001 niet langer kwalificeert als ondernemer en dat de faciliteit uit dien hoofde al moet worden teruggenomen. De uitkomst is in beide visies dus hetzelfde, maar de onderbouwing verschilt. Zie A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdelen 2.4 en 3.4.2.

³²⁰ Dit blijkt letterlijk uit art. 35e, lid 1, onderdeel a SW 1956.

³²¹ Zie art. 9, lid 1, onderdeel c SW 1956.

³²² Zie E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 260 en 267, waarin hij opmerkt dat de termijnen niet bij elkaar mogen worden opgeteld, maar dat enkel geen nieuwe termijn gaat lopen voor de medegerechtigdheid als ten aanzien van het ondernemerschap reeds aan de vijf- respectievelijk eenjaartermijn is voldaan. De auteur is overigens van mening dat de wetttekst op dit punt te stringent uitwerkt. Hij vindt dat beide termijnen bij elkaar opgeteld zouden moeten worden.

medegerechtigdheid bestaat slechts tijdelijk, met het oog op de gefaseerde bedrijfsoverdracht. Het algemene uitgangspunt is dat de verkrijger de positie van de overdrager voortzet. Als dit een IB-onderneming betreft, is het dus logisch dat de verkrijger dit ondernemerschap niet mag afbouwen tot een medegerechtigdheid. Dit komt dus overeen met de doelstelling van de regeling. Vanuit het perspectief van rechtsvormneutraliteit is het overigens wel opmerkelijk dat eenzelfde bepaling niet volgt uit de letterlijke tekst bij de verkrijging van AB-aandelen. Dit betreft volgens De Beer vermoedelijk een omissie die dan ook zou moeten worden aangepast (zie paragraaf 8.4.2 hierna).³²³

6.2.6 Inbreng onderneming in kapitaalvennootschap

Als de verkrijger zijn verkregen onderneming inbrengt in een kapitaalvennootschap, is het niet langer de verkrijger, maar de vennootschap die winst uit de verkregen onderneming geniet. Deze situatie is volgens de wetgever het (school)voorbeeld van een situatie waarin de verkrijger de onderneming materieel gezien voortzet.³²⁴ Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever enkel een uitzondering heeft willen opnemen voor de situaties waarin de verkrijger als het ware ‘doorschuift naar zichzelf’. Hiervan is volgens de wetgever sprake als (I) de inbreng plaatsvindt tegen uitreiking van aandelen en (II) de verkrijger zijn gerechtigdheid tot de onderneming behoudt.³²⁵ Deze uitgangspunten heeft de wetgever bij de vormgeving van de uitzondering van art. 10, lid 1, onderdeel a Uitv.reg. S&E vervolgens vertaald naar de eisen dat enerzijds een beroep moet worden gedaan op de doorschuifregeling van art. 3.65 Wet IB 2001 (als waarborg dat de inbreng plaatsvindt tegen aandelen en niet tegen contanten) en anderzijds van enig aandeelhouderschap (als waarborg dat de verkrijger dezelfde gerechtigdheid tot de onderneming houdt).³²⁶

Door deze eisen komt de ruisende variant niet voor deze uitzondering in aanmerking. Hoewel in de parlementaire geschiedenis nooit expliciet als uitgangspunt is genoemd dat sprake moet zijn van een geruisloze inbreng, is de gedachte hierachter dat bij een ruisende inbreng een tegenprestatie wordt ontvangen door de inbrengende verkrijger. In de visie van de wetgever wordt alleen een uitzondering gemaakt als de verkrijger bij de wijziging van de juridische huls waarin de onderneming wordt gedreven geen contanten ontvangt.³²⁷ Die tegenprestatie hoeft echter niet noodzakelijkerwijs in contanten ontvangen te worden. Deze kan ook uit aandelen, een vordering, een stakingslijfrente et cetera bestaan. Het is dus opmerkelijk dat de wetgever geen onderscheid heeft gemaakt in de soort tegenprestatie die de inbrengende verkrijger ontvangt. Met Hoogeveen en De Beer ben ik van mening dat het niet van belang zou moeten zijn dat de wijziging van de juridische huls gepaard gaat met een doorschuifregeling in de Wet IB 2001 of Wet Vpb 1969.³²⁸ Het laten vervallen van deze eis past binnen de ratio van de BOF. Wel moet de gerechtigdheid tot de onderneming hetzelfde blijven.³²⁹ Deze redenering doet overigens opgeld bij alle reorganisatievormen (zie paragraaf 8.2.5 hierna).

Voorts wordt in de literatuur gesteld dat de eis van enig aandeelhouderschap een onnodig bezwarende voorwaarde is, omdat uitsluitend relevant zou moeten zijn of de verkrijger het volledige belang bij de

³²³ In gelijke zin A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, onderdeel 8.3.2.

³²⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46-47.

³²⁵ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 104. De enige uitzondering hierop is een (kleine) bijbetaling voor zover die is toegestaan in de doorschuifregeling in de inkomsten- of vennootschapsbelasting.

³²⁶ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4

³²⁷ Zie paragraaf 2.6 voor het toetsingskader waarin ik dit uitgangspunt heb omschreven.

³²⁸ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4

³²⁹ De huidige tekst van art. 10, lid 1, onderdeel a (en b) Uitv.reg. S&E verbiedt nu overigens niet dat het relatieve belang tot de onderneming bij inbreng (of terugkeer) wijzigt. Door te eisen dat de inbreng (of terugkeer) geruisloos moet plaatsvinden, wordt materieel wel deze eis gesteld. Zie E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Kluwer 2015, p. 181.

ingebrachte onderneming behoudt.³³⁰ Zolang de verkrijger het volledige belang behoudt, leidt een tegenprestatie, in welke vorm dan ook, immers uitsluitend tot een verschuiving van het vermogen van de verkrijger.³³¹ Van een realisatie zoals de wetgever die voor ogen stond – bijvoorbeeld door verkoop aan een derde – is in dat geval geen sprake.

Maar zelfs als de verkrijger wel contanten zou ontvangen, zou volgens De Beer de voorwaardelijke vrijstelling niet hoeven vervallen als de verkrijger zijn onderneming liquide maakt door deze te verkopen aan zijn ‘eigen’ vennootschap. Volgens de rechter kan de verkrijger de schenk- of erfbelasting dan betalen uit de liquiditeiten die hij uit die transactie ontvangt.³³² Er is echter geen sprake van werkelijke realisatie; het geld verschuift enkel van het vermogen van de vennootschap naar het privévermogen. Toch vervalt de voorwaardelijke vrijstelling. Met De Beer ben ik van mening dat het onderscheid met de verkrijger die geld op een bankrekening heeft staan hiermee erg dun wordt. De wetgever heeft namelijk bewust afgezien van een ‘vermogenstoets’ bij de vormgeving van de voortzettingsvereisten. De betalingscapaciteit van de verkrijger is dus volstrekt irrelevant. Althans, daar is volledig van geabstraheerd.³³³ Het is dan vreemd dat de wetgever bij de ruisende inbreng tegen contanten het ‘realisatieargument’ aanhaalt, terwijl de verkrijger de onderneming materieel voortzet, hij feitelijk niets realiseert en volledig gerechtigd blijft tot de onderneming.

6.2.7 Stakingsficties inkomstenbelasting

In de Wet IB 2001 is een aantal stakingsficties opgenomen. In die gevallen is geen sprake van een reguliere staking zoals ik hiervoor heb omschreven, maar wordt de onderneming, met het oog op claimbehoud in de inkomstenbelasting, *geacht* te zijn gestaakt zonder dat sprake is van een realisatiemoment.³³⁴ Hiervan is ingevolge art. 3.58, lid 1 Wet IB 2001 sprake bij de overgang van een onderneming als gevolg van overlijden.³³⁵ Ongeacht of een beroep wordt gedaan op de doorschuifregeling van art. 3.62 Wet IB 2001, geldt voor de BOF bij overlijden van de verkrijger een uitzondering die ertoe strekt dat de staking ten gevolge van overlijden van de verkrijger niet als gebeurtenis als bedoeld in art. 35e SW 1956 wordt aangemerkt. Onder voorwaarden kunnen de rechtsopvolgers ten aanzien van de resterende voortzettingstermijn in de plaats treden van de overleden verkrijger.³³⁶ Zoals ik in paragraaf 5.3.3 heb aangegeven, is dat in lijn met de ratio van de BOF.

Ook geldt ingevolge art. 3.59, lid 1 Wet IB 2001 een stakingsfictie bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap waartoe het vermogen van een onderneming behoort, anders dan door overlijden van de verkrijger. Ongeacht of in de inkomstenbelasting (verplicht) wordt doorgeschoven op grond van lid 2 van dat artikel, geldt voor de BOF dat van een gebeurtenis als bedoeld in art. 35e SW 1956 geen sprake is indien deze zich voordoet als gevolg van een overgang onder algemene titel krachtens huwelijksgemeenschapsrecht of bij een verdeling van de huwelijksgemeenschap binnen twee jaren nadat deze is ontbonden, mits het ondernemingsvermogen wordt toegescheiden aan de oorspronkelijke verkrijger.³³⁷ Voor de resterende voortzettingstermijn worden de rechtsopvolgers

³³⁰ A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.7.

³³¹ A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.7.

³³² Zie Rechtbank Zeeland-West Brabant 30 november 2018, nr. 17/677, r.o.4.12, *NTFR* 2019/846.

³³³ A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.7.

³³⁴ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.31.A (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

³³⁵ In de literatuur wordt overigens aangenomen dat overlijden een *reguliere* staking vormt. Zie onder andere M.J. Hoogeveen, ‘De zin en onzin van een doorschuifregeling voor de bedrijfsopvolging’, *WFR* 2000/1134, onderdeel 3.2, A.M.A. de Beer, ‘Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?’, *MBB* 2019/5-25, onderdeel 2.2 en *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.28.B.b (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019). Voor de (fictieve) staking als gevolg van overlijden kan overigens op grond van art. 3.62 Wet IB 2001 een beroep worden gedaan op een doorschuifregeling (niet-stakingsfictie), op basis waarvan de IB-claim wordt doorgeschoven naar de voortzetter(s).

³³⁶ Art. 10, lid 6 Uitv.reg. S&E.

³³⁷ Art. 10, lid 7 Uitv.reg. S&E.

krachtens huwelijksvermogensrecht geacht in de plaats te treden van de oorspronkelijke verkrijger. Dit is in lijn met de ratio van de BOF.

Voorts kan bij emigratie sprake zijn van een stakingsfictie. Als (een zelfstandig onderdeel van) de onderneming wordt verplaatst naar het buitenland, wordt in de inkomstenbelasting een fictieve staking geconstateerd. Art. 3.60 Wet IB 2001 bepaalt, kort gezegd, dat sprake is van een fictieve staking als vermogensbestanddelen van een in Nederland gedreven (zelfstandig onderdeel van een) onderneming worden overgebracht naar een buiten Nederland gedreven onderneming en de verkrijger gelijktijdig of daarna ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn. Als de verkrijger eerst emigreert en vervolgens de vermogensbestanddelen naar het buitenland overbrengt, wordt ingevolge art. 3.61 Wet IB 2001 een fictieve staking (eindafrekening) geconstateerd: op het moment dat de verkrijger ophoudt in Nederland uit de onderneming winst te genieten, worden alle voordelen uit de onderneming die niet reeds uit anderen hoofde in aanmerking zijn genomen, tot de jaarwinst gerekend. Deze stakingsfictie geldt dus onder andere voor de verkrijger die ten tijde van de verkrijging in het buitenland woont en vervolgens zijn onderneming overbrengt naar het buitenland. Voor beide situaties geldt in de inkomstenbelasting een fictieve staking omdat de ondernemer ophoudt in Nederland winst te genieten (zo de verplaatsing van de onderneming zelf niet al leidt tot staking als bedoeld in paragraaf 6.2.2). De BOF sluit aan bij deze stakingsficties. Dit past binnen de ratio van de BOF: ondanks dat de verkrijger in beide gevallen niet ophoudt uit de verkregen onderneming winst te genieten, hoeft vanuit het sociaal-economisch belang bezien niet langer de continuïteit van een *in Nederland* gedreven onderneming te worden gewaarborgd.

Voor de volledigheid merk ik op dat enkel de emigratie van de verkrijger niet leidt tot een fictieve staking. Dit laat zich als volgt verklaren. De BOF is enkel van toepassing voor de verkrijging van in Nederland gedreven ondernemingen.³³⁸ Waar de verkrijger woonachtig is, is in beginsel irrelevant.³³⁹ Als de verkrijger ten tijde van de verkrijging in Nederland woont en vervolgens gedurende de voortzettingsperiode emigreert, wordt in de inkomstenbelasting geen (fictieve) staking geconstateerd zolang de onderneming in Nederland gevestigd blijft. Enkel de wijze waarop de verkrijger in de inkomstenbelasting wordt betrokken verandert in dat geval. Hij wordt dan in plaats van binnenlands belastingplichtige als bedoeld in art. 2.1, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 voortaan als buitenlands belastingplichtige als bedoeld in onderdeel b van dat artikel in de inkomstenbelasting betrokken, mits de verkrijger winst blijft genieten uit de Nederlandse onderneming uiteraard. De BOF sluit hierbij aan.³⁴⁰ Omdat de verkrijger de verkregen Nederlandse onderneming onverkort voortzet, is het in lijn met de ratio van de BOF dat de voorwaardelijke vrijstelling niet vervalt. Hetzelfde geldt als de verkrijger ten tijde van de verkrijging reeds in het buitenland woont.

6.2.8 Oorzaak van staking irrelevant (ook bij faillissement)

Voor het 'stakingsverbod' is het irrelevant welke oorzaak aan de staking ten grondslag ligt. Het voortzettingsvereiste bepaalt simpelweg dat de faciliteit vervalt in alle gevallen waarin de onderneming (gedeeltelijk) niet wordt voortgezet. Dit is dus ook het geval als de oorzaak hiervan in het geheel buiten de invloedssfeer van de opvolger ligt.³⁴¹ Er zijn diverse bedrijfseconomische oorzaken denkbaar die aanleiding geven de onderneming noodgedwongen (gedeeltelijk) te staken, maar die de opvolger op het moment van de verkrijging niet heeft kunnen voorzien. Het meest pregnante voorbeeld hiervan is de situatie dat de onderneming binnen de voortzettingstermijn failliet gaat.

In de parlementaire behandeling in aanloop naar de wijzigingen per 1 januari 2010 is door de heer Omtzigt expliciet aan de staatssecretaris gevraagd hoe zal worden omgegaan met faillissementen tijdens

³³⁸ Art. 35c, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 verwijst immers naar art. 3.2 Wet IB 2001.

³³⁹ Bij de heffing van schenk- en erfbelasting wordt ingevolge art. 1, lid 1 SW 1956 aangeknoopt bij de woonplaats van de schenker of erflater.

³⁴⁰ Hiervoor is namelijk geen uitzondering opgenomen in art. 10 Uitv.reg. S&E.

³⁴¹ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 266.

de voortzettingsperiode.³⁴² De staatssecretaris heeft aangegeven dat een faillissement in beginsel leidt tot het verval van de faciliteit. De gedachte hierachter is dat bij staking als gevolg van een faillissement geen sprake meer is van continuïteitsproblemen die de wetgever moet oplossen. Die continuïteit is nu net verloren gegaan door het faillissement.³⁴³ Bovendien gaat een faillissement van een IB-onderneming altijd gepaard met het faillissement van de ondernemer in privé.³⁴⁴ Omdat de Belastingdienst in dat geval een 'gewone' concurrent schuldeiser is, wordt de belastingplichtige niet extra benadeeld door het intrekken van de faciliteit als gevolg van een faillissement. Na de afwikkeling van het faillissement zou de ondernemer dan ook niet langer geconfronteerd moeten kunnen worden met een belastingclaim uit hoofde van de BOF.

Als na het faillissement in overleg met de curator besloten wordt een doorstart te maken, wordt de onderneming in feite voortgezet en is geen sprake van een staking. Bij een doorstart ziet de staatssecretaris dan ook geen reden dat de BOF zou moeten vervallen, mits de oorspronkelijke verkrijger de onderneming voortzet.³⁴⁵ Dit is in lijn met de ratio van de BOF omdat de voortzetting slechts tijdelijk heeft stilgelegen. Wat de staatssecretaris volgens mij echter over het hoofd ziet, is dat de onderneming bij een doorstart per definitie in afgeslankte vorm wordt voortgezet. Enkel de 'gezonde' bedrijfsonderdelen worden immers voortgezet. Dit betekent dat bepaalde activa, contracten en/of personeel zijn verkocht, opgezegd respectievelijk ontslagen. Nu de doorstart van de onderneming volgens de staatssecretaris niet leidt tot het vervallen van de faciliteit, lijkt hij voorbij te gaan aan het feit dat een dergelijke duurzame inkrimping (of staking van een zelfstandig onderdeel van een onderneming) zonder faillissement onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een gedeeltelijke staking, hetgeen aanleiding geeft de BOF in zoverre in te trekken (zie paragraaf 6.3). Het technisch failliet laten gaan van de onderneming gevolgd door een doorstart van de 'gezonde' bedrijfsonderdelen wordt hiermee gunstiger behandeld dat het afstoten van bepaalde bedrijfsonderdelen zonder dat dit gepaard gaat met een faillissement. Hoewel men in de praktijk wellicht niet lichtzinnig zal omspringen met een (persoonlijk) faillissement en dit dus wellicht vooral een theoretische ongelijke behandeling is, lijkt mij dit niet in lijn met de ratio van de BOF.

Er zijn ook (andere) bedrijfseconomische redenen die aanleiding kunnen geven de onderneming (gedeeltelijk) te staken. Als de belangrijkste leverancier van de onderneming besluit niet langer te leveren kan dit bijvoorbeeld aanleiding zijn de onderneming noodgedwongen gedeeltelijk te staken.³⁴⁶ De BOF kent hiervoor geen uitzonderingen. De stelling kan worden ingenomen dat het voortzettingsvereiste in dergelijke gevallen te streng is en dat alleen de gevallen waarin de ondernemer de verkregen onderneming binnen de voortzettingstermijn overdraagt (vervreemdt) zouden moeten leiden tot het vervallen van de faciliteit.³⁴⁷ Bovendien is van oneigenlijk gebruik in dat geval geen sprake. Vanuit de ratio van de BOF bezien is het echter terecht dat de vrijstelling vervalt. Als de opvolging om welke reden dan ook ophoudt, verdwijnt in zoverre de noodzaak hiervoor een faciliteit te verlenen.³⁴⁸

³⁴² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 5.

³⁴³ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 46-47.

³⁴⁴ Strikt genomen is het niet de onderneming die failliet gaat, maar is sprake van een persoonlijk faillissement van de ondernemer. Dit is bij de AB-houder (doorgaans) niet het geval: het faillissement van het lichaam betekent niet noodzakelijkerwijs een persoonlijk faillissement. In dat geval wordt de AB-houder dus wel degelijk benadeeld. De redenering van de staatssecretaris gaat hier niet op. Wel ligt het in lijn met de ratio van de BOF dat bij een faillissement van de 'AB-onderneming' de continuïteit niet langer hoeft te worden gewaarborgd.

³⁴⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 5.

³⁴⁶ Voorbeeld ontleend aan E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 266.

³⁴⁷ Zie in dat kader E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 266.

³⁴⁸ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.4.0 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

6.3 Gedeeltelijk ophouden winst te genieten

6.3.1 Inleiding

Bij gedeeltelijke staking blijft de verkrijger IB-ondernemer, maar zet hij de IB-onderneming in een afgeslankte vorm voort.³⁴⁹ Ingevolge art. 35b, lid 6 SW 1956 wordt de faciliteit dan ingetrokken voor zover niet meer wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste, oftewel voor zover de onderneming is gestaakt. Niet bij iedere vervreemding van activa (en passiva) wordt een gedeeltelijke staking geconstateerd.³⁵⁰ Het voortzettingsvereiste geldt namelijk op het niveau van de onderneming, niet op het niveau van separate vermogensbestanddelen.³⁵¹ Er wordt in vier gevallen een gedeeltelijke staking geconstateerd:³⁵²

1. Overdracht of liquidatie van een gedeelte van de onderneming dat een zekere zelfstandigheid heeft;
2. Overdracht van vermogensbestanddelen die naar hun aard een zelfstandige onderneming *kunnen* vormen;
3. In een kort tijdsbestek duurzame belangrijke (lees: 30%) inkrimping van de onderneming; of
4. Afname van de (relatieve) gerechtigdheid tot de winst ten aanzien van de objectieve onderneming, bijvoorbeeld door het aangaan van een samenwerkingsverband.

Hierna behandel ik achtereenvolgens deze situaties, waarbij ik de onder sub 1 en 2 genoemde stakingsgronden gezamenlijk behandel.

6.3.2 Overdracht (of liquidatie) zelfstandig deel onderneming

Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld van een gedeeltelijke staking is de verkoop van een filiaal van de onderneming.³⁵³ Dat de winstcapaciteit van de gehele onderneming, ondanks de verkoop van het zelfstandige deel van de onderneming, eventueel op peil blijft, is overigens irrelevant bij deze toets.³⁵⁴ Dit geldt ook als een gedeelte van een onderneming dat naar zijn aard een zelfstandige onderneming *kan* vormen, wordt gestaakt.³⁵⁵ Het feit dat de koper met de door de verkrijger verkochte vermogensbestanddelen vervolgens een onderneming begint, onderbouwt uiteraard de stelling dat de betreffende vermogensbestanddelen naar hun aard een zelfstandige onderneming (kunnen) vormen.³⁵⁶

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat geen sprake is van gedeeltelijk staken als in onmiddellijke samenhang met de beëindiging van de exploitatie van (in dit voorbeeld) het filiaal, gelijksoortige activiteiten worden geëntameerd, waardoor de identiteit van de onderneming gelijk blijft, terwijl de bedrijfsomvang per saldo niet vermindert.³⁵⁷ Zolang de 'economische identiteit' van de onderneming

³⁴⁹ A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 2.1.

³⁵⁰ Voor de inkomstenbelasting wordt de bij die vervreemding behaalde winst (positief of negatief) doorgaans tot het normale jaarresultaat gerekend.

³⁵¹ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.28.B.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

³⁵² De eerste drie zijn als zodanig verwoord in HR 16 oktober 1985, *BNB* 1985/320. Het betreffen nadrukkelijk geen cumulatieve voorwaarden. Zie Hof Arnhem 3 november 2009, nr. 08/0006, 08/0044 en 08/0045, *V-N* 2010/14.11.

³⁵³ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.28.B.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

³⁵⁴ HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/313.

³⁵⁵ Zie HR 13 november 1968, *BNB* 1969/8 voor een arrest waarin de Hoge Raad oordeelde dat geen sprake was van een gedeeltelijke staking. In de zaak Hof Amsterdam 13 juni 1968, nr. 767/1967, *BNB* 1969/172 oordeelde het hof dat in die zaak wel sprake was van een gedeeltelijke staking.

³⁵⁶ Zie voor een voorbeeld in de jurisprudentie Hof Arnhem 29 mei 1986, nr. 1588/1983, *V-N* 6 december 1986.

³⁵⁷ Zie HR 18 januari 1984, *BNB* 1984/169 (concl. Van Soest, noot. J. Verburg) en HR 11 juli 1984, *BNB* 1984/311 (noot J. Verburg).

dezelfde blijft, wordt, afgezien van de overige stakingsgronden, dus voldaan aan het voortzettingsvereiste.³⁵⁸

6.3.3 Duurzame belangrijke inkrimping

Ingevolge HR BNB 1985/320 kan eveneens sprake zijn van een gedeeltelijke staking als de onderneming binnen een kort tijdsverloop in belangrijke mate en duurzaam is ingekrompen. Vast staat dat met 'in belangrijke mate' wordt bedoeld 30% of meer.³⁵⁹ Het gaat dan zowel om de omvang van het eigen vermogen in de onderneming als het verloop van de netto-exploitatie.³⁶⁰ Het lijkt mij voor de hand liggend dat de vergelijking moet worden gemaakt met het moment van verkrijging. Wat onder 'kort tijdsverloop' moet worden verstaan is overigens onduidelijk. Het zou voor de toepassing van de BOF niet vreemd zijn dit over een periode van vijf jaren te bezien.³⁶¹ Ten aanzien van de duurzaamheid geldt dat het erom gaat in hoeverre het aannemelijk is dat de verkrijger de onderneming slechts tijdelijk inkrimpt. De leeftijd van de verkrijger kan daarbij mede van belang zijn.³⁶²

Als deze en de vorige intrekkinggrond worden vergeleken met de Vlaamse continuïteitsvoorwaarde, moet worden geconstateerd dat Vlaanderen ook op dit punt een minder streng stakingsbegrip kent. Ook de Vlaamse continuïteitsvoorwaarde geldt weliswaar niet per vermogensbestanddeel, maar waar in Nederland wordt beoordeeld of de vermogensbestanddelen een zelfstandig onderdeel van een onderneming (zouden kunnen) vormen dan wel een duurzame belangrijke inkrimping ten opzichte van de verkregen onderneming wordt geconstateerd, wordt in Vlaanderen veel meer gekeken naar de overblijvende activiteit(en). Ongeacht welke activa worden verkocht en of er personeel zou worden ontslagen, wordt de gunstregeling niet ingetrokken zolang de verkrijger een reële economische activiteit blijft ontplooien.³⁶³ Waar de Nederlandse BOF de verkrijging als uitgangspunt neemt, kijkt de Vlaamse gunstregeling naar de (minimale) reële economische activiteit die wordt ontplooid. Dit verschil is mijns inziens te verklaren uit de verschillende doelstellingen van beide regelingen. De Vlaamse gunstregeling poogt veel meer de continuïteit van economische bedrijvigheid in zijn algemeenheid te waarborgen, terwijl de Nederlandse BOF specifiek gericht is op het waarborgen van de continuïteit van de verkregen onderneming. Als *die* onderneming vervolgens gedurende de voortzettingsperiode voor een gedeelte niet langer wordt voortgezet, vervalt logischerwijs in zoverre de BOF. Een verruiming op dit punt zou dan ook niet passen binnen de ratio van de BOF.

6.3.4 Inbreng van een onderneming in een personenvennootschap

Aangezien de Hoge Raad het stakingsbegrip benadert vanuit de objectieve onderneming, wordt ook een gedeeltelijke staking³⁶⁴ geconstateerd op het moment dat de ondernemer zijn IB-onderneming inbrengt

³⁵⁸ Zie A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.4.1, waarin onder andere wordt verwezen naar de aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws bij *V-N* 2016/39.21. De Beer is met de Redactie van mening dat de verkrijger in onderhavige casus het verkregen tuinbouwbedrijf voortzet zolang hij activiteiten blijft verrichten die vallen onder de definitie tuinbouw. Volgens hen gaat het voortzettingsvereiste niet zo ver dat de verkrijger exact dezelfde fruit- en groentesoorten moet blijven verbouwen. Uiteraard ligt hier een grijs gebied.

³⁵⁹ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.28.B.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

³⁶⁰ Deze rechtsregel van de Hoge Raad is toegepast in Hof 's Gravenhage 23 augustus 1991, nr. 5371/90, *V-N* 1992, p. 209. In deze zaak verkocht een binnenschipper zijn schip voor 418.000 gulden en kocht een nieuw schip voor 93.000 gulden, waarmee hij hogere exploitatieresultaten behaalde. Het eigen vermogen was bij deze vervanging niet gedaald. Het hof oordeelde dat geen sprake was van duurzame belangrijke inkrimping.

³⁶¹ Vakstudie Inkomstenbelasting art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 32.5.1 (geraadpleegd 11 juni 2019).

³⁶² Zie Hof Leeuwarden 22 december 1995, nr. 94/0836, *V-N* 1996, p. 1096.

³⁶³ Zie T. Dumont, 'Vlaams gunstregime voor de schenking of vererving van een familiebedrijf: de zienswijze van de fiscus', *Registratierechten* 2012, afl.4, 11-24 en T. de Greef, 'De regionale fiscale gunstregimes inzake de schenking en de vererving van (familiale) ondernemingen (eenmanszaken) en vennootschappen', *TEP* 2015, nr. 4, 340-425.

³⁶⁴ Strikt genomen is geen sprake van een gedeeltelijke staking, maar van een staking van een evenredig deel van de onderneming.

in een vof. De verkrijger staakt dan voor zover het economische belang (lees: het aandeel in de (over)winst) overgaat op de toetredende firmant.³⁶⁵ De voorwaardelijke vrijstelling vervalt voor zover winstgerechtigdheid tot de verkregen onderneming afneemt.³⁶⁶ Ook in de inkomstenbelasting leidt dit tot (gedeeltelijke) staking, maar voor het voortzettingsvereiste in de BOF is irrelevant of de heffing in de inkomstenbelasting al dan niet wordt uitgesteld op grond van een doorschuifregeling.³⁶⁷

6.3.5 Pro rata vervallen van faciliteit

Zowel voor de staking door overdracht van vermogensbestanddelen die een zekere zelfstandigheid (kunnen) hebben als voor de staking als gevolg van een duurzame belangrijke inkrimping geldt dat de faciliteit pro rata vervalt.³⁶⁸ Over de wijze waarop deze pro-rata berekening moet worden gemaakt, heeft de wetgever zich niet uitgelaten. Aangezien de wetgever bij de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap aansluit bij de (relatieve) winstgerechtigdheid, lijkt ook hier de winstgerechtigdheid een logisch criterium. Het gaat dan om de winstgerechtigdheid (in absolute zin) tot de objectieve onderneming. De omvang van de staking is dan te bepalen door de winst die toerekenbaar is aan het gestaakte zelfstandige gedeelte af te zetten tegen de winst van de totale onderneming ten tijde van de verkrijging.³⁶⁹

6.3.6 Knelpunten bij personenvennootschappen

6.3.6.1 Inleiding

In de praktijk (en fiscale literatuur) bestaat veel kritiek op het feit dat gedurende de voortzettingstermijn geen samenwerkingsverband kan worden aangegaan en een samenwerkingsverband niet kan worden ontbonden.³⁷⁰ Ook zijn er diverse knelpunten aan te wijzen die worden veroorzaakt door het feit dat bij het voortzettingsvereiste wordt aangesloten bij het aandeel in de (over)winst van de objectieve onderneming, terwijl bij het verlenen van de faciliteit wordt gekeken naar de waarde van het ondernemingsvermogen. Hierna ga ik in op enkele knelpunten die kunnen spelen in de voortzettingsperiode.

³⁶⁵ Zie onder andere HR 26 juni 1956, *BNB* 1957/267 en HR 4 november 1987, *BNB* 1988/31. Volgens De Beer moeten alle winstcomponenten (jaarcijfer, jaarverlies, liquidatiewinst en liquidatieverlies) in de beoordeling worden betrokken om vast te stellen in welke mate het belang in de (over)winst is overgegaan. Wijzigingen van de arbeidsbeloning, rentevergoeding over de kapitaalrekening of vergoeding voor het gebruik van de niet-ingebachte bedrijfsmiddelen vallen daar dus niet onder. Zie A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 6.3.

³⁶⁶ Dit volgt uit art. 35e, lid 2 SW 1956. Voor de inkomstenbelasting is in die situatie overigens ook sprake van (gedeeltelijke) staking. Overigens kunnen bij de inbreng stille reserves worden voorbehouden, zodat op het moment van inbreng voor de inkomstenbelasting nog geen sprake is van een realisatiemoment in de zin van art. 3.25 Wet IB 2001 (goedkoopmansgebruik), maar dat doet niet af aan het stakingsmoment. Enkel de heffing over de stakingswinst wordt uitgesteld tot het moment van realisatie.

³⁶⁷ Zie BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.1. Hetzelfde geldt als bij de inbreng gebruik is gemaakt van de doorschuifregeling van art. 3.63 Wet IB 2001.

³⁶⁸ Zie art. 35e, lid 1, onderdeel a juncto art. 35b, lid 6 SW 1956.

³⁶⁹ A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 3.3. De auteur merkt op dat tussen de mate van winstgerechtigdheid en het aandeel in het ondernemingsvermogen niet noodzakelijkerwijs een verband bestaat. Als een moeder een onderneming bestaande uit twee filialen schenkt aan haar dochter, waarbij filiaal 1 een waarde heeft van 1.200 en filiaal 2 van 800, maar beide even winstgevend zijn, en dochter vervolgens één filiaal overdraagt, vervalt de vrijstelling voor 50%, ongeacht welk filiaal ze verveemdt. Bij het voortzettingsvereiste staat immers de mate waarin de winstgerechtigdheid overgaat centraal. De waarde van het verkregen ondernemingsvermogen is enkel relevant bij het verlenen van de faciliteit.

³⁷⁰ W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen & J.O.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Oers 2009, p. 37-38.

6.3.6.2 Bedrijfseconomisch gewenste 'fusie' niet mogelijk

Als eerste knelpunt kan worden genoemd dat de voorwaardelijke vrijstelling op grond van art. 35e, lid 2 SW 1956 vervalt als de verkregen onderneming in de voortzettingsperiode wordt ingebracht in een personenvennootschap, althans voor zover de winstgerechtigdheid overgaat op een ander.³⁷¹ Hiervoor kan begrip worden opgebracht in het geval de verkrijger de onderneming bijvoorbeeld inbrengt in een vof, terwijl de andere firmant slechts arbeid inbrengt. Als die laatste firmant hiervoor een winstrecht krijgt, draagt de verkrijger immers een deel van zijn belang in de onderneming over aan een derde. Vanuit de ratio van de BOF bezien, is het dan gerechtvaardigd dat een overeenkomstig gedeelte van de vrijstelling vervalt.

Maar stel nu dat twee ondernemers hun (gelijkwaardige) IB-ondernemingen vanuit zuiver bedrijfseconomische overwegingen, zoals schaalvergroting (het vergroten van de productiecapaciteit), het verstevigen van de concurrentiepositie of vergroting van het winstpotentieel, willen 'fuseren' door een vof aan te gaan. Ze brengen beiden hun onderneming en hun arbeid in, worden beiden voor hetzelfde bedrag (de waarde van hun inbreng) gecrediteerd op de vof-balans en worden ieder voor de helft gerechtigd tot de winst uit die vof. In absolute zin geven zij dan geen winstgerechtigdheid prijs. Sterker nog, het doel van de samenwerking is nu juist dat er voor beide firmanten méér winst overblijft. Toch vervalt voor hen beiden de vrijstelling voor 50% omdat een gedeeltelijke staking wordt geconstateerd.³⁷²

In de fiscale literatuur wordt erop gewezen dat de constatering van een gedeeltelijke staking een vreemde uitkomst is.³⁷³ Het '(gedeeltelijk) staken' veronderstelt immers dat de activiteiten verminderen (of de aard van de onderneming wijzigt), terwijl de samenwerking juist wordt aangegaan om de activiteiten en opbrengsten te *vermeerderen*.³⁷⁴ Voorts is sprake van een bedrijfseconomisch wenselijke samenwerking en neemt het belang van de voortzetters bij de totale onderneming niet af. Bovendien ontvangen de inbrengers geen vergoeding voor de door hen ingebrachte onderneming. Ze realiseren dus niets.³⁷⁵ Het is dan ook vreemd dat de vrijstelling gedeeltelijk vervalt op het moment dat de verkrijger een samenwerkingsverband aangaat teneinde de continuïteit van zijn onderneming te waarborgen, terwijl het een faciliteit betreft die de continuïteit van de onderneming nu juist tracht te waarborgen.³⁷⁶

Dat een (gedeeltelijke) staking wordt geconstateerd, is te verklaren uit het feit dat de Hoge Raad het stakingsbegrip benadert vanuit de winstgerechtigdheid tot de objectieve onderneming. Door de samenwerking staan beide firmanten de helft van hun gerechtigdheid tot de winst in de objectieve onderneming af aan de andere firmant.³⁷⁷ Vóór de 'fusie' waren beide firmanten 100% gerechtigd tot de objectieve onderneming, maar nadien (uiteraard) nog maar voor 50%; beide firmanten worden voor de helft gerechtigd tot de winsten van de andere onderneming en zijn bereid hiervoor een navenant

³⁷¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103-104.

³⁷² Voorbeeld ontleend aan A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 6.1. Omdat de toetreders (ook) zijn arbeid inbrengt, kan een synergievoordeel worden behaald doordat (bijvoorbeeld) de productiecapaciteit van de huidige onderneming optimaler kan worden benut.

³⁷³ Zie bijvoorbeeld N.C.G. Gubbels, 'Besluit Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WPNR* 2004/6580, par. 3.2.

³⁷⁴ Zie in dat opzicht Giele en Vermeend, *De vennootschap onder firma*, zesde herziene druk, Deventer: Wolters Kluwer 1993, p. 75-76 en A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 6.1.

³⁷⁵ Zie T.C. Hoogwout, 'Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FTV* 2011/5-23, onderdeel 12 en T.C. Hoogwout, 'Wensen voor een nieuw beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FBN* 2012/9-48.

³⁷⁶ Zie onder andere A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4 en N.C.G. Gubbels, 'Besluit Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WPNR* 2004/6580, par. 3.2.

³⁷⁷ Ondanks dat beide objectieve ondernemingen voortgezet blijven worden (als zijnde één objectieve onderneming), staken beide firmanten voor de helft hun subjectieve onderneming. Die helft wordt feitelijk immers door de andere firmant voortgezet.

gedeelte van de gerechtigdheid tot de winst van hun eigen onderneming in te leveren.³⁷⁸ Omdat hierdoor een aandeel in de (over)winst verschuift, is feitelijk dus wel degelijk sprake van een beperking van de gerechtigdheid tot de winst in de verkregen onderneming en wordt, vanwege het 'kruislingse belang' dat beide firmanten in elkaars onderneming hebben, feitelijk een ander gerechtigd tot de winst.³⁷⁹ De voorwaardelijke vrijstelling vervalt dan ten aanzien van het gedeelte van de IB-onderneming dat niet langer door de persoon van de verkrijger wordt voortgezet.

Deze formalistische benadering werkt mijns inziens te beperkt uit. Met onder andere De Beer, Gubbels, Hoogeveen en Hoogwout ben ik van mening dat voldoende moet zijn dat het (absolute) belang bij de objectieve onderneming bij de verkrijger gelijk blijft; in voornoemd voorbeeld vormt de 50%-gerechtigdheid van beide firmanten het equivalent van de 100%-gerechtigdheid van voor de inbreng.³⁸⁰ Dit past (beter) binnen de doelstelling van de BOF en zou mijns inziens eenvoudig gerealiseerd kunnen worden door specifiek ten aanzien van het aangaan van een samenwerkingsverband een uitzondering op te nemen in de uitvoeringsregeling die ertoe strekt dat op dit punt niet wordt aangesloten bij het stakingsbegrip in de inkomstenbelasting dat kijkt naar de winstgerechtigdheid in de objectieve onderneming (relatieve winstgerechtigdheid), maar aansluit bij de winstgerechtigdheid ten aanzien van de subjectieve onderneming (absolute winstgerechtigdheid).

Een ander argument hiervoor is dat mijns inziens de parallel kan worden getrokken met de situatie waarin een zelfstandig deel van de verkregen onderneming wordt verkocht en met de daaruit verkregen liquide middelen een nieuw zelfstandig onderdeel van een onderneming wordt gekocht die dezelfde economische identiteit heeft als het verkochte zelfstandige onderdeel van de onderneming (paragraaf 6.3.2). Bij de verkoop van vermogensbestanddelen die een zelfstandig gedeelte van een onderneming (kunnen) vormen, wordt immers slechts een (gedeeltelijke) staking geconstateerd als het aangeschafte zelfstandige onderdeel van een onderneming naar haar aard niet vergelijkbaar is (lees: economisch niet dezelfde identiteit heeft) met het verkochte zelfstandige onderdeel van de onderneming. Als daarentegen in onmiddellijke samenhang met de beëindiging van de exploitatie van het zelfstandige gedeelte van de onderneming gelijksoortige activiteiten worden geëntameerd (gestart), waardoor de identiteit van de onderneming gelijk blijft, terwijl de bedrijfsomvang per saldo niet vermindert, is geen sprake van een staking.³⁸¹ Dit zou *in ieder geval* moeten gelden voor de 'fusie' van IB-ondernemingen met dezelfde economische identiteit. Voor de 'fusie' van twee ondernemingen die een andere economische identiteit hebben, gaat deze redenering uiteraard niet op. Desondanks ben ik om de hiervoor genoemde redenen van mening dat de ratio van de BOF zich er niet tegen verzet om ook hiervoor een uitzondering op te nemen, voor zover de winstgerechtigdheid van de inbrenger *per saldo* geen wijziging ondergaat.³⁸²

6.3.6.3 Bedrijfseconomisch gewenste 'opsplitsing' niet mogelijk

Ook de tegenovergestelde situatie leidt overigens tot staking. Dit speelt bijvoorbeeld als een vof gedurende de voortzettingsperiode wordt opgesplitst in verschillende ondernemingen die door de

³⁷⁸ A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 6.1.

³⁷⁹ A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 6.1.

³⁸⁰ Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4 en A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 6.4.

³⁸¹ Zie HR 18 januari 1984, nr. 22 127, *BNB* 1984/169 (concl. Van Soest, noot. J. Verburg) en HR 11 juli 1984, nr. 22 219, *BNB* 1984/311 (noot J. Verburg).

³⁸² Het gaat dan dus specifiek om de situatie waarin een samenwerkingsverband wordt aangegaan door inbreng van de IB-onderneming. Dat is vanuit bedrijfseconomisch perspectief een andere situatie dan de overdracht van een belang in de onderneming aan de toetreders tegen een vergoeding in contanten. Het voortzettingsvereiste in de BOF maakt tussen die twee situaties nu echter geen onderscheid. In beide gevallen wordt gekeken naar de relatieve omvang van de winstgerechtigdheid, terwijl in de eerste geval de winstgerechtigdheid van de inbrenger per saldo niet wijzigt.

(voormalige) firmanten afzonderlijk worden voortgezet als eenmanszaken. Stel dat twee firmanten in de rechtsvorm van een vof een onderneming drijven die bestaat uit twee filialen. Hoewel de subjectieve ondernemingen van beide vennoten dan bestaan uit een evenredig deel in beide filialen, wordt bij beide firmanten een gedeeltelijke staking geconstateerd als zij de vennootschap ontbinden en aan beide firmanten een filiaal wordt toebedeeld dat zij beiden als eenmanszaak voortzetten. Beide firmanten dragen fiscaal gezien immers een evenredig deel van de eigen subjectieve onderneming over aan de ander, hetgeen bij beide firmanten leidt tot (gedeeltelijke) staking van de subjectieve onderneming.³⁸³

Ook in deze situatie vind ik deze formalistische benadering te beperkend uitwerken en verzet de aard van de BOF zich ertegen dat hier zonder meer een gedeeltelijke staking wordt geconstateerd. Als beide (ex-)firmanten hun filiaal voortzetten, komt het mijns inziens niet in strijd met de ratio van de BOF hiervoor een uitzondering op te nemen. *Schaalverkleining* kan bovendien vanuit bedrijfseconomisch perspectief wenselijk zijn omdat beide ondernemers dan autonomie verkrijgen over hun onderneming. Dit kan de winstgevendheid verhogen. Ondanks dat beide firmanten nog slechts een gedeelte van de oorspronkelijke objectieve onderneming voortzetten, lijdt de absolute winstgerechtigdheid hier niet onder. Ze doen weliswaar afstand van het gedeelte van de onderneming dat de andere firmant voortzet, maar zolang na de gelijkwaardige splitsing sprake is van twee separate ondernemingen en de beide (ex-)firmanten die onderneming blijven voortzetten, verzet de aard van de BOF zich niet tegen het in stand laten van de faciliteit. Als sprake is van een niet-evenredige 'opsplitsing' en een van de firmanten hiervoor een bijbetaling ontvangt van de andere firmant, dient de voorwaardelijke vrijstelling voor dat gedeelte te vervallen. Feitelijk koopt de ene firmant de andere firmant voor dat gedeelte immers uit.

Opvallend is overigens dat een dergelijke 'opsplitsing' wel kan plaatshebben als een beroep kan worden gedaan op art. 35f SW 1956 (zie paragraaf 8.2.5.6 hierna). Dat artikel bepaalt (onder andere) dat voor de BOF rekening wordt gehouden met de verdeling van de nalatenschap, mits die verdeling heeft plaatsgevonden binnen twee jaren na het overlijden van de erflater (lid 1 en 3). Zonder deze bepaling zou bij de verdeling van een nalatenschap een deel van de faciliteiten verloren gaan als bepaalde erfgenamen niet wensen voort te zetten. Voor het gedeelte van het ondernemingsvermogen dat de voortzettende erfgenamen verkrijgen van hun niet-voortzettende mede-erfgenamen is de BOF in beginsel niet van toepassing. Dat gedeelte van het ondernemingsvermogen wordt immers niet verkregen van de overdrager. Ingevolge art. 35f SW 1956 geldt hiervoor een uitzondering, mits de verdeling van die nalatenschap (in beginsel) heeft plaatsgevonden binnen twee jaren na het overlijden (lid 3). De faciliteiten komen hierdoor volledig toe aan de voortzetter.³⁸⁴ Door binnen twee jaren na overlijden van de erflater de nalatenschap dusdanig te verdelen dat het ene filiaal aan de ene verkrijger en het andere filiaal aan de andere verkrijger wordt toebedeeld, kan onder de werking van art. 35f SW 1956 de gewenste 'opsplitsing' worden bereikt zonder dat de BOF vervalt. Ik zie niet in waarom een dergelijke 'opsplitsing' niet ook kan plaatshebben in de hiervoor omschreven situatie.

6.3.6.4 Oneigenlijk gebruik bij personenvennootschappen

Als de verkrijger van een vof-aandeel op het moment van verkrijging reeds firmant was in die vof, kan oneigenlijk gebruik plaatsvinden. Stel dat moeder, dochter en een derde samen een vof drijven, waarin de winstgerechtigdheid van moeder 40%, van de dochter 59% en van de derde 1% bedraagt. Als moeder haar vof-aandeel schenkt aan haar dochter, zou dochter het 40%-pakket van haar moeder vanuit de ratio

³⁸³ Zie HR 24 juni 1959, *BNB* 1960/1. De Hoge Raad oordeelde in een soortgelijke casus dat sprake was van staking omdat het evenredige aandeel in het vennootschappelijke ondernemingsvermogen een zelfstandig ondernemingsdeel vormde. Overigens werd alleen de bijbetaling die de ene firmant aan de andere moest betalen omdat de filialen niet hetzelfde waard waren als stakingswinst belast. Zie H.J. de Kluiver en I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Preadvies KNB), Amersfoort: SDU 2005, p. 49.

³⁸⁴ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.5.0.A (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

van de BOF gezien gedurende vijf jaren moet voortzetten.³⁸⁵ Omdat het verkregen vof-aandeel op het moment van verkrijging echter 'vermengt' met het aandeel dat zij reeds in haar bezit had en de voortzettingseis niet ziet op haar firma-aandeel, kan hier oneigenlijk gebruik optreden.³⁸⁶ Door de verwoording van art. 35e, lid 2 SW 1956 wordt de faciliteit namelijk slechts teruggenomen voor zover de winst door het aangaan van het samenwerkingsverband verder afneemt dan het aandeel waarin de dochter reeds gerechtigd was voor de verkrijging. Nu de dochter reeds voor 59% gerechtigd was tot de winst van de vof, rust op het 40%-pakket dat ze van haar moeder verkrijgt feitelijk geen voortzettingseis. Direct na de schenking zou de dochter het 40%-pakket dus kunnen doorverkopen aan (bijvoorbeeld) de derde-participant. Er is dan niet-vrijgesteld beleggingsvermogen omgezet in kwalificerend ondernemingsvermogen voor de BOF. Dit past niet binnen de ratio van de BOF. Dergelijk oneigenlijk gebruik kan volgens De Beer worden opgelost door de schenking die "deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op overdracht door de verkrijger van (een gedeelte van) een belang in de firma ten minste gelijk aan het verkregen belang" uit te zonderen van deze toerekeningsmethodiek.³⁸⁷ Dit veronderstelt echter een voortzettingsintentie bij de verkrijger en juist de intentie is vanwege de harde vijfjaarstermijn niet van belang.

Dat het voortzettingsvereiste uitsluitend ziet op de omvang van het aandeel waarop de BOF is toegepast, heeft ook in de volgende situatie een opmerkelijke uitwerking. Stel dat moeder haar eenmanszaak met een waarde van € 100.000 wil schenken aan haar dochter en dat ze hiervoor een tegenprestatie zijn overeengekomen van € 40.000. Ingevolge art. 35b, lid 4 SW 1956 is de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen (lees: de grondslag van de BOF) € 100.000. Uiteraard vermindert de tegenprestatie de hoogte van de gift wel met € 40.000, maar de voortzettingseis ziet wel op 100% van de verkrijging. Op het moment van verkrijging is dat geen probleem, maar als de dochter vervolgens bijvoorbeeld 40% wil overdragen aan een derde wordt de faciliteit voor 40% van de netto-verkrijging van € 60.000 (€ 24.000) ingetrokken. Als moeder echter eerst een 40%-pakket had verkocht voor de werkelijke waarde van € 40.000 en vervolgens het resterende 60%-pakket zou hebben geschonken, geldt de voortzettingseis alleen ten aanzien van dit 60%-pakket. De BOF is dan in eerste instantie eveneens van toepassing op een verkrijging van € 60.000, maar het verschil is dat deze niet gedeeltelijk wordt teruggenomen op het moment van verkoop van het 40%-pakket. Op dat pakket zag de voortzettingseis immers niet.³⁸⁸ Deze ongelijkheid kan worden verholpen door de tegenprestatie niet uit de grondslag voor de BOF te elimineren.

6.4 Conclusie

De wetgever heeft aansluiting gezocht bij het 'IB-stakingsbegrip' en heeft hierop vervolgens bepaalde uitzonderingen gemaakt in die gevallen waarin de specifieke aard van de BOF daarom vraagt. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen volledige en gedeeltelijke staking. Bij liquidatie of overdracht van de onderneming past het binnen de ratio van de BOF dat de vrijstelling volledig vervalt. Dit geldt ook als de onderneming wordt verkocht en vervolgens wordt geherinvesteerd in een nieuwe onderneming. De positie van de overdrager wordt dan immers niet langer voortgezet. Dit is tevens aan de orde als de verkrijger de onderneming gaat verhuren of (anderszins) terugtreedt tot medegerechtigde. Dat de oorzaak van staking irrelevant is, is vanuit de ratio van de BOF goed te verklaren. De wetgever heeft namelijk altijd het waarborgen van de continuïteit van de verkregen onderneming vooropgesteld. Deze hoeft bijvoorbeeld bij een faillissement niet langer te worden gewaarborgd. Wel zie ik een mogelijke inconsistentie ingeval de onderneming bij een doorstart in afgeslankte vorm wordt voortgezet. Volgens de staatssecretaris vervalt de voorwaardelijke vrijstelling niet bij een doorstart, maar mijns inziens zou hier de parallel moeten worden getrokken met de intrekkinggronden bij een gedeeltelijke staking.

³⁸⁵ Dit voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 46.

³⁸⁶ Dat de belangen vermengen is bevestigd in *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 103.

³⁸⁷ Zie A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 8.1.

³⁸⁸ Voorbeeld ontleend aan A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25, onderdeel 8.2.

Ten aanzien van de inbreng van een IB-onderneming in een kapitaalvennootschap ben ik met onder andere De Beer en Hoogeveen van mening dat de eisen van een geruisloze inbreng en van enig aandeelhouderschap onnodig bezwarend zijn. Zelfs als de inbrenger zijn onderneming zou verkopen aan 'zijn' bv, zou de faciliteit vanuit de ratio bezien niet hoeven vervallen. Een vermogenstoets is namelijk nooit onderdeel geweest van de BOF. Het is dan vreemd dat de wetgever bij de ruisende inbreng tegen contanten het 'realisatieargument' aanhaalt, terwijl de verkrijger materieel niets realiseert en het belang bij de onderneming behoudt.

Dat de BOF aansluit bij de stakingsficties van artt. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 past binnen de ratio van de BOF. Als de verkrijger emigreert en de onderneming, of een zelfstandig onderdeel daarvan, overbrengt naar het buitenland hoeft vanuit het sociaal-economisch belang beredeneerd immers niet langer de continuïteit van de onderneming gewaarborgd te worden. Emigratie van de verkrijger is overigens geen probleem. Dit past binnen het uitgangspunt dat de heffing aanknoopt bij de woonplaats van de schenker en erflater.

Ten slotte vervalt de faciliteit ook (volledig) als de aard van de onderneming verandert. Op dit punt wordt mijns inziens ten onrechte een-op-een aangesloten bij het IB-stakingsbegrip. Het past beter binnen de ratio van de BOF in dat geval een gedeeltelijke staking te constateren, mits gedeeltelijk dezelfde activiteiten ontplooid worden als vóór de wijziging het geval was.

Daarnaast wordt in verschillende situaties een gedeeltelijke staking geconstateerd. Allereerst is dat het geval wanneer een gedeelte van de onderneming dat een zekere zelfstandigheid heeft, of kan hebben, wordt overgedragen (of geliquideerd). Dat de faciliteit dan ten dele vervalt, past binnen de ratio van de BOF. Dat gedeelte wordt immers niet langer voortgezet. Hetzelfde heeft te gelden bij de duurzame belangrijke inkrimping. De ratio van de BOF verzet zich er niet tegen dat voor deze stakingsgronden wordt aangesloten bij het IB-stakingsbegrip. Dit ligt evenwel anders bij het aangaan of het ontbinden van een samenwerkingsverband. De wetgever legt het IB-stakingsbegrip hier mijns inziens te formalistisch uit. In beide gevallen zou een meer materiële invulling passen binnen de ratio van de BOF. Dit zou zelfs meer kunnen bijdragen aan de doelstelling om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.

7 Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging medegerechtigdheid

7.1 Inleiding

Ingevolge art. 35b, lid 5 SW 1956 juncto art. 35e, lid 1, onderdeel b SW 1956 wordt de vrijstelling teruggenomen als de verkrijger binnen vijf jaren na de verkrijging ophoudt uit de verkregen medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten. Vanuit de doelstelling van de regeling bezien ligt het uiteraard voor de hand dat de staking van de medegerechtigdheid leidt tot intrekking van de faciliteit.³⁸⁹ Er zijn echter ook andere situaties denkbaar waarin de verkrijger volgens letterlijke lezing van de wettekst ophoudt winst te genieten uit de medegerechtigdheid, terwijl hij wel degelijk de onderneming voortzet. Omdat hier dezelfde terminologie wordt gebruikt als bij het voortzettingsvereiste ten aanzien van de verkrijging van een IB-onderneming, verwijs ik voor de toelichting van het stakingsbegrip naar het vorige hoofdstuk.³⁹⁰ Hierna beperk ik mij tot enkele specifieke onderwerpen aangaande het voortzettingsvereiste bij de verkrijging van een medegerechtigdheid.

7.2 ‘Promotie’ van medegerechtigde naar ondernemer

In paragraaf 3.3 heb ik toegelicht onder welke voorwaarden de verkrijging van een medegerechtigdheid kwalificeert voor de BOF. Daarbij heb ik aangegeven dat de medegerechtigdheid feitelijk een tussenfase vormt, waarna de overdrager zal uittreden doordat de overdrager zijn medegerechtigdheid schenkt of nalaat aan de opvolger.³⁹¹ De opvolger kan alleen een geslaagd beroep doen op de BOF als hij reeds als ondernemer (lees: beherend vennoot) betrokken is bij de onderneming.³⁹² De voortzettingseis bepaalt vervolgens dat die verkrijger gedurende vijf jaren na de verkrijging winst moet blijven genieten uit de verkregen medegerechtigdheid.

Het schoolvoorbeeld van een dergelijke gefaseerde bedrijfsoverdracht is de situatie waarin bijvoorbeeld moeder reeds een IB-onderneming dreef, maar gefaseerd terugtreedt door haar onderneming als commanditair kapitaal in te brengen in een besloten commanditaire vennootschap waarvan haar dochter (de beoogde bedrijfsopvolger) de beherend vennoot is. Als moeder vervolgens besluit haar deelgerechtigdheid in deze besloten commanditaire vennootschap te schenken aan haar dochter, kwalificeert die verkrijging bij de dochter voor de BOF omdat sprake is van een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 35c, lid 1 onderdeel b SW 1956.³⁹³ Toch houdt de dochter volgens letterlijke lezing van art. 35e, lid 1, onderdeel b SW 1956 onmiddellijk op *uit de verkregen medegerechtigdheid* winst te genieten, omdat ze direct na de schenking kwalificeert als ondernemer en niet als medegerechtigde. Een commanditaire vennootschap kan immers niet bestaan uit slechts één participant.³⁹⁴ Het voortzetten van de medegerechtigdheid is in dat voorbeeld dus per definitie niet mogelijk; de objectieve onderneming wordt (weer) gedreven in een eenmanszaak en de commanditaire vennootschap houdt op te bestaan.³⁹⁵ Dit kan de wetgever echter nooit bedoeld hebben omdat dit bij uitstek een voorbeeld is waarbij ondernemerschap wordt voortgezet.³⁹⁶ Sterker nog, dit is nu net de grondvorm die de wetgever blijkens de parlementaire behandeling voor ogen heeft gestaan bij het van toepassing verklaren van de BOF voor de medegerechtigde.³⁹⁷ Bovendien vindt er een upgrade plaats doordat de verkrijger de onderneming in plaats van medegerechtigde als ondernemer voortzet. Art. 35e, lid 1, onderdeel b SW 1956 zou

³⁸⁹ Zie E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 266 en 268.

³⁹⁰ BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.1.

³⁹¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 76, p. 7-8 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8-9.

³⁹² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

³⁹³ Mits uiteraard voldaan wordt aan de overige voorwaarden, zoals de bezitseis van art. 35d SW 1956.

³⁹⁴ Dit volgt uit art. 19, lid 1 Wetboek van Koophandel. Volgens Heithuis wordt de medegerechtigdheid geabsorbeerd door het ondernemerschap van de verkrijger. Zie E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Kluwer 2015.

³⁹⁵ Art. 10 Uitv.reg. S&E noch het BOR-Besluit 2013 biedt een uitzondering voor deze situatie.

³⁹⁶ A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOF-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, onderdeel 8.3.1.

³⁹⁷ Zie E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 268.

eenvoudig op dit punt kunnen worden aangepast door die bepaling aan te vullen met de tekst: “behoudens ingeval de verkrijger de medegerechtigdheid rechtstreeks voortzet als onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001;”

7.3 Winst blijven genieten uit de medegerechtigdheid

Ingeval de dochter van het in paragraaf 7.2 genoemde voorbeeld niet zelf, maar haar persoonlijke houdster beherend vennoot wordt in de besloten commanditaire vennootschap en zij vervolgens zelf de medegerechtigdheid erft of geschonken krijgt van haar moeder, blijft de commanditaire vennootschap, in tegenstelling tot dat voorbeeld – wel bestaan.³⁹⁸ Volgens letterlijke lezing van art. 35e, lid 1, onderdeel b SW 1956 wordt vervolgens niet geëist dat de persoonlijke houdster van de dochter ook gedurende de voortzettingsperiode beherend vennoot blijft. Het voortzettingsvereiste ziet immers enkel op de verkregen medegerechtigdheid. Ook op dit punt zou mijns inziens de wettekst dus moeten worden aangepast omdat de wetgever nu eenmaal voor ogen heeft gestaan dat de verkrijger van de medegerechtigdheid als *ondernemer* bij de onderneming betrokken blijft. Ten aanzien van de gefaseerde bedrijfsopvolging in geval van verkrijging van preferente aandelen is deze eis expliciet wel gesteld. Art. 35e, lid 4 SW 1956 bepaalt namelijk expliciet dat het voortzettingsvereiste ook geldt voor de gewone aandelen van de verkrijger die in het kader van de gefaseerde bedrijfsopvolging aan hem zijn uitgegeven (zie paragraaf 8.2.2 hierna). Op dit punt is dus ook geen rechtsvormneutraliteit bereikt. Dit betreft waarschijnlijk een omissie die zou kunnen worden opgelost door expliciet te bepalen dat de verkrijger gedurende de voortzettingsperiode direct of indirect als ondernemer betrokken moet blijven bij de onderneming.

Dezelfde situatie is aan de orde als de medegerechtigdheid niet is ontstaan uit een door de erflater of schenker gedreven IB-onderneming in de zin van een eenmanszaak, maar uit een IB-onderneming in de zin van een aandeel in een vof. Stel dat de moeder in het vorige voorbeeld samen met haar zoon een onderneming drijft in de rechtsvorm van een vof en dat moeder (gefaseerd) wenst terug te treden door haar vof-aandeel om te zetten in een medegerechtigdheid (commanditaire participatie), waarbij haar dochter beherend vennoot wordt. De vof wordt dan omgezet in een (besloten) commanditaire vennootschap, waarbij de moeder commanditair vennoot en haar zoon en dochter beiden beherend vennoot zijn. Als moeder haar medegerechtigdheid vervolgens schenkt of nalaat aan haar dochter, wordt de commanditaire vennootschap weer een vof omdat de medegerechtigdheid van de dochter als het ware wordt geabsorbeerd door het ondernemerschap uit hoofde van haar beherend vennootschap.³⁹⁹

Dit is evenwel anders als de persoonlijke houdster van de dochter de beherend vennoot is en de dochter de medegerechtigdheid verkrijgt. De commanditaire vennootschap blijft dan bestaan. Volgens letterlijke lezing van art. 35e, lid 1, onderdeel b SW 1956 hoeft zij dan eveneens enkel de medegerechtigdheid voort te zetten, omdat niet wordt geëist dat zij (indirect) als beherend vennoot bij de onderneming betrokken blijft. Direct na verkrijging van de medegerechtigdheid zou haar persoonlijke houdster het aandeel in de onderneming (lees: de participatie als beherend vennoot) kunnen verkopen zonder dat de BOF vervalt. Ook in deze situaties kan ik mij niet voorstellen dat de wetgever werkelijk bedoeld heeft dat de dochter enkel als medegerechtigde tot de onderneming betrokken hoeft te blijven.

7.4 Conclusie

De wettekst komt niet overeen met de bedoeling van de wetgever. Als de grondvorm wordt toegepast, kan de verkrijger de medegerechtigdheid per definitie niet voortzetten. De besloten commanditaire vennootschap kan immers niet langer voortbestaan als de verkrijger de enige gerechtigde is of zowel beherend als commanditair vennoot is. De wettekst zou op dit punt moeten worden aangepast.

³⁹⁸ Dit volgt uit art. 35c, lid 2, slotzin SW 1956.

³⁹⁹ Zie E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Wolter Kluwer, 2015.

Voorts kan de letterlijke wettekst ertoe leiden dat de BOF van toepassing is terwijl feitelijk geen sprake is van een bedrijfsopvolging. Het voortzettingsvereiste vereist immers uitsluitend dat de verkrijger de verkregen medegerechtigdheid voortzet. De verkrijger kan diens (indirecte) participatie als beherend vennoot na de verkrijging van de medegerechtigdheid (via de persoonlijke houdster) dus verkopen, terwijl de wetgever juist bedoeld heeft dat de verkrijger als ondernemer betrokken blijft bij de onderneming. Bij de gefaseerde bedrijfsoverdracht in de vorm van preferente aandelen heeft de wetgever een dergelijke eis expliciet wel gesteld. Ook op dit punt dient de wettekst dus te worden aangepast.

8 Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging vermogensbestanddelen die behoren tot een aanmerkelijk belang

8.1 Inleiding

Ten aanzien van de verkrijging van een aanmerkelijk belang gelden ingevolge art. 35e, lid 1, onderdeel c SW 1956 drie intrekingsgronden. Er wordt niet langer aan het voortzettingsvereiste voldaan als:

1. De verkrijger de vermogensbestanddelen (of een gedeelte van de daarin liggende rechten) vervreemdt;
2. De verkrijger vermogensbestanddelen omzet in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperkt; of
3. Het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben (gedeeltelijk) ophoudt uit de onderneming of medegerechtigdheid winst te genieten.

Eenzijds worden dus eisen gesteld aan de verkrijger (sub 1 en 2) en anderzijds aan het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang hield (sub 3).⁴⁰⁰ Ten aanzien van de eisen aan de verkrijger gaat het erom dat de wetgever voor ogen heeft gestaan dat de voorwaardelijke vrijstelling vervalt voor zover de verkrijger niet langer volledig als ondernemer bij de onderneming (in de bv) betrokken blijft. Vanuit de ratio van de BOF bezien, zou iedere afname van de gerechtigdheid van de verkrijger op toekomstige winsten of op de waardeontwikkeling van de verkregen aandelen in beginsel dus moeten leiden tot intrekking van de faciliteit.⁴⁰¹

Hierna analyseer ik per intrekingsgrond in hoeverre het voortzettingsvereiste in lijn ligt met de ratio van de BOF en in hoeverre aanpassing noodzakelijk dan wel gewenst is, gegeven het omschreven toetsingskader.

8.2 Intrekingsgrond 1: vervreemding aandelen of daarin liggende rechten

8.2.1 Algemeen

De eerste intrekingsgrond houdt in dat de verkrijger de verkregen aandelen niet mag vervreemden. Voor het begrip 'vervreemden' wordt in beginsel aangesloten bij het vervreemdingsbegrip zoals dat geldt voor de AB-regeling.⁴⁰² Onder vervreemden worden dus ook de fictieve vervreemdingen verstaan als bedoeld in art. 4.16, lid 1 Wet IB 2001. Het vervreemdingsbegrip is vervolgens enigszins ingeperkt in art. 35e, lid 3 SW 1956 door bepaalde fictieve vervreemdingen uit te sluiten. In paragraaf 8.2.2 ga ik in op deze fictieve vervreemdingen en de uitsluitingen.

⁴⁰⁰ De eis dat sprake is van AB-aandelen geldt alleen ten aanzien van de erflater of schenker. De aandelen hoeven bij de verkrijger daarentegen niet tot een (fictief) AB te behoren. Ingevolge art. 35e, lid 3 SW 1956 gelden voor die aandeelhouder dezelfde voortzettingsbepalingen.

⁴⁰¹ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 6.1.3 (geraadpleegd 19 juni 2019).

⁴⁰² Het gaat daarbij zowel om de echte vervreemding als om bepaalde fictieve vervreemdingen. Onder een echte vervreemding wordt ingevolge HR 10 februari 1960, *BNB* 1960/123 verstaan elke obligatoire overeenkomst die een kwantitatief of kwalitatief deel van het complex van rechten en verplichtingen dat in de aandelen is belichaamd uit het vermogen van het lichaam waarin een AB wordt gehouden doet verdwijnen. De (rechts)handeling waarbij een deel van het in het AB belichaamde complex van rechten en verplichtingen overgaat op een ander dient daarbij definitief te zijn. Het economische belang bij het AB rust vanaf dat vervreemdingsmoment bij de koper. Dat is dan ook het moment waarop de voortzettingstermijn aanvangt. Zie Vakstudie Successiewet art. 35e, aant. 6.1.1 (geraadpleegd 19 juni 2019). Rijkers en Van Dijck hanteren een vergelijkbaar vervreemdingsbegrip. Zie A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: FED 2001, p. 172.

Het kan voorkomen dat een verkrijger van AB-aandelen reeds aandelen in diezelfde vennootschap houdt. Het voortzettingsvereiste van art. 35e, lid 1, onderdeel c SW 1956 is dan in beginsel alleen van toepassing op de aandelen die de verkrijger krachtens schenking of erfrecht verkrijgt. Art. 35e, lid 1, aanhef juncto onderdeel c SW 1956 bepaalt namelijk expliciet dat het moet gaan om vermogensbestanddelen die zijn verkregen *in het kader van een bedrijfsopvolging* als bedoeld in art. 35b, lid 5 SW 1956.⁴⁰³ Dit is bovendien bevestigd door de staatssecretaris.⁴⁰⁴

Wel vervalt de voorwaardelijke vrijstelling als de verkrijger in de voortzettingsperiode niet de aandelen zelf, maar daarin besloten liggende rechten vervreemdt. Het prijsgeven van een gedeelte van de aandeelhoudersrechten kan zodoende kwalificeren als een vervreemding van de aandelen.⁴⁰⁵ Hiervan is bijvoorbeeld sprake als het economische belang bij de aandelen wordt overgedragen. Er is dan geen sprake van een vervreemding waarbij de verkrijger de aandelen in volle en onbezwaarde eigendom overdraagt, maar de verkrijger behoudt enkel nog de juridische eigendom van de aandelen. In de AB-regeling wordt in dat geval op grond van art. 4.12, onderdeel b Wet IB 2001 een vervreemding geconstateerd omdat een gedeelte van het in de aandelen belichaamde complex van rechten en verplichtingen is verdwenen uit het vermogen van de AB-houder.⁴⁰⁶ Aangezien de verkrijger in dat geval niet langer de positie van de overdrager voortzet, is het vanuit de ratio van de BOF gezien logisch dat art. 35e, lid 1, onderdeel c, ten 1^e SW 1956 hier expliciet bij aansluit.

Hetzelfde geldt als de verkrijger ten behoeve van een ander een vruchtgebruik vestigt op zijn aandelen. Een deel van de in de aandelen liggende rechten gaat dan immers over op een ander.⁴⁰⁷ Ook in de situatie andersom (de verkoop onder voorbehoud van het vruchtgebruik) wordt een vervreemding geconstateerd. In dat geval houdt de verkrijger weliswaar het vruchtgebruik, maar vervreemdt hij per saldo de blooteigendom van de aandelen.⁴⁰⁸ Dit is ingevolge art. 4.12, onderdeel b Wet IB 2001 een échte vervreemding en geldt logischerwijs ook als vervreemding voor de BOF.

Van een ‘verboden’ handeling (lees: vervreemding) is in beginsel ook sprake bij de certificering van aandelen.⁴⁰⁹ Als de certificaten zijn te vereenzelvigen met de achterliggende aandelen, geldt echter een uitzondering.⁴¹⁰ Hiervan is sprake als wordt voldaan aan de voorwaarden van onderdeel 4.5 van het AB-Besluit 2012.⁴¹¹ In de kern gaat het erom dat de aandeelhouder op elk gewenst moment kan eisen dat het administratiekantoor, dat de aandelen ten behoeve van de certificaathouders houdt, de aandelen teruggeeft aan de certificaathouders tegen inlevering van de certificaten. Als niet (volledig) aan die voorwaarden is voldaan, resulteert de certificering volgens de staatssecretaris in een volledige vervreemding.⁴¹²

8.2.2 Fictieve vervreemdingen en uitsluitingen

Art. 35e, lid 3 SW 1956 verwijst naar enkele fictieve vervreemdingen van art. 4.16, lid 1 Wet IB 2001. Zo leidt het inkopen van aandelen door de bv zelf, of door een dochtermaatschappij van de bv, tot verval

⁴⁰³ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 6.6 (geraadpleegd 22 juni 2019).

⁴⁰⁴ Zie BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.3.

⁴⁰⁵ Vakstudie Inkomstenbelasting art. 4.12 Wet IB 2001, aant. 3.2.11 (geraadpleegd 2 augustus 2019).

⁴⁰⁶ Vakstudie Inkomstenbelasting art. 4.12 Wet IB 2001, aant. 3.2.5 (geraadpleegd 19 juni 2019).

⁴⁰⁷ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 6.1.2 (geraadpleegd 19 juni 2019).

⁴⁰⁸ Vakstudie Inkomstenbelasting art. 4.12 Wet IB 2001, aant. 3.2.8 (geraadpleegd 19 juni 2019).

⁴⁰⁹ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 34-35 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 80.

⁴¹⁰ Van vereenzelviging is ingevolge onderdeel 6.4 van het BOR-Besluit 2013 sprake als wordt voldaan aan onderdeel 4.5 van het AB-Besluit 2012. Een (stichting) administratiekantoor wordt dan formeel aandeelhouder, maar de verkrijger-certificaathouder blijft volledig economisch gerechtigd tot die aandelen.

⁴¹¹ Het beleid inzake certificering van aandelen is (wederom) ongewijzigd overgenomen in het AB-Besluit 2018.

⁴¹² A.M.A. de Beer, ‘Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2015/1353, onderdeel 6.1.c. en voetnoot 26.

van de voorwaardelijke vrijstelling (art. 4.16, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001). Aangezien voor de verkrijger in economisch opzicht geen verschil bestaat tussen de verkoop aan de bv zelf en de verkoop aan een derde, is dit een logische intrekingsgrond. In beide gevallen realiseert de verkrijger immers de in zijn aandelen besloten liggende rechten omdat de aandelen uit zijn vermogen verdwijnen.⁴¹³ Hetzelfde geldt naar analogie voor het afkopen en inkopen van winstbewijzen (art. 4.16, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001).⁴¹⁴

Voorts is sprake van een fictieve vervreemding als liquidatie-uitkeringen betaalbaar worden gesteld (art. 4.16, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001). Aangezien deze fictie ziet op de situatie waarin een bv wordt ontbonden, is het vanuit de ratio van de BOF gezien logisch hierbij aan te sluiten. De bv wordt in dat geval in beginsel immers niet langer voortgezet. Het voortzetten van de onderneming na een geruisloze terugkeer uit de bv is in art. 4.16, lid 5 Wet IB 2001 gelijkgesteld met een liquidatie-uitkering. Hiervoor is in art. 10, lid 1, onderdeel a Uitv.reg. S&E echter een uitzondering opgenomen omdat in dat geval enkel de juridische huls van de onderneming wijzigt (zie paragraaf 8.2.6.2 hierna).

Vervolgens is ingevolge art. 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001 sprake van een fictieve vervreemding in geval van splitsing en juridische fusie. In art. 10, lid 1, onderdeel d Uitv.reg. S&E is hiervoor onder bepaalde voorwaarden een uitzondering opgenomen (zie paragraaf 8.2.6.4 hierna).

Tevens worden de overgang onder algemene titel alsmede de overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel als fictieve vervreemding aangemerkt (art. 4.16, lid 1, onderdeel e Wet IB 2001). Het gaat dan specifiek om de overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht (overgang onder algemene titel) alsmede het legaat (overgang onder bijzondere titel).⁴¹⁵ Hiervoor zijn in de BOF eveneens uitzonderingen opgenomen in art. 10, lid 6 en 7 Uitv.reg. S&E (zie paragraaf 5.3.3).

Ten slotte verwijst art. 35e, lid 3 SW 1956 naar de fictieve vervreemding van art. 4.16, lid 1, onderdeel i Wet IB 2001, waardoor het verlenen van een koopoptie ook als vervreemding wordt aangemerkt (zie paragraaf 8.2.3 hierna).

De uitgesloten fictieve vervreemdingen van aandelen of winstbewijzen betreffen (I) het brengen in het vermogen van een onderneming of het tot het resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren, (II) het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang en (III) het anders dan door overlijden ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn (art. 4.16, lid 1, onderdelen f, g en h Wet IB 2001). In deze situaties wordt in de inkomstenbelasting weliswaar een fictieve vervreemding geconstateerd, maar omdat de verkrijger in die gevallen volledig gerechtigd blijft tot de verkregen aandelen en de onderneming materieel voortgezet blijft worden, bestaat voor de BOF geen aanleiding de faciliteit te laten vervallen.⁴¹⁶

8.2.3 Het verlenen van een koopoptie

Zoals ik in de vorige paragraaf heb aangegeven, verwijst art. 35e, lid 3 SW 1956 (mede) naar de fictieve vervreemding van art. 4.16, lid 1, onderdeel i Wet IB 2001. Hierdoor vervalt de voorwaardelijke vrijstelling op het moment dat de verkrijger een calloptie uitschrijft op (een gedeelte van) zijn aandelenpakket. De calloptie geeft de optiehouder gedurende een overeengekomen periode het recht tegen een overeengekomen prijs de onderliggende aandelen te kopen. De koper van de calloptie betaalt

⁴¹³ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.6.1.B.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

⁴¹⁴ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.6.1.C (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

⁴¹⁵ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.6.1.F (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

⁴¹⁶ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 2.3, 6.1.3 en 6.2.1 (geraadpleegd 19 juni 2019). In de inkomstenbelasting wordt een fictieve vervreemding geconstateerd met het oog op claimbehoud of met als doel dat een opbrengst als vervreemdingsvoordeel in plaats van een regulier voordeel in de heffing wordt betrokken. Zie *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.6.1.A (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

hiervoor een optiepremie.⁴¹⁷ De verkrijger is vervolgens verplicht de aandelen te verkopen als de houder van de koopoptie zijn recht uitoefent.⁴¹⁸ Hoewel de aandelen dus pas overgaan in het vermogen van de optiehouder als hij zijn recht heeft uitgeoefend, wordt op het moment van schrijven van de optie al een fictieve vervreemding geconstateerd die leidt tot verval van de BOF. Materieel gezien zet de verkrijger echter nog steeds voort. De vraag rijst dan of deze intrekingsgrond past binnen de ratio van de BOF.

Volgens Zijgers vervreemdt de verkrijger bij het schrijven van een koopoptie, zonder werkelijk afstand te doen van de aandelen, in zekere zin contractueel een gedeelte van zijn belang bij de onderneming. De optiehouder zal volgens Zijgers immers alleen gebruikmaken van zijn optierecht als de waarde van de onderliggende aandelen is gestegen. Hieruit maakt zij op dat de verkrijger in feite voor een gedeelte afstand heeft gedaan van de toekomstige waardeontwikkelingen van de aandelen.⁴¹⁹

Deze redenering gaat mijns inziens echter alleen op als de optiehouder zijn recht ook daadwerkelijk uitoefent. Als hij dat niet doet, heeft de verkrijger enkel *in potentie* afstand gedaan van de toekomstige waardeontwikkelingen van de aandelen. Het feit dat een ander gedurende een bepaalde periode (slechts) de mogelijkheid had de aandelen voor een bepaalde prijs over te nemen en de verkrijger hiervoor een optiepremie heeft ontvangen, neemt mijns inziens niet weg dat de verkrijger gedurende die periode de onderneming *feitelijk* heeft voortgezet. Dit wordt pas anders als de optiehouder zijn recht, bijvoorbeeld na ommekomst van een jaar, wel uitoefent. Ook in dat geval echter heeft de verkrijger de onderneming tot aan het moment van vervreemding daadwerkelijk voortgezet. Dat de prijs waarvoor de aandelen vervolgens worden vervreemd al op het moment van schrijven van de calloptie is overeengekomen en de optiehouder uit dien hoofde economisch (ook) belang heeft bij de onderneming, doet mijns inziens niet af aan het feit dat de verkrijger de onderneming gewoon heeft voortgezet. Het optierecht zegt enkel iets over de prijs waarvoor de aandelen op een later tijdstip eventueel zullen worden vervreemd. De prijs is echter geen relevant criterium voor de BOF. Immers, ook als een tegenprestatie in het geheel ontbreekt, vervalt de BOF. Het gaat namelijk om de vraag of al dan niet wordt voortgezet en op het moment dat de verkrijger de calloptie schrijft, is nog niet zeker dat de aandelen zullen worden vervreemd. Het ligt mijns inziens niet in lijn met de ratio van de BOF dat de voorwaardelijke vrijstelling al vervalt op het moment dat de calloptie wordt geschreven; de faciliteit zou pas moeten vervallen op het moment dat de aandelen, of andere vermogensbestanddelen waarop de optie betrekking heeft, werkelijk worden vervreemd.

Voor de volledigheid merk ik op dat deze situatie dient te worden onderscheiden van de situatie waarin de verkrijger in plaats van aandelen een koopoptie verkrijgt. Ook de verkrijging van een koopoptie kan namelijk kwalificeren voor de BOF omdat deze wordt gelijkgesteld met de onderliggende aandelen (art. 4.4 Wet IB 2001). Als de verkrijger deze optie vervolgens gedurende de voortzettingsperiode uitoefent, zou dit in beginsel tot verval van de faciliteit leiden. Hiervoor is echter een uitzondering opgenomen in art. 10, lid 8 Uitv.reg. S&E.

8.2.4 Vervreemdingverbod van aan preferente aandelen 'gekoppelde' gewone aandelen

Op de hoofdregel dat het voortzettingsvereiste enkel ziet op de aandelen die de verkrijger krachtens schenking of erfrecht verkrijgt, bestaat ingevolge art. 35e, lid 4 SW 1956 één uitzondering: bij de verkrijging van preferente aandelen geldt het voortzettingsvereiste ook voor de 'gewone' aandelen waarop de preferente aandelen zijn 'geland'.⁴²⁰ Hiermee geldt dus een voortzettingsvereiste voor aandelen die niet krachtens schenking of erfrecht zijn verkregen. Dit is te verklaren uit het feit dat de wetgever de verkrijging van preferente aandelen enkel heeft willen faciliteren als deze zijn uitgegeven en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Hiervoor geldt dezelfde gedachte als bij de

⁴¹⁷ Voor de inkomstenbelasting wordt de bedongen optiepremie als vervreemdingsvoordeel aangemerkt (art. 4.31 Wet IB 2001).

⁴¹⁸ M. Zijgers, 'Opties op aandelen en de BOR Successie', *FTV* 2019/1, onderdeel 1.

⁴¹⁹ M. Zijgers, 'Opties op aandelen en de BOR Successie', *FTV* 2019/1, onderdeel 2.5.

⁴²⁰ Dit volgt uit art. 35e, lid 4 SW 1956.

verkrijging van een medegerechtigdheid.⁴²¹ Bij de verkrijging van preferente aandelen wordt daarom specifiek geëist dat de eerdere omzetting daarvan gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander (de beoogde bedrijfsopvolger, die ten gevolge daarvan AB-houder wordt) en dat de preferente aandelen bij die AB-houder terecht komen.⁴²² Vanuit de ratio van de BOF bezien, is het dan logisch dat het voortzettingsvereiste zich ook uitstrekt tot de aandelen waarop de preferente aandelen vervolgens als het ware 'landen'. Uit hoofde van de gewone aandelen wordt de opvolger op het moment van de verkrijging van de preferente aandelen immers geacht reeds als ondernemer bij de onderneming betrokken te zijn. Dit 'ondernemerschap' moet dan ook worden voortgezet.⁴²³ Zoals aangegeven in paragraaf 7.3 is op dit punt geen rechtsvormneutraliteit bereikt met de verkrijging van een medegerechtigdheid. Aldaar is verzuimd te eisen dat de verkrijgende beherende vennoot niet alleen winst blijft genieten uit hoofde van de medegerechtigdheid, maar ook uit hoofde van zijn behorend vennootschap.

Wat verder opvalt is dat het gedurende de voortzettingsperiode niet is toegestaan de beoogde bedrijfsopvolger te wijzigen, terwijl dit voor de bezitsperiode wel mogelijk is. Zolang de preferente aandelen nog niet zijn overgedragen, kan degene aan wie de gewone aandelen zijn uitgereikt zijn aandelen nog overdragen aan een ander. Die ander wordt dan geacht de beoogde bedrijfsopvolger te zijn. Stel dat moeder haar gewone aandelen omzet in preferente aandelen, waarbij tegelijkertijd gewone aandelen worden uitgegeven aan haar zoon omdat hij aanvankelijk de beoogde bedrijfsopvolger was. Als vervolgens blijkt dat het toch haar dochter is die de onderneming gaat voortzetten, mag de zoon zijn aandelen aan zijn zus overdragen. Als zij vervolgens de preferente aandelen van haar moeder erft of geschonken krijgt, is de BOF gewoon van toepassing. Er gaat dan geen nieuwe bezitsperiode tellen. De wetgever heeft dit wenselijk geacht omdat er situaties denkbaar zijn waarin de aanvankelijk beoogde bedrijfsopvolger, om welke reden dan ook, toch niet de aangewezen persoon blijkt te zijn om de onderneming over te nemen.⁴²⁴ Een dergelijke versoepeling geldt niet in de voortzettingsperiode. Degene die de preferente aandelen verkrijgt, wordt *geacht* de beoogde bedrijfsopvolger te zijn. Zodra de zoon in het genoemde voorbeeld de preferente aandelen verkrijgt, gaat de voortzettingstermijn lopen en kan hij de preferente aandelen noch de gewone aandelen overdragen aan zijn zus (of een ander) zonder dat de faciliteit vervalst. Alleen als de broer gedurende de voortzettingsperiode overlijdt, kunnen de aandelen bij zijn zus terechtkomen zonder dat de BOF vervalst (art. 10, lid 6 Uitv.reg. S&E). In paragraaf 5.3.3 heb ik betoogd dat het binnen de voortzettingsperiode (door)schenken van de onderneming mijns inziens echter niet in strijd komt met de ratio van de BOF. Voor het gedurende de voortzettingsperiode (door)schenken van de preferente aandelen, inclusief de hieraan gekoppelde gewone aandelen⁴²⁵, heeft wat mij betreft hetzelfde te gelden. Ook hiervoor zou een versoepeling opgenomen kunnen worden in art. 10 Uitv.reg. S&E.

Als de gewone aandelen waarop de preferente aandelen zijn 'geland' worden vervreemd, bepaalt art. 35e, lid 4 SW 1956 dat de voorwaardelijke vrijstelling naar evenredigheid vervalst. Stel dat aan de (toekomstige) verkrijger bij de omzetting in preferente aandelen 20% gewone aandelen zijn uitgegeven.

⁴²¹ Voor de overwegingen van de wetgever verwijs ik naar paragrafen 3.3 en 3.4.

⁴²² Dit blijkt uit art. 35c, lid 4 SW 1956. Zie onder andere *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 8-9 voor de ratio hierachter.

⁴²³ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 14.

⁴²⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

⁴²⁵ Strikt genomen is de BOF bij de verkrijging van preferente aandelen immers enkel van toepassing als deze een omzetting vormen van een eerder door de schenker of erfflater gehouden 'gewoon' aanmerkelijk belang. Dit zou betekenen dat deze aandelen voor toekomstige verkrijgers nooit meer kunnen kwalificeren. Als de preferente aandelen echter op de 'correcte' wijze zijn ontstaan, zodoende dat zij kwalificeren voor de toepassing van de BOF, blijven deze preferente aandelen ook daarna kwalificeren. Deze kwalificatie blijft ingevolge art. 8, lid 4 Uitv.reg. S&E behouden zolang de verkrijger ook de gewone aandelen houdt waarop de preferente aandelen zijn geland. Wil een opvolgende verkrijger kwalificeren voor de BOF, dan moet hij dus zowel de preferente als de gewone aandelen verkrijgen.

Als hij gedurende de voortzettingsperiode 5% vervreemdt, vervreemdt hij een kwart van de gewone aandelen. Het gevolg is dat 25% van de verleende vrijstelling wordt ingetrokken.⁴²⁶ Onder andere de Redactie Vakstudie Nieuws vindt dit een onredelijke uitkomst. De Redactie betoogt dat het vervreemden van “een paar gewone aandelen aan bijvoorbeeld het management” heel gebruikelijk is en dat dit nu onmogelijk wordt gemaakt.⁴²⁷ De Redactie licht dit als volgt toe, waarbij ervan uit wordt gegaan dat de omgevormde aandelen in principe de waarde hebben van de contante waarde van alle toekomstige winsten op het moment van omvorming:

“Stel de waarde van de onderneming is 518 000. We gaan ervan uit dat er op dit moment achttien gewone aandelen zijn uitgegeven van 1000 euro. 1 gewoon aandeel wordt door de huidige aandeelhouder omgezet in cumprefs. De andere zeventien gewone aandelen gaan naar de beoogde bedrijfsopvolger. Wanneer op 2 januari de huidige aandeelhouder overlijdt, is de waarde van de gewone aandelen 17 000 euro. De waarde van de cumprefs is 500 000 euro. De BOR is van toepassing op 500 000. Echter door de vervreemding van 1 aandeel (ongeveer 5% van de gewone aandelen) in de komende vijf jaar wordt over 5% van de vrijstelling weggenomen, terwijl de waarde van dit aandeel slechts 0,00002% van het totaal is. Dat is toch een veel te grove sanctie. Het vervreemden van een paar gewone aandelen aan bijvoorbeeld het management is toch heel gebruikelijk. Nu wordt dit onmogelijk gemaakt. Normaliter zou het probleem kunnen worden opgelost, door de nominale waarde van de gewone aandelen te verkleinen naar bijvoorbeeld € 0,01. Echter als wij het goed begrijpen is het ook niet toegestaan om dit tijdens de bezitstermijn te doen.

Het zou goed zijn wanneer hier door de Kamerleden kritisch op wordt doorgevraagd. Wanneer er inderdaad niets met de gewone aandelen mag gebeuren tijdens de voortzettingstermijn, lijkt het ons logischer om bij het percentage van de terugname van de faciliteit te kijken naar de waarde. Wanneer een waarde van 1 euro wordt vervreemd, dan wordt 0,00002% van de faciliteit weggenomen.”

Volgens de Redactie is het naar evenredigheid vervallen van de voorwaardelijke vrijstelling dus een te zware sanctie, omdat in het geschetste voorbeeld de gewone aandelen waarop de preferente aandelen zijn geland nauwelijks waarde vertegenwoordigen, zeker als er weinig tijd zit tussen het moment van verkrijging van de preferente aandelen en het moment van verkoop van de gewone aandelen. Op het moment van omvorming, vertegenwoordigen de preferente aandelen in het voorbeeld immers nagenoeg de gehele waarde van de onderneming.⁴²⁸

Om twee redenen ben ik het met deze kritiek echter niet eens. Allereerst is het mogelijk nieuwe aandelen uit te geven aan het management zonder dat de faciliteit vervalt. Hoewel dit naar mijn mening niet past binnen de ratio van de BOF (zie paragraaf 8.3.3.1 hierna), is het, anders dan de Redactie betoogt, dus niet onmogelijk “een paar gewone aandelen” aan het management uit te geven. Daarnaast is het logisch dat de wetgever heeft aangesloten bij die waarde. Als deze ‘sanctie’ namelijk niet had gegolden, en de vrijstelling teruggenomen zou worden naar rato van de waarde (hetgeen de Redactie voorstelt), is het feitelijk een loze bepaling in het voortzettingsvereiste. Juist omdat de waarde in het voorbeeld vooral kan worden toegerekend aan de preferente aandelen, zou het vervreemden van de gewone aandelen gedurende de voortzettingsperiode per saldo nauwelijks gevolgen hebben. Zonder deze sanctie zouden de gewone aandelen direct na de verkrijging van de preferente aandelen kunnen worden vervreemd, terwijl de vrijstelling dan nagenoeg geheel zou blijven bestaan omdat aan die gewone aandelen nog nauwelijks waarde kan worden toegekend. Art. 35e, lid 4 SW 1956 lijkt mij dus in lijn met de ratio van de BOF.

⁴²⁶ Voorbeeld ontleend aan *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 29 en *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 16, p. 14.

⁴²⁷ Zie Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2009/50.3*.

⁴²⁸ Naar analogie met de omzetting van een IB-onderneming in een medegerechtigdheid kan worden gesteld dat alle stille reserves worden voorbehouden. Zie *Kamerstukken I 2009/10*, 31 930, nr. F, p. 10.

Tevens roep ik daarbij in herinnering dat de wetgever de gefaseerde bedrijfsopvolging uitsluitend heeft willen faciliteren als de verkrijger reeds als ondernemer (lees: AB-houder) bij de onderneming betrokken is en deze betrokkenheid bovendien gedurende de voortzettingsperiode blijft bestaan. Zolang de preferente aandelen gekoppeld blijven aan de gewone aandelen is volgens de wetgever dus sprake van ondernemerschap. Vervreemdt de verkrijger (een gedeelte van) de gewone aandelen waarop de preferente aandelen zijn 'geland', dan houdt hij in zoverre op ondernemer te zijn. Voor de IB-ondernemer geldt naar analogie hetzelfde: bij het bepalen van de omvang van de intrekking van de voorwaardelijke vrijstelling wordt aangesloten bij het criterium 'ophouden uit de onderneming, of een gedeelte daarvan, winst te genieten'.⁴²⁹ Zoals ik in paragraaf 6.3.5 heb toegelicht, is daarbij niet aangesloten bij de waarde van de onderneming, maar bij de mate waarin de winstgerechtigdheid overgaat op een ander. Bij het voortzettingsvereiste staat de mate waarin de winstgerechtigdheid overgaat dus centraal; de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen is enkel relevant bij het verlenen van de faciliteit.

8.2.5 Reorganisatie(on)mogelijkheden tijdens voortzettingsperiode

8.2.5.1 Inleiding

In de parlementaire behandeling en het BOR-Besluit 2013 ter zake van de (voortzettingseis in de) BOF, wordt vaak uitgegaan van sterk gestileerde en vereenvoudigde voorbeelden. In de praktijk echter is het doorgaans in een bedrijfsopvolgingstraject onvermijdelijk dat voorafgaande aan, of na afloop van, de bedrijfsoverdracht aan de volgende generatie moet worden geherstructureerd. Zo is het, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van 'governance' of dividendbeleid, vaak gewenst dat de opvolgende kinderen allen een persoonlijke houdster krijgen, waarbij in voorkomende gevallen de juridische en economische eigendom wordt gesplitst. Bovendien komt het voor dat niet alle kinderen opvolgen. Als het gaat om een opvolging van de eerste generatie zijn dergelijke 'problemen' vaak nog wel te overzien. Op het moment dat het bedrijf echter al langer bestaat en meerdere familiestaken bij de overdracht betrokken zijn, is een herstructurering voor of na de bedrijfsopvolging eerder regel dan uitzondering.⁴³⁰

Als de herstructurering plaatsvindt *na* de overdracht, moet rekening worden gehouden met het voortzettingsvereiste. Een herstructurering kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Voor de geruisloze terugkeer uit de bv, de aandelenfusie, de juridische fusie en de juridische splitsing⁴³¹ zijn tegemoetkomingen geformuleerd omdat in die gevallen slechts de juridische huls verandert. Hierna toets ik eerst of deze vormen van herstructureren afdoende zijn geformuleerd gezien de ratio van de BOF. Vervolgens onderzoek ik of nog andere routes denkbaar zijn die materieel gezien een nagenoeg gelijk resultaat bereiken, maar waarvoor desondanks geen uitzondering is geformuleerd.

8.2.5.2 Geruisloze terugkeer uit de bv

Als een verkrijger de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, ontbindt, is dit in beginsel een grond om de faciliteit in te trekken omdat een fictieve vervreemding wordt geconstateerd.⁴³² Tevens houdt het lichaam op uit de onderneming (of medegerechtigdheid) winst te genieten (intrekkingsgrond 3). Als de verkrijger de onderneming echter voortzet onder toepassing van art. 14c Wet Vpb (geruisloze terugkeer) is op grond van art. 10, lid 1, onderdeel b Uitv.reg. S&E geen sprake van een

⁴²⁹ Art. 35e, lid 1, onderdeel a SW 1956.

⁴³⁰ L. Roos, 'Frustratie (over de) bezits- en voortzettingstermijn', *FTV* 2018/12-44.

⁴³¹ Ondanks dat de letterlijke tekst van art. 10, lid 1, eerste volzin onderdelen c t/m f en tweede volzin Uitv.reg. S&E dit niet voorschrijft, suggereert de toelichting bij art. 10 Uitv.reg. S&E dat het ook bij de aandelenfusie en de juridische fusie en splitsing moet gaan om de geruisloze varianten. In paragraaf 6.2.6 heb ik reeds aangegeven dat de eis dat sprake moet zijn van een doorschuifregeling in de Wet IB 2001 of Wet Vpb 1969 niet bijdraagt aan de doelstelling van de BOF en dat deze eis kan vervallen.

⁴³² Op grond van art. 35e, lid 3 SW 1956 juncto art. 4.16, lid 1, onderdeel c juncto lid 5 Wet IB 2001 juncto art. 14c Wet Vpb 1969.

beëindigingsgrond; enkel de juridische huls verandert dan.⁴³³ Art. 10, lid 1, onderdeel b Uitv.reg. S&E stelt niet de eis dat de verkrijger de enige gerechtigde wordt tot de IB-onderneming. Volgens Heithuis is dit materieel echter wel het geval omdat art. 14c Wet Vpb 1969 deze eis stelt.⁴³⁴

Net als bij de inbreng in de bv, geldt bij de terugkeer uit de bv dat dit geruisloos moet plaatsvinden. Om dezelfde redenen als bij de geruisloze inbreng ben ik echter van mening dat deze eis ook hier overbodig is. Ik verwijs naar hetgeen ik hierover in paragraaf 6.2.6 heb opgemerkt. Als de verwijzing naar art. 14c Wet Vpb 1969 verval, vervalt daarmee indirect ook de eis dat de terugkerende AB-houder de enig gerechtigde wordt tot de onderneming. Dat is terecht. Met De Beer en Hoogeveen ben ik namelijk van mening dat deze eis te beperkend uitwerkt en dat het voldoende zou moeten zijn dat het belang dat de verkrijger heeft bij de objectieve onderneming gelijk blijft.⁴³⁵ Dit maakt het eveneens mogelijk de terugkeer toe te passen als de bv meerdere aandeelhouders heeft. De bv kan op die manier zonder verval van de voorwaardelijke vrijstelling worden omgezet in een personenvennootschap. Vereist moet slechts zijn dat de gerechtigdheid niet afneemt (zie paragraaf 6.3.6.3). Dit past binnen de ratio van de BOF.

8.2.5.3 Aandelenfusie

Als de schenker of erflater de onderneming dreef door middel van een enkelvoudige bv, kan de opvolger de wens hebben een holdingstructuur te creëren. Dit kan worden gerealiseerd door de verkregen AB-aandelen tegen uitreiking van aandelen in te brengen in een (nieuw opgerichte) holdingvennootschap (aandelenfusie). Deze herstructurering geeft in eerste instantie aanleiding de faciliteit in te trekken omdat de oorspronkelijk verkregen aandelen worden vervreemd.⁴³⁶ Als echter gebruik wordt gemaakt van de aandelenfusiefaciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001, wordt deze vervreemding op grond van art. 10, lid 1, onderdeel d Uitv.reg. S&E niet als een beëindigingsgrond aangemerkt, mits de verkrijger enig aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap.⁴³⁷ Deze maatregel is afdoende in het geval sprake is van één verkrijger, of van meerdere verkrijgers waarbij een of meerdere verkrijgers hun verkregen belang willen inbrengen in een persoonlijke houdsters.

Vanwege de eis dat de verkrijgers enig aandeelhouder moeten worden in de holding, is het echter niet mogelijk een gezamenlijke holding op te richten die de aandelen in de oorspronkelijk verkregen vennootschap verkrijgt. Dat dit onredelijk is en te beperkend zou uitwerken, heeft de staatssecretaris onderkend door hiervoor (onder voorwaarden) een goedkeuring op te nemen.⁴³⁸ Daarbij heeft hij de volgende voorwaarden gesteld:

1. De verkrijger heeft samen met een of meer anderen (de verkrijgers) op hetzelfde moment aandelen verkregen in een bv. Bij alle verkrijgers is op de verkrijging de BOF van toepassing;
2. De verkrijgers richten samen een nieuwe bv op;
3. De verkrijgers brengen ieder al hun verkregen aandelen in de nieuw opgerichte bv in door een aandelenfusie als bedoeld in art. 3.55 van de Wet IB 2001;
4. De nieuw opgerichte bv wordt daardoor enig aandeelhouder van de vennootschap die de verkrijgers hebben verkregen; en

⁴³³ Voor de volledigheid merk ik op dat door de geruisloze terugkeer eventueel ook de terbeschikkingstelling van een pand aan die vennootschap eindigt. Hiervoor geldt op grond van art. 10, lid 2 juncto lid 1, onderdeel b Uitv.reg. S&E een uitzondering.

⁴³⁴ Zie E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Kluwer 2015 p. 181.

⁴³⁵ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, onderdeel 4.4 en voetnoot 45.

⁴³⁶ In HR 10 februari 1960, *BNB* 1960/123, is beslist dat een aandelenfusie moet worden gezien als een 'echte' vervreemding voor de AB-regeling.

⁴³⁷ Deze uitzondering is pas opgenomen in de uitvoeringsregeling nadat de NOB hiervoor heeft gepleit. Dit geldt ook voor de juridische splitsing en juridische fusie. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. E, p. 3.

⁴³⁸ Zie BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.8.

5. De verkrijger behoudt gedurende de voortzettingsperiode (indirect) dezelfde gerechtigdheid tot de bv's en de onderneming waarop de BOF is toegepast.

Deze voorwaarden werken mijns inziens te beperkend uit. Zo kan de eerste voorwaarde onnodig beperkend uitwerken als bijvoorbeeld bij meerdere beoogde bedrijfsopvolgers de schenkingen aan de kinderen per kind gefaseerd in de tijd hebben plaatsgevonden, bijvoorbeeld omdat op het moment van de eerste schenking nog niet gewenst was dat alle kinderen al aandelen verkregen. Ook de tweede voorwaarde lijkt mij overbodig strikt geformuleerd. Ik lees hierin namelijk dat *alle* verkrijgers de nieuwe holding gezamenlijk moeten oprichten. Als ik uitga van het voorbeeld dat de staatssecretaris aanhaalt in het genoemde besluit, betekent dit dus dat het bijvoorbeeld niet mogelijk is dat slechts drie van de vier zoons een gezamenlijke holding oprichten en dat de vierde zoon een eigen holding opricht of een direct belang blijft behouden in de verkregen vennootschap. De vierde voorwaarde maakt dit tevens (ten onrechte) onmogelijk. Dat ook de derde voorwaarde beperkend uitwerkt, heb ik hiervoor reeds toegelicht. In mijn ogen snijdt enkel de vijfde voorwaarde hout gezien vanuit de ratio van de BOF. Ten slotte verdient het vanuit het oogpunt van toegankelijkheid overigens de aanbeveling dat deze goedkeuring mutatis mutandis wordt opgenomen in de uitvoeringsregeling.

Voorts kan de eis dat sprake moet zijn van een geruisloze aandelenfusie in twee gevallen onnodig beperkend werken. Ten eerste is dat het geval in de situatie dat de schenker of erflater reeds heeft afgerekend over zijn vervreemdingsvoordeel, omdat bij de schenking geen beroep is gedaan op de doorschuifregeling van art. 4.17c Wet IB 2001. Bij de schenking van AB-aandelen is immers sprake van een vervreemding waarbij de tegenprestatie ingevolge art. 4.22 Wet IB 2001 wordt gesteld op de waarde die ten tijde van de schenking in het economische verkeer aan de aandelen kan worden toegekend, tenzij een beroep wordt gedaan op art. 4.17c Wet IB 2001. Het kan in voorkomende gevallen voor de overdrager voordeliger zijn het vervreemdingsvoordeel in aanmerking te nemen, bijvoorbeeld met het oog op verliesverrekening. De verkrijgingsprijs van de aandelen wordt bij de verkrijger in dat geval eveneens gesteld op de waarde in het economische verkeer. Als hij direct na verkrijging van die aandelen door middel van een aandelenfusie een holdingstructuur wil creëren, zou een beroep op art. 3.55 Wet IB 2001 niet nodig zijn omdat in zijn aandelen nog geen, of zeer beperkt, meerwaarde aanwezig is waarvoor een faciliteit nodig is. Het is in dat geval dus een overbodige eis. Daarnaast kan een ruisende aandelenruil juist gunstig zijn als de verkrijger zelf verrekenbare verliezen heeft. In dat geval zou bij de schenking van de aandelen wel een beroep zijn gedaan op de doorschuifregeling van art. 4.17c Wet IB 2001. Ingevolge art. 4.39c Wet IB 2001 wordt de verkrijgingsprijs dan doorgeschoven naar de verkrijger, waardoor aan hem in feite een latente belastingclaim wordt doorgeschoven die hij bij een ruisende aandelenfusie zou kunnen verrekenen met verliezen. Door voor te schrijven dat sprake moet zijn van een *geruisloze* aandelenfusie, worden in voorkomende gevallen de verliesverrekeningsmogelijkheden dus ingeperkt.

8.2.5.4 Juridische fusie en splitsing

Als de verkregen AB-aandelen (fictief) worden vervreemd op grond van art. 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001 in het kader van een juridische fusie of een juridische splitsing, vervalt in beginsel op grond van art. 35e, lid 3 SW 1956 de voorwaardelijke vrijstelling. In de uitvoeringsregeling zijn voor deze situaties uitzonderingen opgenomen, mits de juridische fusie of de juridische splitsing plaatsvindt onder toepassing van een doorschuifregeling in de inkomstenbelasting (aandeelhoudersniveau) en vennootschapsbelasting (vennootschapsniveau).⁴³⁹ Om de hiervoor in paragraaf 8.2.5.3 genoemde redenen, ben ik van mening dat deze eis te beperkend uitwerkt.

⁴³⁹ Zie art. 10, lid 1, slotzin juncto onderdeel d en e Uitv.reg. S&E. Ten aanzien van de fictieve vervreemding van aandelen op het niveau van de aandeelhouder moet doorschuiving plaatsvinden op grond van art. 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001 juncto art. 4.41, lid 2 Wet IB 2001 juncto art. 3.56 Wet IB 2001 (juridische splitsing) respectievelijk art. 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001 juncto art. 4.41, lid 3 Wet IB 2001 art. 3.57 Wet IB 2001 (juridische fusie). Op het niveau van de vennootschappen geldt dat doorschuiving van de bij de reorganisatie

Aangezien vervolgens wordt verwezen naar art. 10, lid 1, onderdeel d Uitv.reg. S&E geldt voorts als eis dat de voortzettende verkrijger enig aandeelhouder blijft van de vennootschap waarin hij oorspronkelijk de AB-aandelen verkreeg, dan wel enig aandeelhouder wordt van de vennootschap die bij de reorganisatie ontstaat.⁴⁴⁰ Op deze voorwaarde heeft de staatssecretaris, in tegenstelling tot de (geruisloze) aandelenfusie, geen goedkeuringen geformuleerd. De eis dat sprake moet zijn van enig aandeelhouderschap werkt mijns inziens om verschillende redenen onnodig beperkend uit. Dit is allereerst het geval als de verkrijger wil fuseren met een andere onderneming. Ik verwijs hiervoor naar hetgeen ik hierover in paragraaf 6.3.6.2 heb opgemerkt ten aanzien van bedrijfseconomisch gewenste ‘fusies’ van IB-ondernemingen. Hetzelfde heeft in mijn optiek te gelden als de gewenste samenwerking wordt bereikt door middel van een juridische fusie of splitsing.

Ook de omgekeerde situatie werkt te beperkend uit. Stel bijvoorbeeld dat moeder aan het hoofd staat van een groot concern dat zich bezighoudt met de exploitatie van duurzame energiebronnen, waarbij de twee hoofdactiviteiten bestaan uit zonne- en windenergie. Stel nu dat ze een zoon en een dochter heeft die het bedrijf graag overnemen. De expertise van zoon ligt op het gebied van zonnepanelen terwijl de dochter meer affiniteit heeft met windmolens. Als de moeder haar aandelen in de holding schenkt aan haar kinderen, waarna zij de holding juridisch splitsen in de zin van art. 3:334cc BW (ruziesplitsing), vervalt de voorwaardelijke vrijstelling naar evenredigheid omdat de zoon niet langer de onderneming ‘windenergie’ voortzet en de dochter niet langer de onderneming ‘zonne-energie’ voortzet.⁴⁴¹ Maar wat is vanuit de ratio van de BOF gezien nu het principiële bezwaar dat dit concern niet mag worden voortgezet als twee separate concerns die beide hun oorsprong vinden in de oorspronkelijke onderneming? Zolang beide opvolgers hun onderneming voortzetten, zou de faciliteit mijns inziens niet (gedeeltelijk) moeten vervallen. Een dergelijke uitleg past overigens ook binnen doel en strekking van de regeling. Ingevolge art. 3.2 Wet IB 2001 – hiernaar wordt in art. 35e, lid 1, onderdeel c SW 1956 indirect verwezen – kan binnen één vennootschap namelijk sprake zijn van meerdere objectieve ondernemingen.⁴⁴² Naar analogie heeft hier dus hetzelfde te gelden als hetgeen ik hiervoor in paragraaf 6.3.6.3 heb opgemerkt over de ‘opsplitsing’ van een personenvennootschap, de eventuele bijbetalingen en de verdeling van de nalatenschap ingevolge art. 35f SW 1956. Hier is dus weliswaar sprake van rechtsvormneutraliteit, maar ook in die situatie ben ik van mening dat het intrekken van de faciliteit niet noodzakelijk is vanuit de doelstelling van de BOF.

8.2.5.5 Statutair splitsen

In voorkomende gevallen kan het wenselijk zijn een verkregen holding niet juridisch te splitsen, maar ‘statutair’ te splitsen (verletteren) teneinde twee (of meerdere) bedrijfsactiviteiten in economische zin te scheiden.⁴⁴³ Met name bij grotere familiebedrijven kan de juridische splitsing namelijk een stuk bewerkelijker en tijdrovender zijn dan de verlettering van aandelen. Tevens kan de wens dat iedere opvolger zijn eigen dividendpolitiek kan voeren ook worden bereikt met een dergelijke statutaire splitsing. Een belangrijk voordeel hiervan ten opzichte van de juridische splitsing is dat de opvolgers in dezelfde holding kunnen (blijven) deelnemen, terwijl ze toch hun eigen ‘potje’ kunnen houden.

behaalde winst moet plaatsvinden op grond van art. 14a Wet Vpb 1969 (juridische splitsing) respectievelijk art. 14b Wet Vpb 1969 (juridische fusie).

⁴⁴⁰ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 6.9.3 (geraadpleegd 21 juni 2019).

⁴⁴¹ Voor de volledigheid merk ik op dat ook de ruziesplitsing van de holding door moeder niet mogelijk is, omdat zij dan niet (volledig) voldoet aan de bezitseis van art. 35d SW 1956. Dit is bevestigd in de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West Brabant van 20 juni 2019, nr. BRE 17/1709, r.o. 4.2 t/m 4.9.

⁴⁴² Dit is bevestigd in de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 30 november 2018, nr. AWB 17/677, V-N 2019.17.2.4, r.o. 4.3 en 4.5. Deze uitspraak zag weliswaar op de bezitseis, maar voor het voortzettingsvereiste heeft mijns inziens hetzelfde te gelden.

⁴⁴³ C.G. Dijkstra en R.T.A. Pak, ‘Uitkomsten WOB-verzoek over toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet’, *TFb* 2019-1, onderdeel 4.

Verlettering van aandelen kan in voorkomende gevallen dus de voorkeur genieten boven een ander reorganisatiemogelijkheid.⁴⁴⁴

Stel dat de moeder in het vorige voorbeeld alle aandelen heeft in haar persoonlijke houdster Holding BV en deze houdster op haar beurt enig aandeelhouder is van de (actieve) werkmaatschappijen Zon BV en Wind BV. Moeder wil de aandelen Zon BV aan haar zoon en de aandelen Wind BV aan haar dochter schenken. Hiertoe worden de gewone aandelen in Holding BV verletterd in aandelen Z en aandelen W, waarbij de aandelen Z zien op het vermogen en het resultaat in Zon BV en de aandelen W zien op het vermogen en het resultaat in Wind BV (zogenoemde ‘tracking stocks’).⁴⁴⁵ Eventuele resterende resultaten en liquidatiewinsten van Holding BV worden gelijkelijk toegedeeld aan aandelen Z en W. Afgezien van de vraag of moeder heeft voldaan aan de bezitsei,⁴⁴⁶ schenkt moeder conform haar bedoeling de letteraandelen Z aan haar zoon en de letteraandelen W aan haar dochter. Door de werking van art. 35c, lid 5 SW 1956 wordt het vermogen van zowel Zon BV als Wind BV toegerekend aan Holding BV en vindt vervolgens op holdingniveau de toets plaats of een onderneming wordt gedreven, en zo ja, met welk vermogen (zie paragraaf 3.4). Ondanks het feit dat door de verlettering de zoon in economische zin Zon BV verkrijgt en dochter in economische zin Wind BV verkrijgt, krijgen beiden hierdoor voor de helft de faciliteit over Zon BV respectievelijk Wind BV. Als Wind BV vervolgens binnen de voortzettingsperiode haar onderneming, om welke reden dan ook, staakt, vervalt bij zowel zoon als dochter de faciliteit gedeeltelijk. Dit komt omdat de ondernemingen van beide werkmaatschappijen op grond van art. 35c, lid 5 SW 1956 moeten worden toegerekend aan de holding. Hierdoor wordt de holding geacht voor dat gedeelte op te houden winst te genieten. De bezittingen en schulden van Zon BV en Wind BV worden daarentegen niet toegerekend aan de separate letteraandelen, maar aan Holding BV zelf.⁴⁴⁷ Dit leidt mijns inziens tot twee onrechtmatigheden. Enerzijds bij de zoon omdat bij hem, ondanks dat hij Zon BV (via Holding BV) nog steeds voortzet, de faciliteit gedeeltelijk vervalt en anderzijds bij de dochter omdat zij Wind BV staakt zonder dat bij haar de faciliteit volledig vervalt.

Met onder andere Roos, Dijkstra en Pak ben ik van mening dat voor deze situatie ten onrechte geen uitzondering is opgenomen in de uitvoeringsregeling.⁴⁴⁸ Materieel gezien lijkt deze situatie immers op de juridische splitsing en hiervoor dient mijns inziens ook een uitzondering te worden opgenomen. Dit geldt ook als de verlettering niet door moeder zou zijn geïnitieerd, maar pas plaatsvindt gedurende de voortzettingsperiode op initiatief van de voortzetters. Ook hier kan de parallel worden getrokken met de juridische splitsing en het ‘opsplitsen’ van personenvennootschappen.

8.2.5.6 Versoepeling bij verdeling ingevolge art. 35f SW 1956

De erfbelasting is een tijdstipbelasting; met gebeurtenissen die na het tijdstip van overlijden plaatsvinden, wordt in beginsel geen rekening gehouden. Dit zou betekenen dat een gedeelte van de BOF verloren zou gaan als bij de verdeling van een nalatenschap het ondernemingsvermogen wordt toegedeeld aan de erfgenamen die de onderneming voortzetten. Zij krijgen het ondernemingsvermogen

⁴⁴⁴ L. Roos, ‘Frustratie (over de) bezits- en voortzettingstermijn’, *FTV* 2018/12-44.

⁴⁴⁵ C.G. Dijkstra en R.T.A. Pak, ‘Uitkomsten WOB-verzoek over toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet’, *Tfb* 2019-1. Een tracking stock is een aandeel dat recht geeft op de winst en de liquidatie-uitkering ten aanzien van een (of meerdere) specifiek(e) bedrijfsonderde(e)l(en). Daarbij valt te denken aan een aantal activa en passiva dat gezamenlijk een onderneming vormt, of aan een specifieke deelneming. Zie in dat kader A.M.A. de Beer en G. de Jong, ‘Tracking stocks en bedrijfsopvolging’, *Het Register* 2013-5, p. 34.

⁴⁴⁶ De Belastingdienst is overigens van mening dat in dit geval niet wordt voldaan aan de bezitsei omdat moeder de letteraandelen nog geen vijf jaren bezit (in geval van schenking) en hiervoor geen uitzondering is opgenomen in art. 9 Uitv.reg. S&E. Dit standpunt van de Belastingdienst is gepubliceerd naar aanleiding van een WOB-verzoek. Zie Ministerie van Financiën 23 juli 2018, nr. 2018-0000119906.

⁴⁴⁷ Voorbeeld en uitwerking ontleend aan niet-gepubliceerd intern beleid van de Belastingdienst ten aanzien van de BOR, openbaar gemaakt via een WOB-verzoek. Zie Ministerie van Financiën 23 juli 2018, nr. 2018-0000119906.

⁴⁴⁸ Zie onder andere L. Roos, ‘Frustratie (over de) bezits- en voortzettingstermijn’, *FTV* 2018/12-44 en C.G. Dijkstra en R.T.A. Pak, ‘Uitkomsten WOB-verzoek over toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet’, *Tfb* 2019-1. Deze beperking ziet echter specifiek op de bezitsei.

dan immers niet volledig van de overdrager, maar voor een gedeelte van de niet-voortzettende erfgenamen. Voor dit gedeelte zou geen aanspraak kunnen worden gemaakt op de BOF. Ingevolge art. 35f SW 1956 geldt hiervoor een uitzondering, mits de verdeling van die nalatenschap (in beginsel) heeft plaatsgevonden binnen twee jaren na het overlijden (lid 3). De faciliteiten komen hierdoor volledig toe aan de voortzetter(s).⁴⁴⁹

Aangezien art. 35f, lid 1 SW 1956 spreekt van “de verdeling van de nalatenschap”, betekent dit strikt genomen dat de vermogensbestanddelen die tot de nalatenschap behoren vaststaan. Als een moeder bijvoorbeeld zowel AB-aandelen ter waarde van € 1 miljoen als privébeleggingen ter waarde van € 1 miljoen nalaat aan haar zoon en dochter, zijn zij in beginsel beiden gerechtigd tot de helft van de AB-aandelen en de helft van de beleggingen. Als alleen de dochter de onderneming wenst voort te zetten, zou dat betekenen dat een gedeelte van de BOF niet wordt benut. De kinderen kunnen vervolgens op grond van art. 35f, lid 1 SW 1956 de nalatenschap dusdanig verdelen dat de dochter de aandelen krijgt toebedeeld en de zoon de beleggingen. De dochter kan in dat geval voor haar volledige verkrijging aanspraak maken op de BOF. Als het beleggingsvermogen echter in diezelfde bv zou zijn ondergebracht, zou de letterlijke tekst van art. 35f, lid 1 SW 1956 zich ertegen verzetten dat die verdeling niet kan worden gemaakt. De nalatenschap van moeder bestaat dan immers uitsluitend uit aandelen. Als de kinderen vervolgens in de voortzettingstermijn besluiten de bv juridisch te splitsen in een beleggings-bv en een ondernemings-bv, zou de faciliteit bij de voortzettende dochter voor de helft vervallen en bij de niet-voortzettende zoon volledig. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat de kinderen gerechtigd zijn tot de onverdeelde nalatenschap van hun moeder, wat betekent dat ze de samenstelling ervan nog kunnen wijzigen. Verdedigd kan dus worden dat ook het splitsen zodoende mogelijk zou zijn. Wel is daarbij van belang dat het beleggingsvermogen wordt afgesplitst. Het komt mij namelijk voor dat art. 35f SW 1956 niet de ruimte laat voor de *zuivere* splitsing, omdat lid 1 van dat artikel spreekt van “het ondernemingsvermogen”. Het ondernemingsvermogen waar het in casu om draait, bestaat uit aandelen. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat de toepassing van art. 35f SW 1956 niet kan zien op aandelen die ten tijde van het overlijden nog niet bestonden. Als het beleggingsvermogen echter wordt afgesplitst, lijkt het wel goed te gaan. Juist nu de BOF niet als boedelfaciliteit is vormgegeven – de staatssecretaris heeft zich hier ondubbelzinnig tegen verzet – is het in lijn met de ratio van de BOF dat de faciliteit enkel (en volledig) van toepassing is op de verkrijger die de onderneming voortzet. Dat hiervoor na overlijden een reorganisatie nodig is, bijvoorbeeld in de zin van een juridische splitsing, is daarbij terecht ondergeschikt aan de doelstelling van de BOF de voortzettende verkrijger te faciliteren.

Art. 35f SW 1956 kan overigens niet worden toegepast om een onderneming te splitsen in twee ondernemingen, waarna (bijvoorbeeld) de zoon de ene onderneming voortzet en de dochter de andere onderneming (vgl. het hiervoor in paragraaf 8.2.5.5 genoemde voorbeeld). Dit artikel kan ingevolge het eerste lid immers alleen worden toegepast voor zover bij de verkrijger de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen toeneemt als gevolg van de verdeling van de nalatenschap. Dat is bij geen van beiden het geval.

8.3 Intrekingsgrond 2: aandelen omzetten in (cum)prefs of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken

8.3.1 Algemeen

Naast het vervreemdingsverbod mag sinds 1 januari 2010 tevens de aanspraak van de verkregen AB-aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen niet worden beperkt. Met andere woorden: de gerechtigdheid van de verkrijger tot de verkregen vermogensbestanddelen (AB-aandelen) moet op peil blijven. De wetgever is hier dus afgeweken van het vervreemdingsbegrip uit de AB-regeling omdat de specifieke aard van de BOF vereist dat de winstgerechtigdheid van de verkrijger gedurende de

⁴⁴⁹ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.5.0.A (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

voortzettingsperiode *in economische zin* niet mag afnemen.⁴⁵⁰ De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat de verkrijger als ondernemer betrokken blijft bij de onderneming. Hiervan is sprake als de verkrijger in economische zin volwaardig gerechtigd blijft tot de winsten en waardeontwikkeling. Zo niet, dan zet de verkrijger niet langer de positie van de erflater of schenker voort, waardoor de wetgever hem niet langer beschouwt als bedrijfsopvolger.⁴⁵¹

8.3.2 Omzetting in (cumulatief) preferente aandelen

Dat de gerechtigdheid in economische zin op peil moet blijven, betekent allereerst dat gewone aandelen niet mogen worden omgevormd tot aandelen die alleen dividend over een vast kapitaal verstrekken, zoals bijvoorbeeld (cumulatief) preferente aandelen. Dit ‘omzettingsverbod’ geldt ook als voor de inkomstenbelasting geen vervreemding wordt geconstateerd omdat wordt voldaan aan de voorwaarden van onderdeel 4.3 van het AB-Besluit 2018.⁴⁵² Dat voor de BOF desondanks een vervreemding wordt geconstateerd, kan worden verklaard vanuit de doelstelling van de BOF. In de visie van de wetgever zet de verkrijger bij een omzetting de positie van de schenker of erflater immers niet daadwerkelijk voort omdat in de regel (het belang bij) een deel van de in de aandelen belichaamde rechten verschuift naar een ander, waardoor de verkrijger niet langer kan worden beschouwd als bedrijfsopvolger.⁴⁵³ De staatssecretaris merkt hierover op:

“Indien de aandelen worden omgezet in preferente aandelen, waarbij gewone aandelen worden toegekend aan een ander, behoudt de verkrijger zich als het ware alle stille reserves voor en is hij tegelijkertijd niet meer degene die de onderneming voortzet.”⁴⁵⁴

Met dit ‘omzettingsverbod’ is dus rechtsvormneutraliteit bereikt ten opzichte van de IB-ondernemer die zijn onderneming inbrengt in een personenvennootschap waarbij hij de stille reserves voorbehoudt.⁴⁵⁵

De NOB noemt het ‘omzettingsverbod’ van art. 35e, lid 1, onderdeel c, onder 2^e SW 1956 erg absoluut. De Orde is van mening dat omzetting in preferente aandelen ook voor de BOF mogelijk zou moeten zijn als een dergelijke omzetting voor de inkomstenbelasting gefacilieerd kan plaatsvinden, dat wil zeggen dat op verzoek geen vervreemding in de AB-sfeer plaatsvindt. Het ligt volgens de Orde voor de hand dat dit doorwerkt naar de BOF.⁴⁵⁶ Ik kan mij echter niet vinden in de kritiek van de NOB. Aangezien de verkrijger bij de omzetting in (cumulatief) preferente aandelen niet langer de positie van de overdrager als ondernemer voortzet, maar in feite ‘terugtreedt’ tot een kapitaalverschaffer, past het mijns inziens binnen de ratio van de BOF dat de faciliteit vervalft. De wetgever heeft immers vooropgesteld dat de verkrijger als ondernemer bij de onderneming betrokken blijft. Als een versoepeling op dit punt zou zijn toegestaan, wordt bovendien de werking van art. 35c, lid 4 SW 1956 volledig gefrustreerd. Zoals ik in paragraaf 3.4 heb uiteengezet, tracht deze bepaling te bewerkstelligen dat, onder vrij strikte

⁴⁵⁰ *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, onderdeel S&E.11.4.0 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

⁴⁵¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46.

⁴⁵² Het gaat erom dat ‘oude’ aandelen met de ‘nieuwe’ aandelen kunnen worden vereenzelvigd. In dat geval wordt voor de inkomstenbelasting geen vervreemding geconstateerd omdat de economische betekenis van de aandelen vóór de statutenwijziging (de ongewijzigde aandelen) overeenkomt met de economische betekenis van de aandelen na de statutenwijziging (de gewijzigde aandelen). Er wordt pas een vervreemding geconstateerd als hierdoor een zodanige verandering van financiële rechten is opgetreden dat de gewijzigde aandelen niet met de ongewijzigde aandelen kunnen worden vereenzelvigd.

⁴⁵³ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 28-29 en 34-35, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 80 en AB-Besluit 2018, onderdeel 4.3.

⁴⁵⁴ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 10.

⁴⁵⁵ Voor de IB vindt namelijk (nog) geen afrekenmoment plaats op het moment dat een IB-onderneming met een voorbehoud van stille reserves wordt ingebracht in personenvennootschap. Toch vervalft ook in die situatie de faciliteit voor zover de winstgerechtigdheid overgaat op de andere firmant. Ik verwijs naar hetgeen ik hierover heb opgemerkt in paragraaf 6.3.4.

⁴⁵⁶ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. E, p. 4 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F, p. 9-10.

voorwaarden, ook de verkrijging van preferente aandelen kan kwalificeren voor de BOF. Als vervolgens een versoepeling zou worden opgenomen die ertoe strekt dat de verkrijger zijn verkregen gewone aandelen kan omvormen in preferente aandelen, kunnen de (voortzettings)voorwaarden die de wetgever heeft gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen vrij eenvoudig worden omzeild. Aangezien de wetgever voor ogen heeft gestaan dat de verkrijger als ondernemer bij de onderneming betrokken blijft, oftewel in economische zin volwaardig gerechtigd blijft tot de winsten en waardeontwikkeling, is het omzettingsverbod mijns inziens in lijn met de ratio van de BOF.

8.3.3 Op andere wijze de gerechtigdheid tot de AB-aandelen wijzigen

Niet alleen het omzetten van aandelen in preferente aandelen leidt ingevolge de tweede intrekkingsgrond tot verval van de voorwaardelijke vrijstelling, maar art. 35e, lid 1, onderdeel c, ten 2^e SW 1956 bepaalt dat dit ook het geval is als op andere wijze de aanspraak van de verkregen aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen wordt beperkt. De wetgever ziet de verkrijger die niet (langer) volwaardig deelt in de winsten en verliezen van de vennootschap namelijk niet als ondernemer in de zin van de BOF.⁴⁵⁷ De wetgever heeft nagelaten te formuleren wat precies moet worden verstaan onder 'toekomstige winsten of waardeontwikkelingen op andere wijze beperken'. Volgens Heithuis zal bijvoorbeeld de omvorming van gewone aandelen in soort aandelen die niet tevens kwalificeren als (cumulatief) preferente aandelen er vermoedelijk onder vallen.⁴⁵⁸ Een dergelijke verlettering wordt voor de inkomstenbelasting niet als vervreemding aangemerkt als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.⁴⁵⁹ Om dezelfde redenen als hiervoor in paragraaf 8.3.2 besproken ten aanzien van de omzetting in preferente aandelen, wordt voor de BOF echter zonder meer een vervreemding geconstateerd. Volgens Heithuis is onduidelijk voor welke gevallen dit nog meer geldt.⁴⁶⁰ Dat dit begrip niet uitputtend is omschreven, past mijns inziens binnen de ratio van de BOF. Het gaat er immers om dat de verkrijger in economische zin volwaardig gerechtigd blijft tot de winsten en waardeontwikkeling. Deze gerechtigdheid kan nu eenmaal op verschillende manieren worden beperkt, waardoor juist een economische benadering op zijn plek is. Wanneer de verlettering feitelijk echter neerkomt op een statutaire splitsing in twee ondernemingen, ben ik echter van mening dat de voorwaardelijke vrijstelling niet dient te vervallen. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 8.2.5.5.

De vraag rijst vervolgens of de intrekkingsgrond van art. 35e, lid 1, onderdeel c, ten 2^e SW 1956 ook van toepassing is als gedurende de voortzettingsperiode nieuwe aandelen worden uitgereikt aan een ander. Stel dat moeder haar 100%-belang in een bv schenkt aan haar dochter onder toepassing van de BOF. Als die dochter vervolgens bijvoorbeeld 20% van haar aandelen vervreemdt aan een derde, vervalt in zoverre de faciliteit (intrekkingsgrond 1). Van een dergelijke vervreemding is echter geen sprake als de vennootschap nieuwe aandelen emitteert aan de nieuwe aandeelhouder tegen inbreng van de werkelijke waarde, waarbij deze nieuwe aandeelhouder (dus) agio stort.⁴⁶¹ Volgens onder andere De Beer wordt in dat geval ook niet toegekomen aan de tweede intrekkingsgrond. Deze intrekkingsgrond ziet namelijk specifiek op de aandelen die de dochter houdt. En uit hoofde van *die* specifieke aandelen wordt de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen niet beperkt, terwijl dit in economische zin wel degelijk het geval is.

Dat in dit geval geen van de intrekkingsgrond van toepassing is (en de voorwaardelijke vrijstelling dus niet vervalt), valt te verklaren uit het feit dat het voortzettingsvereiste, kort gezegd, aansluit bij het AB-vervreemdingsbegrip (intrekkingsgrond 1), de vermindering van rechten ten aanzien van die aandelen

⁴⁵⁷ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 6.4 (geraadpleegd 6 augustus 2019).

⁴⁵⁸ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 269.

⁴⁵⁹ AB-Besluit 2018, onderdeel 4.3.

⁴⁶⁰ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 269.

⁴⁶¹ Zie A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2015/1353, onderdeel 6.1.a. en A.M.A. de Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', *WFR* 2009/1303, onderdeel 7.2.1, waarbij wordt verwezen naar HR 7 juni 1972, *BNB* 1972/227.

(intrekkingsgrond 2) en het IB-stakingsbegrip (intrekkingsgrond 3; zie hierna in paragraaf 8.4).⁴⁶² De eerste twee intrekkingsgronden zijn daarbij uitsluitend gericht op het aandelenbelang van het subject. De voorwaardelijke vrijstelling vervalt bij de uitgifte van *nieuwe* aandelen dus niet, ondanks dat de dochter in het genoemde voorbeeld, vanuit het object beredeneerd, de aanspraak van haar aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen in economische zin beperkt. Vanuit de ratio van de BOF bezien, is het niet terecht dat de voorwaardelijke vrijstelling in stand blijft als de toetreders de aandelen (en agio) zou volstorten in contanten. In dat geval is materieel bezien immers sprake van een vervreemding, hetgeen in zoverre tot verval van de voorwaardelijke vrijstelling zou moeten leiden. De verkrijger zet materieel bezien de onderneming immers niet langer voort voor zover de opbrengsten uit de onderneming toekomen aan de nieuwe aandeelhouder.⁴⁶³ Bovendien is op dit punt geen rechtsvormneutraliteit bereikt ten opzichte van de IB-onderneming. Als de verkrijger zijn IB-onderneming zou inbrengen in een personenvennootschap, vervalt de BOF voor zover de winstgerechtigdheid overgaat op de andere vennoot (zie paragraaf 6.3.4).

Alleen in het geval de toetreders de geëmitteerde aandelen tegen de werkelijke waarde volstort door inbreng van een onderneming⁴⁶⁴ is het vanuit de ratio van de BOF bezien terecht dat de voorwaardelijke vrijstelling niet vervalt. Vanuit de huidige regeling beredeneerd zou overigens ook in die situatie de voorwaardelijke vrijstelling moeten komen te vervallen, maar naar analogie is dit mijns inziens dezelfde situatie als het aangaan van een samenwerkingsverband in de winstsfeer of een (juridische) fusie in de AB-sfeer. Deze samenwerking wordt nu – ten onrechte – beperkt door de voortzettingsvereisten in de BOF.⁴⁶⁵

Dezelfde problematiek speelt (uiteeraard) bij een *indirect* aanmerkelijk belang (houdsterstructuur). Zoals ik in paragraaf 2.6 heb toegelicht, heeft de wetgever de verkrijging van een indirect belang zo veel mogelijk gelijk willen behandelen met de verkrijging van een direct belang. Om die reden kan het vermogen van de werkmaatschappij onder voorwaarden worden toegerekend aan de holding.⁴⁶⁶ De toets of sprake is van ondernemings- dan wel beleggingsvermogen vindt vervolgens plaats op het niveau van de holding. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de holding ophoudt winst te genieten voor zover niet langer aan de toerekeningsregel wordt voldaan.⁴⁶⁷ Dit speelt zowel bij verkoop van (een gedeelte van) de aandelen in de werkmaatschappij aan een derde als bij de uitgifte van nieuwe aandelen door de werkmaatschappij aan een derde. Door de werking van de toerekeningsregel vervalt – terecht – in beide gevallen pro rata de voorwaardelijke vrijstelling omdat nog maar een kleiner deel wordt toegerekend. Als de uitgifte van nieuwe aandelen echter plaatsvindt op het niveau van de holding vervalt de voorwaardelijke vrijstelling niet.⁴⁶⁸ Dus ook vanwege de vereiste rechtsvormneutraliteit tussen direct en indirect gehouden aandelen zou de uitgifte van nieuwe aandelen moeten leiden tot verval van de voorwaardelijke vrijstelling voor zover de winstgerechtigdheid in economische zin overgaat op een ander.

⁴⁶² A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319, onderdeel 8.6.

⁴⁶³ In gelijke zin S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst en P.-J. Swank, 'Knelpunten in de bedrijfsopvolgingsregeling', *Estate Planner Digitaal* 2011/02, onderdeel 4.2.3.

⁴⁶⁴ Of door inbreng van aandelen (aandelenfusie).

⁴⁶⁵ In gelijke zin T.C. Hoogwout, 'Wensen voor een nieuw beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FBN* 2012/9-48.

⁴⁶⁶ Ingevolge de 'consolidatieregeling' van art. 35c, lid 5 SW 1956.

⁴⁶⁷ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 78 en onderdeel 6.5 van het BOR-Besluit 2013.

⁴⁶⁸ T.C. Hoogwout, 'Wensen voor een nieuw beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FBN* 2012/9-48.

8.4 Intrekingsgrond 3: ophouden uit de onderneming of medegerechtigdheid winst te genieten

8.4.1 Algemeen

De derde intrekingsgrond ten aanzien van de verkrijging van AB-aandelen houdt in dat het lichaam winst moet blijven genieten uit de onderneming of de medegerechtigdheid.⁴⁶⁹ Omdat hiervoor dezelfde toets geldt als voor de verkrijging van een IB-onderneming en een medegerechtigdheid, verwijs ik naar hetgeen ik hierover heb opgemerkt in hoofdstuk 6 en 7. Hierna behandel ik enkel een aantal onderwerpen dat specifiek speelt bij de verkrijging van AB-aandelen.

8.4.2 ‘Terugtrekken’ van onderneming naar medegerechtigdheid

Als uitgangspunt geldt dat de verkrijger de positie van de overdrager moet voortzetten. De verkrijger mag het ondernemerschap gedurende de voortzettingsperiode dus niet afbouwen tot een medegerechtigdheid (zie paragraaf 6.2.5). Voor de verkrijging van een IB-onderneming is dit gewaarborgd door dit ‘terugtrekingsverbod’ expliciet op te nemen in art. 35e, lid 1, onderdeel a SW 1956. Als de verkrijging echter bestaat uit AB-aandelen, ontbreekt een soortgelijke bepaling in art. 35e, lid 1, onderdeel c, onder 3^e SW 1956, ondanks dat dezelfde toets wordt aangelegd. Op basis van de letterlijke tekst van dat artikelonderdeel mag een verkrijger van AB-aandelen de door het betreffende lichaam gedreven onderneming dus afbouwen tot een medegerechtigdheid zonder dat de vrijstelling wordt ingetrokken. Volgens De Beer betreft dit waarschijnlijk een omissie.⁴⁷⁰ Aanpassing van de wettekst zou evenwel niet noodzakelijk zijn als het terugtrekken van het ondernemerschap tot een medegerechtigdheid voor de inkomstenbelasting zou worden aangemerkt als een staking. Alsdan valt het terugtrekken immers gewoon onder de intrekingsgrond ‘ophouden uit de onderneming winst te genieten’.

Het stakingsbegrip moet ruim worden opgevat. Dit betekent (onder andere) dat in fiscale zin sprake is van een staking van een onderneming als iemand ophoudt winst uit onderneming te genieten omdat hij (bijvoorbeeld) niet langer kwalificeert als ondernemer als bedoeld in art. 3.4 Wet IB 2001. Hieruit volgt dat geen sprake is van een staking als de subjectieve onderneming (lees: het ondernemerschap van de verkrijger) in stand blijft, maar de verkrijger winst uit dezelfde objectieve onderneming blijft genieten in een andere hoedanigheid.⁴⁷¹ Met andere woorden: het lichaam waarin de verkrijger de aandelen houdt, gaat door het terugtrekken tot medegerechtigde weliswaar winst genieten op basis van een ander winstregime, maar omdat geen sprake is van een staking, houdt het lichaam niet op “uit de onderneming (...) winst te genieten.”⁴⁷² Ook de medegerechtigde valt immers onder het winstregime.⁴⁷³ Met De Beer ben ik van mening dat dit waarschijnlijk een omissie is. Vanuit de ratio van de BOF bezien en vanwege de vereiste rechtsvormneutraliteit ten opzichte van de verkrijging van een IB-onderneming, zou de wettekst op dit punt moeten worden aangepast.

8.4.3 Problematiek bij houdsterstructuren als gevolg van de toerekeningsregel

8.4.3.1 Algemeen

Zoals ik in paragraaf 3.4 heb toegelicht, geldt ingevolge art. 35c, lid 5 SW 1956 een bijzondere bepaling voor de verkrijging van AB-aandelen in een holdingvennootschap: de toerekeningsregel. Hierdoor worden de bezittingen en schulden van vennootschappen waarin de overdrager een indirect aanmerkelijk belang heeft (pro rata) toegerekend aan de houdstervennootschap waarin de overdrager een direct aanmerkelijk belang houdt. Vervolgens wordt de activiteiten- en vermogenstoets op het

⁴⁶⁹ Ingevolge art. 35e, lid 1, onderdeel c, onder 3^e SW 1956.

⁴⁷⁰ A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/1319, onderdeel 8.3.2.

⁴⁷¹ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.27.B.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

⁴⁷² Art. 35e, lid 1, onderdeel c, ten 3^e SW 1956.

⁴⁷³ *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.3.2.27.B.a (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

niveau van deze houdster toegepast.⁴⁷⁴ Ook de toets of nog aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, vindt hierdoor plaats op het niveau van de houdstervennootschap.⁴⁷⁵ In de parlementaire behandeling is hierover het volgende opgemerkt:

“Indien vermogensbestanddelen uit een aanmerkelijk belang zijn verkregen, (...) mag het lichaam niet ophouden winst te genieten. Dit (...) is ook aan de orde als de toerekening (...) niet langer van toepassing is, bijvoorbeeld omdat de aandelen in het lichaam waarin de onderneming van het concern wordt gedreven, wordt verkocht, of omdat dat lichaam haar onderneming staakt.”⁴⁷⁶

8.4.3.2 Overdracht deelneming

Als de holding aandelen in een werkmaatschappij (gedeeltelijk) overdraagt aan een overnemer die niet tot dezelfde consolidatiegroep behoort, staakt de houdstervennootschap in zoverre haar onderneming omdat de activiteiten van die werkmaatschappij voor dat gedeelte niet meer worden toegerekend aan de houdster. Hier geldt volgens de wetgever naar analogie dus hetzelfde als voor de IB-ondernemer die een zelfstandig onderdeel van de verkregen onderneming verkoopt (zie paragraaf 6.3.2), namelijk dat de onderneming (van het lichaam) voor dat gedeelte staakt.⁴⁷⁷ Met onder andere De Beer en Stevens ben ik echter om twee redenen van mening dat de staatssecretaris het voortzettingsvereiste op dit punt te streng uitlegt en er bovendien geen rechtsvormneutraliteit bestaat met de IB-onderneming.

Allereerst wordt de overdracht van een deelneming onmiddellijk als (gedeeltelijke) stakingsgrond aangemerkt, terwijl de verkoop van een zelfstandig onderdeel van de IB-onderneming slechts als (gedeeltelijke) staking wordt aangemerkt als niet in onmiddellijke samenhang daarmee activiteiten zijn geëntameerd die dezelfde economische identiteit hebben (zie paragraaf 6.3.2). Naar analogie zou dit moeten betekenen dat ook voor de verkrijger van AB-aandelen geen (gedeeltelijke) staking wordt geconstateerd als de houdstervennootschap een nieuwe deelneming verwerft, dan wel de houdstervennootschap zelf de nieuwe activiteit gaat verrichten die dezelfde economische plaats inneemt, zodat de identiteit van de onderneming wezenlijk dezelfde is gebleven.⁴⁷⁸ Volgens Stevens dient dit op concernniveau te worden getoetst.⁴⁷⁹

Daarnaast zou uit de opmerking van de staatssecretaris, dat de verkoop van een deelneming zonder meer leidt tot (gedeeltelijke) staking, afgeleid kunnen worden dat voor de verkrijger van AB-aandelen een strenger stakingsbegrip geldt dan voor de verkrijger van een IB-onderneming het geval is.⁴⁸⁰ Volgens de jurisprudentie die hierover in de inkomstenbelasting is gewezen, is immers pas sprake van (gedeeltelijke) staking als, simpel gezegd, een zelfstandig onderdeel van de onderneming wordt verkocht (zie paragraaf 6.3).⁴⁸¹ Als de staatssecretaris werkelijk bedoeld heeft dat *iedere* verkoop van een deelneming in zoverre leidt tot verval van de voorwaardelijke vrijstelling, ongeacht het antwoord op de vraag of de activiteiten in die deelneming kunnen worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van een onderneming, zou dat inderdaad een strenger stakingsbegrip betekenen. Een dergelijke ongelijke behandeling zou vanuit het perspectief van rechtsvormneutraliteit onwenselijk zijn. Hoewel ik dit niet uit de letterlijke tekst van onderdeel 6.5 van het BOR-Besluit 2013 kan opmaken, ga ik er om die reden van

⁴⁷⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 31 930, nr. 10, p. 22.

⁴⁷⁵ A.M.A. de Beer, ‘Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2015/1353, onderdeel 6.1.a.

⁴⁷⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 46.

⁴⁷⁷ Zie BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.5.

⁴⁷⁸ A.M.A. de Beer, ‘Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2015/1353, onderdeel 6.1.b.

⁴⁷⁹ S.A. Stevens, ‘Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit’, *WFR* 2008/339, onderdeel 5.2. Stevens is overigens van mening dat de faciliteit niet moet vervallen zolang de verkoopopbrengst niet behoort tot de overtollige liquide middelen van de onderneming. Ik ben echter van mening dat een dergelijke ruime uitleg niet past binnen de ratio van de BOF. Ik verwijs naar paragraaf 6.2.1.

⁴⁸⁰ Zie BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.5.

⁴⁸¹ S.A. Stevens, ‘Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit’, *WFR* 2008/339, onderdeel 5.2.

uit dat de staatssecretaris heeft bedoeld dat de voorwaardelijke vrijstelling enkel vervalt voor zover de deelneming (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming drijft.

8.4.3.3 Staking activiteiten deelneming

Als de werkmaatschappij waarin de overdrager indirect een aanmerkelijk belang hield (geheel of gedeeltelijk) haar onderneming staakt, wordt deze staking gezien als een staking van de houdstervennootschap. Deze staakt dan in gelijke mate. Ten aanzien van de staking van de onderneming van een deelneming merkt De Beer mijns inziens terecht op dat het vermogen van die vennootschap toegerekend blijft worden aan de houdstervennootschap. Toerekening vindt immers plaats zolang aan de voorwaarden van art. 35c, lid 5 SW 1956 is voldaan. Aangezien de stakingstoets plaatsvindt op het niveau van de houdstervennootschap, leidt de overdracht van de ondernemingen binnen de consolidatiegroep niet tot (partiële) staking. Volgens De Beer is het daarbij onverschillig wat de tegenprestatie is (aandelen, schuldigerkenning of contanten). Dit is pas anders als de overnemer niet tot de consolidatiegroep behoort.⁴⁸² In dat geval wordt in zoverre immers pas een staking geconstateerd op het niveau van de holding.

8.4.4 Reorganisatie(on)mogelijkheden tijdens voortzettingsperiode

8.4.4.1 Algemeen

Dat het lichaam waarin de AB-aandelen worden verkregen de onderneming (of medegerechtigdheid) moet voortzetten, zou betekenen dat de vennootschapsstructuur als het ware gedurende vijf jaren wordt 'bevroren'. De wetgever heeft ook hier materieel invulling willen geven aan het voortzettingsvereiste. Ook op het niveau van het lichaam zijn dus uitzonderingen geformuleerd.

8.4.4.2 Geruisloze terugkeer uit de bv

De eis dat het lichaam de onderneming of medegerechtigdheid moet voortzetten, zou betekenen dat de voorwaardelijke vrijstelling vervalt bij de (geruisloze) terugkeer uit de bv. Het is dan immers niet langer het lichaam dat de onderneming voortzet. In art. 10, lid 1, onderdeel b Uitv.reg. S&E is hiervoor onder voorwaarden een uitzondering opgenomen omdat enkel de juridische huls wijzigt en de onderneming materieel gezien nog steeds wordt voortgezet. Aangezien de terugkeer uit de bv ook gevolgen heeft voor de verkrijger, heb ik deze (uitzondering op de) intrekkingsgrond reeds behandeld onder intrekkingsgrond 1 in paragraaf 8.2.5.2.

8.4.4.3 Bedrijfsfusie

Van een bedrijfsfusie is ingevolge art. 14 Wet Vpb 1969 sprake als het lichaam waarin de verkrijger AB-aandelen heeft verkregen (de overdrager) de onderneming, of een zelfstandig onderdeel hiervan, inbrengt in een ander lichaam (de overnemer) tegen uitreiking van aandelen⁴⁸³. Door een dergelijke 'uitzak' van (een gedeelte van) de onderneming naar een (hiertoe op te richten) dochtervennootschap, houdt de eerste vennootschap in zoverre op de onderneming te drijven. Dit leidt zodoende in beginsel tot het vervallen van de faciliteit. Vanwege de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 zou echter verdedigd kunnen worden dat het lichaam waarin de AB-aandelen zijn verkregen (bij fictie) nog steeds de onderneming drijft. Volgens De Beer is de toerekeningsregel namelijk van toepassing op heel Hoofdstuk IIIA van de SW 1956 (Bedrijfsopvolging) en dus ook op het voortzettingsvereiste.⁴⁸⁴ Dit impliceert overigens wel dat de toerekeningsregel op het moment van de bedrijfsfusie reeds wordt toegepast uit hoofde van een indirect aanmerkelijk belang van de schenker of erflater als bedoeld in art. 35c, lid 5 SW 1956. Als dat inderdaad het geval is, ben ik met onder andere De Beer van mening dat een

⁴⁸² A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2015/1353, onderdeel 6.1.a.

⁴⁸³ De overnameprestatie kan ingevolge art. 14, lid 6 Wet Vpb 1969 overigens ook bestaan uit winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid of lidmaatschapsrechten.

⁴⁸⁴ A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2015/1353, onderdeel 5.

bedrijfsfusie niet leidt tot verval van de voorwaardelijke vrijstelling omdat de holding, vanwege de toerekeningsregel, geacht wordt (nog steeds) de onderneming te drijven. Aan een beroep op de uitzondering van art. 10, lid 1, onderdeel e Uitv.reg. S&E wordt dan niet toegekomen.

Dit is evenwel anders als de verkrijger aandelen verkrijgt in een enkelvoudige werkmaatschappij. In dat geval wordt immers niet toegekomen aan de toerekeningsregel. Dit volgt uit de letterlijke tekst van de toerekeningsregel:

“Ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang (...) hield, direct of indirect *een belang heeft in een ander lichaam* [cursivering LK], worden (...) de bezittingen en schulden van dat andere lichaam (...) toegerekend aan eerstbedoeld lichaam.”⁴⁸⁵

Uit deze bepaling blijkt dat pas wordt toegekomen aan de toerekeningsregel als de holding op het moment van verkrijging reeds een belang had in een ander lichaam. Als de holdingstructuur daarentegen pas ontstaat bij de bedrijfsfusie, wordt niet toegekomen aan de toerekeningsregel. In dat geval zou de bedrijfsfusie dus wel degelijk leiden tot een (gedeeltelijke) staking van de onderneming en een evenredig verval van de voorwaardelijke vrijstelling. Voor een dergelijke bedrijfsfusie kan echter een beroep worden gedaan op de uitzondering van art. 10, lid 1, onderdeel e Uitv.reg. S&E, mits de fusie geruisloos⁴⁸⁶ plaatsvindt en de verkrijger indirect enig aandeelhouder wordt van het lichaam waarin de onderneming voortaan wordt gedreven (de overnemer). Deze uitzondering geldt ingevolge onderdeel 6.6 van het BOR-Besluit 2013 ook voor de ‘uitzak’ binnen de fiscale eenheid, mits de onderneming wordt overgedragen tegen uitreiking van aandelen. Vanuit het oogpunt van toegankelijkheid (en rechtszekerheid) verdient het echter de voorkeur dat deze goedkeuring wordt opgenomen in de uitvoeringsregeling.⁴⁸⁷ De uitzondering had bovendien eenvoudiger ingekleed kunnen worden door bij de bedrijfsfusie aansluiting te zoeken bij de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956.

Voorts kan de eis dat de verkrijger indirect enig aandeelhouder wordt van het lichaam waarin na de bedrijfsfusie de onderneming wordt gedreven beperkend werken. Door het vereiste enig aandeelhouderschap is het immers niet mogelijk dat de onderneming vanuit twee vennootschappen uitzakt. Dit heeft de staatssecretaris ook ingezien. Hij heeft hiervoor een goedkeuring gegeven, mits wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

1. De verkrijger heeft samen met een of meer anderen op hetzelfde moment een onderneming verkregen als bedoeld in art. 3.2 van de Wet IB 2001;
2. Elke verkrijger heeft zijn verkregen onderneming met toepassing van art. 3.65 van de Wet IB 2001 omgezet in een bv, als bedoeld in art. 10, eerste lid, onderdeel a, van de Uitvoeringsregeling;
3. Na de omzetting brengt elke bv haar onderneming met toepassing van art. 14 van de Wet VPB 1969 in een nieuw opgerichte gezamenlijke dochter-bv in; en
4. De verkrijger behoudt gedurende de voortzettingsperiode (indirect) dezelfde gerechtigdheid tot de bv's en de onderneming.⁴⁸⁸

Deze goedkeuring geldt dus alleen voor de situatie waarin twee bedrijfsopvolgers ieder hun verkregen *IB-onderneming* – feitelijk is sprake van een personenvennootschap – omzetten in een persoonlijke houdster, waarna beide ondernemingen uitzakken in een bv waarvan de beide houdsters naar rato aandeelhouder zijn. De figuur van een bedrijfsfusie is dus niet mogelijk om een houdsterstructuur te creëren bij (bijvoorbeeld) meerdere verkrijgers van *AB-aandelen*. Ondanks dat in dat geval uiteraard een

⁴⁸⁵ Art. 35c, lid 5, aanhef SW 1956.

⁴⁸⁶ Dat dit een onnodige eis is, heb ik onderbouwd in paragraaf 6.2.6.

⁴⁸⁷ Zie in gelijke zin E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Kluwer 2015, p. 180.

⁴⁸⁸ Zie BOR-Besluit 2013, onderdeel 6.7.

beroep kan worden gedaan op de goedkeuring ten aanzien van de aandelenfusie of juridische splitsing, en de gewenste structuur zo dus toch tot stand kan komen, lijkt mij dat niet wenselijk. Ook dit probleem zou overigens zijn opgelost als wordt aangesloten bij de toerekeningsregel.

8.4.4.4 Juridische fusie en splitsing

Als een lichaam juridisch splitst, gaat (een gedeelte van) het vermogen van de afsplitsende rechtspersoon onder algemene titel over naar de verkrijgende rechtsperso(n)en.⁴⁸⁹ Bij de juridische fusie gaat het aan de verdwijnende rechtspersonen toebehorende vermogen onder algemene titel over naar de verkrijgende rechtspersoon.⁴⁹⁰ In beide gevallen houdt het bij de fusie of splitsing betrokken lichaam geheel of gedeeltelijk op winst te genieten uit de onderneming die in dat lichaam werd gedreven. Als de verkrijger aandelen in een holdingstructuur heeft verkregen, geldt ten aanzien van juridische fusies en splitsingen op *indirect* niveau (lees: op het niveau van de werkmaatschappijen onderling of tussen de holding en de werkmaatschappijen) mijns inziens hetzelfde als ik hiervoor bij de behandeling van de bedrijfsfusie heb opgemerkt over de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956. Bij 'indirecte' fusies en splitsingen kan door de werking van de toerekeningsregel niet worden gesteld dat het lichaam waarop de verkregen aandelen (of winstbewijzen) betrekking hebben, (gedeeltelijk) ophoudt winst te genieten uit de onderneming. In dat geval wordt geen staking geconstateerd omdat de holding (nog steeds) geacht wordt de onderneming te drijven.

Bij de juridische fusie en splitsing op *direct* niveau is de toerekeningsregel niet van toepassing. Een dergelijke juridische fusie of splitsing heeft enerzijds gevolgen voor de aandeelhouder-natuurlijk persoon omdat een (fictieve) vervreemding wordt geconstateerd (zie paragraaf 8.2.5.4). Anderzijds heeft de juridische fusie of splitsing gevolgen op het niveau van het lichaam omdat dit lichaam (gedeeltelijk) ophoudt winst te genieten uit de onderneming. In dat geval kan een beroep worden gedaan op de uitzondering van art. 10, lid 1, onderdeel e Uitv.reg. S&E, mits de verkrijger indirect enig aandeelhouder is van het lichaam waaraan de onderneming is overgedragen. Dat hiervoor een uitzondering is opgenomen, past binnen de ratio van de BOF. De verkrijger zet de onderneming in materiële zin immers voort. Dat de eisen van (indirect) enig aandeelhouderschap en van de geruisloze varianten te beperkend werken, heb ik reeds toegelicht in paragrafen 6.2.6 en 8.2.5.4.

8.5 Conclusie

Het voortzettingsvereiste bij de verkrijging van AB-aandelen stelt zowel eisen aan de verkrijger (intrekkingsgronden 1 en 2) als aan het lichaam waarin de verkrijger AB-aandelen verkrijgt (intrekkingsgrond 3).

Voor de verkrijger geldt allereerst dat hij de verkregen aandelen of daarin liggende rechten niet mag vervreemden (intrekkingsgrond 1). Dit vervreemdingverbod is in lijn met de ratio van de BOF. Dit geldt ook voor het vervreemdingsverbod van de aan preferente gekoppelde gewone aandelen. Hiermee waarborgt de wetgever immers dat de verkrijger als ondernemer betrokken blijft bij de onderneming. De wetgever heeft ook bepaalde fictieve vervreemdingen uit de AB-regeling als vervreemding voor de BOF aangemerkt. Dit geldt in beginsel niet voor de fictieve vervreemdingen waarbij de verkrijger volledig gerechtigd blijft tot de verkregen aandelen en de onderneming materieel voortgezet blijft worden. Dit is in lijn met de ratio van de BOF. Alleen ten aanzien van het verlenen van een koopoptie ben ik van mening dat de BOF ten onrechte aansluit bij het vervreemdingsbegrip uit de AB-regeling. Zolang de optiehouder zijn recht niet heeft uitgeoefend, zet de verkrijger de onderneming namelijk gewoon voort. Pas op het moment dat de aandelen werkelijk worden vervreemd, dient de voorwaardelijke vrijstelling mijns inziens te vervallen. Dat de voorwaardelijke vrijstelling ook vervalt als de verkrijger bepaalde in de aandelen besloten liggende rechten vervreemdt, past binnen de ratio van de BOF. Als de verkrijger een gedeelte

⁴⁸⁹ Dit geldt voor zowel de zuivere splitsing als de afsplitsing. Zie *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, onderdeel VPB.2.6.0.B.d2 (online, laatste bijgewerkt op 2 maart 2019).

⁴⁹⁰ Zie artt. 2:309 en 2:311 BW voor de belangrijkste civielrechtelijke consequenties van een juridische fusie.

van zijn aandeelhoudersrechten prijsgeeft, zet hij immers niet langer de positie van de schenker of erflater voort.

Voorts is reorganiseren binnen de voortzettingsperiode slechts in beperkte mate mogelijk. Bij alle reorganisatieroutes moet namelijk gebruik worden gemaakt van de geruisloze variant. Dit werkt onnodig beperkend en draagt niet bij aan de doelstelling van de BOF. Ook de eis dat de verkrijger na de reorganisatie enig aandeelhouder moet worden, is overbodig. Hierdoor kan in de praktijk niet zonder meer worden gereorganiseerd zonder dat het behoud van de faciliteit in het gedrang komt. Uit de goedkeuringen die de staatssecretaris heeft geformuleerd lijkt weinig algemene werking uit te gaan. Slechts in zeer specifieke gevallen kan hier een beroep op worden gedaan. Zolang het belang dat de verkrijger heeft bij de objectieve onderneming gelijk blijft, is de verkrijger in materiële zin de voortzetter. Als hij daarbij niets realiseert en bovendien geen ander gerechtigd wordt, zou de faciliteit niet moeten vervallen. Dit geldt mijns inziens zowel voor fusies als voor splitsingen. Ten slotte zou de uitvoeringsregeling uitgebreid moeten worden met gevallen waarin aan deze toets is voldaan. Zodoende zou ook de statutaire splitsing gefacilieerd kunnen worden.

Ook mag de verkrijger de gewone aandelen niet omzetten in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken (intrekkingsgrond 2). Hiermee heeft de wetgever (mede) tot uiting gebracht dat de verkrijger als ondernemer bij de verkregen onderneming betrokken moet blijven. De houder van (cumulatief) preferente aandelen wordt immers gezien als kapitaalverschaffer in plaats van ondernemer. Dit omzettingsverbod is dus in lijn met de ratio van de BOF. Bovendien zou een versoepeling de werking van art. 35c, lid 4 SW 1956 frustreren.

Daarnaast mag de verkrijger niet op andere wijze de aanspraak van de verkregen aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken. Ook in dat geval wordt immers niet (volledig) de positie van de overdrager voortgezet. Uit de parlementaire behandeling blijkt niet expliciet wanneer hiervan sprake is. Dit past mijns inziens binnen de ratio van de BOF. De gerechtigdheid kan nu eenmaal op verschillende manieren worden beperkt, waardoor juist een economische benadering op zijn plek is. Desondanks valt de uitgifte van nieuwe aandelen niet onder deze intrekkingsgrond. Dit past mijns inziens niet binnen de ratio van de BOF, omdat de verkrijger in dat geval in economische zin niet langer volledig gerechtigd blijft tot de toekomstige winsten en waardeontwikkelingen van de *onderneming*. Hier zou een (materiële) vervreemding moeten worden geconstateerd voor zover de winstgerechtigdheid overgaat op de toetredende aandeelhouder. Dit zou eveneens op zijn plaats zijn vanuit het oogpunt van rechtsvormneutraliteit: enerzijds ten opzichte van de IB-ondernemer die zijn onderneming inbrengt in een personenvennootschap en anderzijds ten opzichte van de uitgifte van nieuwe aandelen op het niveau van de werkmaatschappij. Uitsluitend in het geval de toetredende aandeelhouder de aandelen volstort door inbreng van een onderneming of aandelen, zou de voorwaardelijke vrijstelling in stand moeten blijven. Deze situatie is vergelijkbaar met het aangaan van een samenwerkingsverband of juridische fusie in de AB-sfeer; de BOF dient mijns inziens op dit punt te worden uitgebreid.

Ten slotte volgt uit intrekkingsgrond 3 dat het lichaam winst moet blijven genieten uit de onderneming of de medegerechtigdheid. Hiervoor geldt dezelfde toets als voor de verkrijging van een IB-onderneming of een medegerechtigdheid. Toch is geen volledige rechtsvormneutraliteit bereikt. Voor de verkrijging van AB-aandelen is namelijk, anders dan voor de verkrijging van een IB-onderneming het geval is, niet expliciet bepaald dat het 'terugtrekken' naar medegerechtigde een intrekkingsgrond vormt. Hierdoor blijft de voorwaardelijke vrijstelling ten onrechte in stand als het lichaam 'terugtreedt' van ondernemer naar medegerechtigde. Deze omissie dient vanuit de ratio van de BOF gezien en vanwege de vereiste rechtsvormneutraliteit opgeheven te worden.

Tevens is vanwege de werking van de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 geen volledige rechtsvormneutraliteit bereikt. De verkoop van een deelneming leidt immers direct tot evenredig verval van de voorwaardelijke vrijstelling, terwijl de verkoop van een zelfstandig onderdeel van de IB-onderneming slechts als (gedeeltelijke) staking wordt aangemerkt als niet in onmiddellijke samenhang

daarmee activiteiten zijn geëntameerd die dezelfde economische identiteit hebben. Naar analogie zou hetzelfde moeten gelden voor de verkrijger van AB-aandelen. Daarnaast geldt voor de verkrijger van AB-aandelen wellicht een strenger stakingsbegrip dan voor de IB-ondernemer als de verkoop van een deelneming *zonder meer* zou leiden tot evenredig verval van de voorwaardelijke vrijstelling. Evenredige staking zou immers pas aan de orde moeten zijn als de activiteiten van de deelneming (kunnen) kwalificeren als (zelfstandig onderdeel van) een onderneming of als sprake is van een duurzame belangrijke inkrimping. Ik ga er dan ook van uit dat de staatssecretaris in onderdeel 6.5 van het BOR-Besluit 2013 bedoeld heeft dat pas sprake is van een gedeeltelijke staking voor zover de deelneming (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming drijft.

Verder houdt het lichaam in beginsel op uit de onderneming winst te genieten als sprake is van een terugkeer uit de bv, bedrijfsfusie, juridische fusie of juridische splitsing. Op het uitgangspunt dat het lichaam waarin de AB-aandelen worden verkregen winst moet blijven genieten uit de onderneming (of medegerechtigdheid), is vervolgens een aantal uitzonderingen geformuleerd ingeval de onderneming materieel door de verkrijger wordt voortgezet. Ten aanzien van de bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing wordt niet toegekomen aan de uitzonderingen als de holding vanwege de toerekeningsregel geacht wordt (nog steeds) de onderneming te drijven. Als de verkrijger daarentegen aandelen verkrijgt in een enkelvoudige werkmaatschappij (ten aanzien van de bedrijfsfusie) of hij weliswaar aandelen verkrijgt in een holdingmaatschappij, maar de juridische fusie of splitsing plaatsvindt op het niveau van de holding en de aandeelhouder, wordt pas toegekomen aan de uitzondering van art. 10, lid 1, onderdeel e Uitv.reg. S&E. Deze uitzondering geldt ten aanzien van de bedrijfsfusie ingevolge onderdeel 6.6 van het BOR-Besluit 2013 onder voorwaarden ook voor de 'uitzak' binnen de fiscale eenheid. Het verdient mijns inziens de aanbeveling dat de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 expliciet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard ten aanzien van de bedrijfsfusie, de juridische fusie tussen de holding en de werkmaatschappij en de juridische 'moeder-dochtersplitsing'. Bijkomend voordeel is dat de eis van een geruisloze bedrijfsfusie en de eis van enig aandeelhouderschap daarbij vervallen en dat de goedkeuring van de staatssecretaris ten aanzien van de 'uitzak' uit meerdere bv's, welke goedkeuring mijns inziens overigens te beperkt uitwerkt, eveneens kan vervallen. Voor de juridische fusie en splitsing 'opzij' op direct niveau dienen naar mijn mening de eisen dat sprake moet zijn van de geruisloze variant en enig aandeelhouderschap te vervallen.

9 Beoordeling voortzettingsvereiste bij verkrijging tbs-onroerende zaken

9.1 Inleiding

Zoals ik in paragraaf 3.5 heb aangegeven, is ten aanzien van tbs-onroerende zaken volgens de wetgever alleen sprake van ondernemingsvermogen als de verkrijger tegelijkertijd aandelen verkrijgt in het lichaam waaraan de schenker of erflater het pand ter beschikking stelde en het pand dienstbaar is aan de onderneming die dat lichaam drijft.⁴⁹¹ De voorwaardelijke vrijstelling vervalt ingevolge art. 35b, lid 5 SW 1956 juncto art. 35e, lid 1, onderdeel d SW 1956 dan ook als de verkrijger binnen vijf jaren na de verkrijging ophoudt de onroerende zaak geheel of voor een gedeelte ter beschikking te stellen aan dat lichaam, of de onroerende zaak (gedeeltelijk) ophoudt dienstbaar te zijn aan de door dat lichaam gedreven onderneming. Als de verkrijger niet langer aan deze eisen voldoet, functioneert de onroerende zaak in feite niet langer als ondernemingsvermogen van het lichaam waarin hij ook aandelen heeft verkregen en vervalt de voorwaardelijke vrijstelling.⁴⁹² Hierna ga ik achtereenvolgens in op het vereiste dat de verkrijger de tbs moet voortzetten (paragraaf 9.2), de dienstbaarheidseis (paragraaf 9.3) en het vervreemdingsverbod (paragraaf 9.4).

9.2 Ter beschikking blijven stellen aan hetzelfde lichaam

9.2.1 Algemeen

Dat de verkrijger de onroerende zaak ter beschikking moet blijven stellen aan hetzelfde lichaam, betekent dat de faciliteit mogelijk vervalt als zich een reorganisatie voordoet als bedoeld in paragraaf 8.2.5. De voorwaardelijke vrijstelling zou echter niet moeten vervallen als de tbs formeel gezien weliswaar eindigt, maar de verkrijger de onroerende zaak in materiële zin aan het lichaam ter beschikking blijft stellen. In die gevallen verandert enkel de juridische huls. Met de uitzonderingen van art. 10 Uitv.reg. S&E heeft de wetgever (ook) ten aanzien van tbs-onroerende zaken willen waarborgen dat de voorwaardelijke vrijstelling niet vervalt voor zover materieel wordt voortgezet. Enkel in geval van bijbetaling of voor zover een ander gerechtigd wordt, dient de voorwaardelijke vrijstelling te vervallen.⁴⁹³

De eis dat sprake is van een terbeschikkingstelling als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001 geldt daarbij alleen voor de schenker of erflater; de verkrijger hoeft enkel *materieel* ter beschikking te stellen. Hij hoeft dus niet daadwerkelijk uit hoofde van art. 3.92 Wet IB 2001 te worden belast in de inkomstenbelasting. Dit ligt in lijn met het feit dat de BOF ook niet vereist dat de verkrijger AB-houder wordt.⁴⁹⁴ Waarschijnlijk moet de invulling van het begrip ‘ter beschikking stellen’ wel worden uitgelegd aan de hand van art. 3.92 Wet IB 2001.⁴⁹⁵ Hieruit volgt mijns inziens impliciet dat de verkrijger ook als aandeelhouder betrokken moet blijven bij het betreffende lichaam. De aandeelhoudersrelatie is immers een wezenlijk onderdeel van art. 3.92 Wet IB 2001.

9.2.2 Geruisloze terugkeer

Art. 10, lid 2 Uitv.reg. S&E bepaalt dat de voorwaardelijke vrijstelling niet vervalt als de tbs eindigt als gevolg van een geruisloze terugkeer, mits de onroerende zaak binnen de oorspronkelijk verkregen onderneming gebruikt blijft worden. Deze uitzondering is in lijn met de ratio van de BOF.

⁴⁹¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44 en 76, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 106-107 en Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 34.*

⁴⁹² M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 45.

⁴⁹³ Dit blijkt onder andere uit de toelichting bij art. 10 Uitv.reg. S&E en *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.*

⁴⁹⁴ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 104-105.*

⁴⁹⁵ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 8.1.1 (geraadpleegd 6 augustus 2019).

9.2.3 Aandelenfusie, juridische fusie en splitsing

In art. 10, lid 3 Uitv.reg. S&E zijn uitzonderingen opgenomen ingeval de tbs eindigt als gevolg van een aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing en de tbs vervolgens wordt voortgezet aan de verkrijgende vennootschap.⁴⁹⁶ Deze uitzonderingen zijn in lijn met de ratio van de BOF.

9.2.4 Bedrijfsfusie

Een soortgelijke uitzondering als voor de aandelenfusie en de juridische fusie en splitsing van toepassing is, ontbreekt voor de bedrijfsfusie. Art. 10, lid 3 Uitv.reg. S&E verwijst immers niet naar lid 1, onderdeel e van dat artikel. Dit betekent dat de voorwaardelijke vrijstelling vervalt als het lichaam de onderneming, waaraan de door de verkrijger ter beschikking gestelde onroerende zaak dienstbaar is, in het kader van een bedrijfsfusie wordt overgedragen aan een ander lichaam. Dit hoeft evenwel in de praktijk niet tot verval van de voorwaardelijke vrijstelling te leiden als de onderneming ‘uitzakt’ vanuit een holdingmaatschappij. In dat geval wordt de holding, vanwege de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956, immers geacht de onderneming (nog steeds) te drijven. Bij fictie stelt de verkrijger de onroerende zaak dan onverkort ter beschikking aan hetzelfde lichaam. Dit is echter niet het geval als de verkrijger aandelen in een enkelvoudige werkmaatschappij verkrijgt. Zoals ik in paragraaf 8.4.4.3 heb aangegeven, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling dan in beginsel. Op grond van art. 10, lid 1, onderdeel e Uitv.reg. S&E kan ten aanzien van het lichaam onder voorwaarden een beroep worden gedaan op een uitzondering, maar een vergelijkbare uitzondering voor de ter beschikking gestelde onroerende zaak ontbreekt. Aangezien de verkrijger de onroerende zaak in materiële zin aan de onderneming van het lichaam ter beschikking blijft stellen, past het niet binnen de ratio van de BOF dat de voorwaardelijke vrijstelling desondanks vervalt.

9.3 Dienstbaar blijven aan de onderneming

Art. 35e, lid 1, onderdeel d, ten 2^e SW 1956 bepaalt voorts dat de onroerende zaak dienstbaar moet blijven aan de onderneming die wordt gedreven door het lichaam waarin de verkrijger AB-aandelen heeft verkregen. Wat precies onder ‘dienstbaar aan’ moet worden verstaan, is in de parlementaire behandeling niet duidelijk toegelicht.⁴⁹⁷ Als zou worden aangesloten bij de inkomstenbelasting, zou dit ‘dienstbaarheids criterium’ waarschijnlijk een ruimere werking hebben dan de wetgever voor ogen heeft gestaan. Voor art. 3.92 Wet IB 2001 is het namelijk onverschillig welke functie de onroerende zaak vervult in de onderneming van het lichaam.⁴⁹⁸ Ook als de aan het lichaam ter beschikking gestelde onroerende zaak zou worden (door)verhuurd, zou de voorwaardelijke vrijstelling in stand blijven, terwijl de onroerende zaak in dat geval niet functioneert als ondernemingsvermogen van de onderneming. Onder andere Kavelaars gaat er dan ook van uit dat de wetgever waarschijnlijk bedoeld heeft dat het enkel gaat om de onroerende zaken die in de onderneming worden gebruikt.⁴⁹⁹ De eis dat de onroerende zaak dienstbaar moet blijven aan de onderneming lijkt dan ook meer te zijn ontleend aan de voorwaarden voor toepassing van de vrijstelling voor de overdrachtsbelasting bij de verkrijging tijdens leven binnen de familiesfeer (art. 15, lid 1, onderdeel b, WBRV).⁵⁰⁰ Een dienovereenkomstige uitleg van het voortzettingsvereiste is in overeenstemming met de ratio van de BOF.

⁴⁹⁶ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. 277.

⁴⁹⁷ P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 167.

⁴⁹⁸ Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 8.2 (geraadpleegd 7 augustus 2019).

⁴⁹⁹ P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 167.

⁵⁰⁰ Voor deze vrijstelling geldt weliswaar enkel een voortzettingsintentie op het moment van verkrijging, maar wel is aan die vrijstelling de voorwaarde verbonden dat de onroerende zaak dienstbaar is aan de onderneming. Zie Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 2.3 (geraadpleegd 19 juni 2019) en Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer art. 15, aant. 2 (geraadpleegd 7 augustus 2019).

Aangezien art. 35c, lid 1, onderdeel d SW 1956 spreekt van “dienstbaar zijn aan de onderneming van een lichaam als bedoeld in onderdeel c” is het vervolgens de vraag of aan deze eis is voldaan als aandelen in een holdingmaatschappij worden verkregen. Een holding drijft in de regel immers geen onderneming. Vanwege de werking van de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 wordt de holding echter *geacht* een onderneming te drijven. Of aan de dienstbaarheidseis is voldaan, dient dus op het niveau van de toerekeningsbalans van de holdingmaatschappij te worden beoordeeld.⁵⁰¹

9.4 Vervreemdingsverbod

9.4.1 Algemeen

Hoewel de vervreemding van de onroerende zaak niet met zoveel woorden als intrekingsgrond is omschreven in art. 35e, lid 1, onderdeel d SW 1956, houdt de verkrijger uiteraard wel op de onroerende zaak ter beschikking te stellen aan de onderneming. De vervreemding hiervan leidt in beginsel dus tot het vervallen van de voorwaardelijke vrijstelling. Hiervoor heeft de wetgever in art. 10, lid 1, onderdeel f Uitv.reg. S&E echter twee uitzonderingen opgenomen: bij herinvestering in een nieuwe onroerende zaak die ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde vennootschap (paragraaf 9.4.2) en bij vervreemding door inbreng van de onroerende zaak in het lichaam waaraan deze ter beschikking werd gesteld (paragraaf 9.4.3).

9.4.2 Uitzondering bij herinvestering binnen zes maanden

Art. 10, lid 1, onderdeel f, ten 1^e Uitv.reg. S&E biedt de verkrijger de mogelijkheid de tbs-onroerende zaak binnen de voortzettingstermijn te vervreemden en te vervangen door een andere tbs-onroerende zaak, voor zover de nieuwe onroerende zaak ter beschikking wordt gesteld aan hetzelfde lichaam (en dezelfde onderneming). De verkoop van een tbs-onroerende zaak gevolgd door een herinvestering kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij verhuizing of uitbreiding van de onderneming.⁵⁰² Als dit niet leidt tot staking van die onderneming, geldt hiervoor een versoepeling, mits die nieuwe tbs-onroerende zaak niet reeds in het bezit is van de verkrijger en de herinvestering plaatsvindt binnen zes maanden na vervreemding.⁵⁰³ De vijfjaarstermijn loopt gedurende die ‘herinvesteringsperiode’ overigens gewoon door. De onderneming waaraan de onroerende zaak dienstbaar was, wordt gedurende die periode immers gewoon voortgezet.⁵⁰⁴ Dat vervanging mogelijk is, past binnen het uitgangspunt dat het voortzettingsvereiste niet ziet op separate vermogensbestanddelen, maar op de onderneming als zodanig. Zoals ik in paragraaf 3.5 heb toegelicht, wordt de tbs-onroerende zaak in feite gezien als ondernemingsvermogen van het lichaam dat de onderneming drijft.

9.4.3 Uitzondering bij vervreemding door inbreng tegen aandelen

De verkrijger houdt voorts op de onroerende zaak aan het lichaam ter beschikking te stellen als de onroerende zaak wordt vervreemd aan het lichaam waaraan het ter beschikking werd gesteld. Hiervoor geldt echter een uitzondering als de vervreemding plaatsvindt door een inbreng tegen aandelen, mits de verkrijger de enige aandeelhouder is van die vennootschap.⁵⁰⁵ De wetgever eist hier dus niet, in tegenstelling tot andere reorganisatiemogelijkheden waarbij de juridische huls wordt gewijzigd, dat de inbreng van de tbs-onroerende zaak gepaard gaat met een beroep op een doorschuifregeling in de Wet IB 2001 of de Wet Vpb 1969. Dit ligt op zich voor de hand, omdat hiervoor in de Wet IB 2001 geen doorschuifregeling geldt.⁵⁰⁶ Aan de andere kant geldt voor de verkoop van een tbs-onroerende zaak gevolgd door een herinvestering (zie hiervoor in paragraaf 9.4.2) wél een doorschuifregeling voor de

⁵⁰¹ A.M.A. de Beer, ‘Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen’, *WFR* 2015/1353, onderdeel 2.1.

⁵⁰² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 104-105.

⁵⁰³ Waarom de wetgever heeft gekozen voor een termijn van zes maanden is onduidelijk. Zie E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Kluwer 2015, p. 185.

⁵⁰⁴ Aldus Toelichting op de ministeriële regeling van 17 december 2009, nr. DB2009/175, Stcrt. 2009, 20619.

⁵⁰⁵ Art. 10, lid 1, onderdeel f, ten 2^e Uitv.reg. S&E.

⁵⁰⁶ Alleen voor het jaar 2010 gold ingevolge art. 3.99a, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001 een doorschuifregeling.

inkomstenbelasting, maar hiervan hoeft voor de BOF evenmin gebruik te worden gemaakt.⁵⁰⁷ Vanwege de eis dat de tegenprestatie bij de verkoop aan het lichaam moet bestaan uit aandelen in dat lichaam, zou een beroep op een doorschuifregeling overigens overbodig zijn.

Ten slotte past de eis dat sprake moet zijn van enig aandeelhouderschap mijns inziens enkel binnen de ratio van de BOF als er meerdere aandeelhouders zijn, waarbij de onroerende zaak niet in dezelfde verhouding wordt verkregen als de aandelen. Stel bijvoorbeeld dat moeder haar 100%-belang in gelijke delen schenkt aan haar zoon en dochter, maar haar tbs-onroerende zaak volledig aan haar dochter schenkt. Als de dochter deze onroerende zaak vervolgens zou inbrengen in die vennootschap tegen uitreiking van aandelen, komt vanaf dat moment feitelijk een deel van het belang bij die onroerende zaak toe aan haar broer. De onroerende zaak is immers overgaan op het vermogen van de vennootschap, waartoe ook haar broer gerechtigd is. Hoewel de inbrenger hiervoor navenant aandelen krijgt uitgereikt, zou de gerechtigdheid tot de onroerende zaak voor een gedeelte overgaan op een ander dan de verkrijger. Echter, als de zoon en dochter (ook) de onroerende zaak gezamenlijk zouden hebben verkregen van hun moeder en deze tegen uitreiking van aandelen zouden verkopen aan de vennootschap, verschuiven feitelijk geen rechten. De eis van enig aandeelhouderschap werkt dan te streng uit en past bovendien niet binnen de ratio van de BOF. Een uitzondering zou dus moeten worden opgenomen voor de situatie waarin bij de inbreng economisch gezien geen rechten overgaan op een ander.

9.5 Conclusie

De verkrijging van tbs-onroerende zaken neemt een bijzondere plaats in ten opzichte van de verkrijging van overige kwalificerende vermogensbestanddelen. De onroerende zaak als zodanig vormt namelijk niet de onderneming, maar deze wordt 'slechts' gebruikt als vermogensbestanddeel binnen de onderneming. Hiermee is rechtsvormneutraliteit bereikt ten opzichte van buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken. Als de verkrijger niet langer aan deze eisen voldoet, functioneert de onroerende zaak in feite niet langer als ondernemingsvermogen van het lichaam.

Hiervan is allereerst sprake als de verkrijger ophoudt de onroerende zaak aan het lichaam waarin hij gelijktijdig aandelen heeft verkregen ter beschikking te stellen. Deze eis wordt materieel ingevuld. Zodoende zijn voor de (geruisloze) terugkeer, aandelenfusie en de juridische fusie en splitsing uitzonderingen opgenomen in art. 10 Uitv.reg. S&E. Deze uitzonderingen liggen in lijn met de ratio van de BOF omdat in die gevallen materieel wordt voortgezet. De wetgever heeft mijns inziens echter ten onrechte nagelaten een soortgelijke uitzondering op te nemen voor de bedrijfsfusie. Dit zal in de praktijk overigens niet snel tot problemen leiden omdat de holding, vanwege de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956, geacht wordt de onderneming te drijven. Bij fictie stelt de verkrijger de onroerende zaak dan nog steeds ter beschikking aan hetzelfde lichaam. Deze toerekeningsregel is echter niet van toepassing als de verkrijger aandelen in een enkelvoudige werkmaatschappij verkrijgt. Toch blijft de verkrijger de onroerende zaak materieel aan het lichaam ter beschikking stellen. Vanuit de ratio van de BOF bezien zou de voorwaardelijke vrijstelling dan ook in stand moeten blijven.

Voorts vervalt de voorwaardelijke vrijstelling als de onroerende zaak niet langer dienstbaar is aan de onderneming. Dit veronderstelt dat het lichaam de onroerende zaak daadwerkelijk blijft gebruiken binnen de onderneming en deze niet gaat (door)verhuren aan een derde. Een dienovereenkomstige uitleg van het voortzettingsvereiste is in overeenstemming met de ratio van de BOF.

Ten slotte vervalt de voorwaardelijke vrijstelling in beginsel als de verkrijger de onroerende zaak vervreemdt. Hiervoor gelden echter twee uitzonderingen. Zo heeft de verkrijger de mogelijkheid de tbs-onroerende zaak binnen de voortzettingstermijn te vervangen, mits de herinvestering binnen zes

⁵⁰⁷ Het gaat dan om de doorschuifregeling van art. 3.64 juncto art. 3.95, lid 2 Wet IB 2001. Zie Vakstudie Successiewet art. 35e SW 1956, aant. 2.4.1 (geraadpleegd 19 juni 2019).

maanden heeft plaatsgevonden. Dit past binnen het uitgangspunt dat het voortzettingsvereiste niet ziet op separate vermogensbestanddelen, maar op de onderneming als zodanig. Daarnaast geldt een uitzondering als de onroerende zaak wordt vervreemd aan het lichaam waaraan de onroerende zaak ter beschikking werd gesteld, mits de tegenprestatie bestaat uit aandelen in dat lichaam. De eis dat sprake moet zijn van enig aandeelhouderschap kan daarbij in voorkomende gevallen te beperkend uitwerken. Zolang economisch gezien geen rechten overgaan op een ander, zou de uitzondering vanuit de ratio van de BOF gezien, van toepassing moeten zijn. Enkel de juridische huls verandert dan immers en de verkrijger zet in materiële zin nog steeds voort.

10 Conclusie en aanbevelingen

10.1 Ratio BOF, onderzoeksvraag en toetsingskader

De SW 1956 kent voor de schenking en vererving van ondernemingsvermogen al jaren een BOF. De BOF is voor het laatst ingrijpend gewijzigd per 1 januari 2010. Daarbij is de voorwaardelijke vrijstelling verhoogd naar een vrijstelling van 100% tot de eerste € 1.084.851 (cijfer 2019) en 83% over het meerdere. Over het restant moet wel schenk- of erfbelasting worden betaald, maar hiervoor geldt een uitstel van betalingsregeling. Per saldo wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen dus nagenoeg geheel vrijgesteld van schenk- of erfbelasting. Hierdoor worden verkrijgers van ondernemingsvermogen gunstiger behandeld dan verkrijgers van ander vermogen. Hoewel de rechter heeft geoordeeld dat de wetgever met dit onderscheid binnen zijn (zeer) ruime beoordelingsvrijheid is gebleven, heeft de wetgever met de BOF wel degelijk het gelijkheidsbeginsel van art. 1 GW geschonden: de vereiste proportionaliteit tussen het doel en het gekozen middel ontbreekt.

Met de BOF wil de wetgever voorkomen dat voor de heffing van schenk- of erfbelasting ter zake van een bedrijfsopvolging liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Bij de wetwijzigingen in 2010 is benadrukt dat de BOF uitsluitend van toepassing zou moeten zijn bij *reële* bedrijfsopvolgingen: een overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet. De wetgever heeft daarbij benadrukt dat het erom gaat dat de verkrijger de positie van de schenker of erflater voortzet. Als hij dat niet doet, ziet de wetgever de verkrijger niet langer als *bedrijfsopvolger* en moet de voorwaardelijke vrijstelling vervallen. Het voortzettingsvereiste zou dit moeten waarborgen. In deze masterthesis heb ik onderzocht in hoeverre het voortzettingsvereiste in overeenstemming is met de omschreven doelstelling van de BOF. Een rechtsvergelijking met Vlaanderen vormde onderdeel van mijn onderzoek. De volgende onderzoeksvraag stond daarbij centraal:

“In hoeverre waarborgen het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste, de in art. 10 Uitv.reg. S&E opgenomen uitzonderingen en de in het BOR-Besluit 2013 opgenomen goedkeuringen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit als bedoeld in Hoofdstuk IIIA van de SW 1956 uitsluitend wordt verleend bij reële bedrijfsopvolgingen en welke aspecten van het voortzettingsvereiste van de Vlaamse gunstregeling kunnen worden overgenomen om die doelstelling (verder) invulling te geven?”

Concreet heb ik deze vraag beantwoord door allereerst te beoordelen in hoeverre een voortzettingsvereiste als zodanig bijdraagt aan de doelstelling van de BOF. Vervolgens heb ik de effectiviteit en de noodzaak van een harde voortzettingstermijn geanalyseerd. Ten slotte ben ik per kwalificerend vermogensbestanddeel nagegaan in hoeverre de invulling van het voortzettingsvereiste waarborgt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Ter beoordeling hiervan heb ik op basis van de parlementaire behandeling een toetsingskader geformuleerd. Als een bepaalde situatie past binnen het gestelde toetsingskader, zou de BOF van toepassing moeten zijn.

10.2 Conclusie en aanbevelingen voortzettingstermijn

Het voortzettingsvereiste bepaalt, kort gezegd, dat de verkrijger de verkregen onderneming gedurende een periode van vijf jaren moet voortzetten. Hiermee heeft de wetgever tot uiting willen brengen dat met de BOF – de naam zegt het al – de *opvolging* van een bedrijf centraal wordt gesteld. Uit de parlementaire behandeling blijkt dan ook ondubbelzinnig dat de wetgever enkel de voortzettende ondernemer heeft willen faciliteren. De wetgever heeft daarbij verschillende keren vooropgesteld dat de opvolger de verkregen onderneming daadwerkelijk gedurende een bepaalde periode moet voortzetten. Dat dit een *vijfjaarstermijn* moet zijn, heeft de wetgever in 1984 – de BOF behelsde toen slechts een zeer beperkte betalingsfaciliteit – onderbouwd door te overwegen dat de termijn “enerzijds op uitvoeringstechnische gronden niet te lang mag zijn en anderzijds met het oog op het doel van de

regeling ook weer niet te kort mag zijn.”⁵⁰⁸ Deze voortzettingstermijn is in de periode van 1997 tot 2002 verlengd naar tien jaren, maar is daarna weer teruggedraaid naar vijf jaren. Een duidelijke onderbouwing hiervoor ontbreekt.

De vraag rijst dan of een harde voortzettingstermijn bijdraagt aan de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Dit lijkt niet het geval te zijn. Een harde termijn abstraheert immers van het motief van de verkrijger: als niet is voldaan aan de voortzettingstermijn, wordt *aangenomen* dat de verkrijger geen voortzettingsmotief had. Ook als de verkrijger als gevolg van onvoorziene omstandigheden niet in staat blijkt te zijn de onderneming voort te zetten, vervalt de faciliteit dus. Dit neemt echter niet weg dat op het moment van verkrijger wel degelijk sprake was van een reële bedrijfsopvolging. Andersom geldt hetzelfde: als eenmaal is voldaan aan de voortzettingstermijn, wordt aangenomen dat de verkrijger het motief had de onderneming voort te zetten. Dit hoeft echter geenszins het geval te zijn: ook de verkrijger zonder voortzettingsintentie kan de faciliteit deelachtig worden als hij de termijn ‘uitzit’. Harde termijnen werken oneigenlijk gebruik op die manier in de hand. Vanwege de hoogte van de vrijstelling en het feit dat de BOF onderscheid maakt tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en de verkrijgers van ander vermogen, zullen belastingplichtigen immers pogen onder het toepassingsbereik van de BOF te vallen. Door het stellen van een harde vijfjaarstermijn probeert de wetgever oneigenlijk gebruik weliswaar enigszins tegen te gaan, maar gezien het financiële belang dat gemoeid is met de BOF is het de moeite waard zodanig te plannen dat optimaal gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling, terwijl op voorhand al duidelijk is dat van een voortzettingsintentie geen sprake is. Een vijfjaarstermijn lijkt in onvoldoende mate een drempel op te werpen tegen oneigenlijk gebruik.

Tegenover dit risico op oneigenlijk gebruik staat het risico op ‘dwangondernemerschap’: er is weliswaar sprake van een reële bedrijfsopvolging, maar een ondernemer houdt bijvoorbeeld een niet-rendabele activiteit van de onderneming in stand tot net na het verstrijken van de termijn, enkel ter voorkoming van verval van de faciliteit. Hier is sprake van een tegengesteld effect. Dit door (onder andere) Hoogeveen geconstateerde risico wordt namelijk juist aannemelijker en bezwaarlijker naarmate de termijn langer is. Vanuit bedrijfseconomisch perspectief zou het immers wenselijk zijn deze activiteit (eerder) af te stoten.

Een motiefvereiste gecombineerd met een wettelijk bewijsvermoeden zou hiervoor een oplossing kunnen bieden. Dit houdt in dat bij verkoop of beëindiging binnen een bepaalde periode verondersteld wordt dat sprake was van een misbruikmotief, maar dat de verkrijger de mogelijkheid heeft het tegendeel aannemelijk te maken. De termijn van het bewijsvermoeden kan dan worden gezien als omslagpunt voor de bewijslast: na ommekomst van die termijn is het aan de inspecteur in voorkomende gevallen aannemelijk te maken dat de verkrijging geen reële bedrijfsopvolging vormt, maar deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat gericht is op een (door)overdracht of beëindiging van de onderneming. Toch lijkt mij een harde vijfjaarstermijn vanuit het gelijkheidsbeginsel bezien, mede vanwege de omvang van de BOF, een absoluut minimum.

Hoewel een harde termijn per definitie arbitrair is, zijn hiervoor ook andere redenen aan te dragen. Zo is het logisch dat de wetgever een vrijstelling, die bovendien zeer ruim van omvang is, met meer zekerheden heeft willen omkleden dan bijvoorbeeld een doorschuiffaciliteit. Verder heeft de wetgever altijd vooropgesteld dat het een faciliteit betreft die de continuïteit van de verkregen onderneming moet waarborgen. Een voortzettings*intentie* is daarbij onvoldoende. Zonder *daadwerkelijke* voortzetting is volgens de wetgever immers geen sprake van een reële bedrijfsopvolging.

Voorts heeft de BOF een instrumenteel karakter, waarbij de wetgever het begrip ‘reële bedrijfsopvolging’ duidelijk heeft willen afbakenen. Inherent daaraan is dat bepaalde situaties onder de definitie vallen en andere niet. Van belang is dat de regels waaraan de verkrijger moet voldoen,

⁵⁰⁸ Kamerstukken II 1983/84, 18 226, nr. 3, p. 4.

voldoende helder zijn. Daar komt nog bij dat de verkrijger vrijwillig een beroep doet op de faciliteit. Daarmee accepteert hij de daaraan verbonden regels en restricties. Als hij deze te beperkend vindt werken, had hij deze fiscale tegemoetkoming ook aan zich voorbij kunnen laten gaan.

Mijn conclusie luidt dan ook dat de huidige vijfjaarstermijn in beginsel voldoende bijdraagt aan de doelstelling van de huidige BOF. Een langere termijn zou de kans op oneigenlijk gebruik verkleinen, maar de kans op 'dwangondernemerschap' vergroten. Alleen een onbeperkte voortzettingstermijn zou dit probleem kunnen oplossen. Een onbeperkte voortzettingstermijn zou onder het huidige voortzettingsvereiste echter op uitvoeringstechnische bezwaren stuiten, mede omdat dan gedurende een zeer lange termijn beoordeeld moet worden in hoeverre de onderneming nog wordt voortgezet. Onder het huidige stakingsbegrip lijkt mij dat ondoenlijk. Om die reden stel ik een gedifferentieerde termijn voor. Enerzijds blijft de huidige vijfjaarstermijn – in combinatie met de inhoudelijke aanpassingen die ik hierna behandel – gehandhaafd. Anderzijds zou een onbeperkte voortzettingstermijn geïntroduceerd kunnen worden voor de gevallen waarin de verkrijger op enig moment de in de verkrijging besloten liggende waarde realiseert ('verzilvert'). Vanuit de ratio van de BOF bezien, is het immers gerechtvaardigd dat in dat geval alsnog moet worden afgerekend. Ik zie geen rechtvaardigingsgronden die pleiten tegen een dergelijke onbeperkte voortzettingstermijn en bovendien wordt oneigenlijk gebruik hiermee tegengegaan. Een duidelijk 'realisatiebegrip' is noodzakelijk. Hiervoor zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de Vlaamse gunstregeling. Enkel de eis zou dan moeten gelden dat de verkrijger na ommekomst van de vijfjaarstermijn *een onderneming* drijft. Dit biedt de verkrijger de mogelijkheid de aard van de onderneming nadien te wijzigen zonder dat de voorwaardelijke vrijstelling vervalt. Alleen voor zover de verkrijger de (aandelen in) de onderneming (van de bv) verkoopt of de ondernemingsactiviteiten (in de bv) staakt, zou de voorwaardelijke vrijstelling alsnog moeten vervallen. Het blijft immers een heffing naar draagkracht.

10.3 Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging IB-onderneming

Algemeen

Voor de inhoudelijke invulling van het voortzettingsvereiste bij de verkrijging van een IB-onderneming heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het 'IB-stakingsbegrip'. Hierop heeft hij vervolgens uitzonderingen gemaakt in die gevallen waarin de specifieke aard van de BOF daarom vraagt. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen volledige en gedeeltelijke staking.

Volledige staking

Bij liquidatie of overdracht van de onderneming past het binnen de ratio van de BOF dat de voorwaardelijke vrijstelling volledig vervalt. Dit geldt ook als de onderneming wordt verkocht en de verkrijger vervolgens (her)investeert in een nieuwe onderneming. De positie van de overdrager wordt dan immers niet langer voortgezet. Dit is ook aan de orde als de verkrijger de onderneming gaat verhuren of (anderszins) terugtreedt tot medegerechtigde. Dat de oorzaak van staking irrelevant is, is vanuit de ratio van de BOF goed te verklaren. De wetgever heeft namelijk altijd het waarborgen van de continuïteit van de *verkregen* onderneming vooropgesteld. Deze hoeft bijvoorbeeld bij een faillissement niet langer te worden gewaarborgd. Wel zie ik een inconsistentie als de onderneming bij een doorstart in afgeslankte vorm wordt voortgezet. Volgens de staatssecretaris vervalt de voorwaardelijke vrijstelling niet bij een doorstart, maar mijns inziens zou hier de parallel moeten worden getrokken met de intrekingsgronden bij een gedeeltelijke staking. De voorwaardelijke vrijstelling zou in zoverre moeten vervallen.

Als de verkrijger de IB-onderneming inbrengt in een kapitaalvennootschap, vervalt in beginsel de voorwaardelijke vrijstelling. Als echter alleen de juridische huls verandert en de verkrijger de onderneming in materiële zin nog steeds voortzet, heeft de wetgever hiervoor een uitzondering opgenomen. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever enkel een uitzondering heeft willen formuleren voor de situaties waarin de verkrijger als het ware 'doorschuift naar zichzelf', oftewel inbrengt tegen uitreiking van aandelen en zijn gerechtigdheid tot de onderneming behoudt. Bij de

vormgeving van de uitzonderingen in art. 10 Uitv.reg. S&E is dit vervolgens vertaald naar de eisen dat sprake moet zijn van een doorschuifregeling in de inkomsten- en/of vennootschapsbelasting (als waarborg dat de inbreng plaatsvindt tegen aandelen en niet tegen contanten) en van enig aandeelhouderschap (als waarborg dat de verkrijger dezelfde gerechtigdheid tot de onderneming houdt). Deze eisen werken bij alle uitzonderingen te beperkend uit, zo ook bij een geruisloze inbreng. Zelfs als de inbrenger zijn onderneming tegen contanten zou verkopen aan 'zijn' bv, zou de faciliteit vanuit de ratio gezien niet moeten vervallen. Een vermogenstoets is namelijk nooit onderdeel geweest van de BOF. Het is dan opmerkelijk dat de wetgever bij de ruisende inbreng tegen contanten het 'realisatieargument' aanhaalt, terwijl de verkrijger de onderneming materieel voortzet en feitelijk niets realiseert. Het verdient dan ook de aanbeveling dat de eis van de geruisloze doorschuiving vervalt. Deze redenering doet overigens opgeld bij alle reorganisatievormen (zie paragraaf 8.2.5).

Dat de BOF aansluit bij de stakingsficties van artt. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 past binnen de ratio van de BOF. Als de verkrijger emigreert en de onderneming, of een zelfstandig onderdeel daarvan, overbrengt naar het buitenland, hoeft vanuit het Nederlandse sociaal-economisch belang beredeneerd immers niet langer de continuïteit van de onderneming gewaarborgd te worden. Emigratie van de verkrijger is overigens geen probleem. Dit past binnen het uitgangspunt dat de heffing aanknoopt bij de woonplaats van de schenker en erflater.

Ten slotte vervalt de voorwaardelijke vrijstelling volledig als de aard van de onderneming verandert. Dit is in beginsel in lijn met de ratio van de BOF. Immers, als de identiteit van de onderneming dusdanig is veranderd dat in de inkomstenbelasting een staking wordt geconstateerd, kan niet langer worden gesteld dat de *oorspronkelijk* verkregen onderneming wordt voortgezet. De continuïteit daarvan hoeft dan ook niet langer te worden gewaarborgd. Wel ben ik van mening dat de 'sanctie' zwaarder is dan nodig. Het past mijns inziens beter binnen de ratio van de BOF in dat geval een gedeeltelijke staking te constateren, voor zover gedeeltelijk dezelfde activiteiten ontplooid blijven worden als vóór de wijziging het geval was.

Gedeeltelijke staking

Daarnaast kan in verschillende situaties sprake zijn van een gedeeltelijk ophouden winst te genieten. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een gedeelte van de onderneming dat een zekere zelfstandigheid heeft, of kan hebben, wordt overgedragen (of geliquideerd). Dat de faciliteit dan ten dele vervalt, past binnen de ratio van de BOF. Dat gedeelte wordt immers niet langer voortgezet. Hetzelfde heeft te gelden bij de duurzame belangrijke inkrimping. De ratio van de BOF verzet zich er niet tegen dat voor deze stakingsgronden wordt aangesloten bij het IB-stakingsbegrip. Dit ligt evenwel anders bij het aangaan of het ontbinden van een samenwerkingsverband. De wetgever legt het IB-stakingsbegrip hier mijns inziens te formalistisch uit. Bij het 'fuseren' zou voldoende moeten zijn dat het (absolute) belang van de verkrijger bij de objectieve onderneming gelijk blijft. Voor het 'opsplitsen' van een samenwerkingsverband zou geen sprake moeten zijn van gedeeltelijk ophouden winst te genieten voor zover de (ex-)firmanten een zelfstandig deel van de voormalige onderneming voortzetten. Als sprake is van een niet-evenredige 'opsplitsing' en een van de firmanten hiervoor een bijbetaling ontvangt van de andere firmant, dient de voorwaardelijke vrijstelling enkel voor dat gedeelte te vervallen. In beide gevallen zou een meer materiële invulling dus passen binnen de ratio van de BOF. Dit zou zelfs meer kunnen bijdragen aan de doelstelling om de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Hetzelfde geldt mutatis mutandis bij de (juridische) fusie en splitsing van kapitaalvennootschappen.

10.4 Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging medegerechtigdheid

Bij de verkrijging van een medegerechtigdheid komt de wettekst niet overeen met de bedoeling van de wetgever. Als de grondvorm wordt toegepast, kan de verkrijger de medegerechtigdheid per definitie niet voortzetten, omdat hij vrijwel direct na de verkrijging ophoudt uit die medegerechtigdheid winst te genieten. De besloten commanditaire vennootschap kan immers niet langer voortbestaan als de

verkrijger de enige gerechtigde is of zowel beherend als commanditair vennoot is. De verkrijger blijft wel winst genieten, maar dan als ondernemer. De wettekst zou op dit punt moeten worden aangepast.

Voorts kan de letterlijke wettekst ertoe leiden dat de BOF van toepassing is terwijl feitelijk geen sprake is van een bedrijfsopvolging. Het voortzettingsvereiste vereist immers uitsluitend dat de verkrijger winst blijft genieten *uit de verkregen medegerechtigdheid*. Bij de gefaseerde bedrijfsopvolging mag ook de persoonlijke houdster van de verkrijger de beherende vennoot worden. Als niet de houdster, maar de verkrijger zelf vervolgens de medegerechtigdheid verkrijgt, kan de verkrijger diens (indirecte) participatie als beherend vennoot na de verkrijging van de medegerechtigdheid (via de persoonlijke houdster) dus verkopen, terwijl de wetgever juist bedoeld heeft dat de verkrijger als ondernemer betrokken blijft bij de onderneming. Bij de gefaseerde bedrijfsoverdracht in de vorm van preferente aandelen heeft de wetgever een dergelijke eis expliciet wel gesteld. Vanuit de ratio van de BOF bezien en vanuit het oogpunt van rechtsvormneutraliteit dient de wettekst op dit punt te worden aangepast.

10.5 Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging AB-aandelen

Het voortzettingsvereiste ten aanzien van de verkrijging van AB-aandelen onderscheidt drie intrekingsgronden, waarbij de eerste twee intrekingsgronden eisen stellen aan de verkrijger en de derde intrekingsgrond eisen stelt aan het lichaam waarin de aandelen zijn verkregen.

Intrekingsgrond 1

Voor de verkrijger geldt allereerst dat hij aandelen of daarin liggende rechten niet mag vervreemden. Dit vervreemdingverbod is in lijn met de ratio van de BOF. Als de verkrijger een gedeelte van zijn aandeelhoudersrechten prijsgeeft, zet hij immers niet langer de positie van de schenker of erflater voort. Dit geldt ook voor het vervreemdingsverbod ten aanzien van de aan preferente gekoppelde gewone aandelen. Hiermee waarborgt de wetgever namelijk dat de verkrijger als ondernemer betrokken blijft bij de onderneming.

De wetgever heeft vervolgens ook bepaalde fictieve vervreemdingen uit de AB-regeling als vervreemding voor de BOF aangemerkt. Dit geldt in beginsel niet voor de fictieve vervreemdingen waarbij de verkrijger volledig gerechtigd blijft tot de verkregen aandelen en hij de onderneming materieel blijft voortzetten. Dit is in lijn met de ratio van de BOF. Alleen ten aanzien van het verlenen van een koopoptie ben ik van mening dat de BOF ten onrechte aansluit bij het (fictieve) vervreemdingsbegrip uit de AB-regeling. Zolang de optiehouder zijn recht niet heeft uitgeoefend, zet de verkrijger de onderneming namelijk gewoon voort. Pas op het moment dat de aandelen werkelijk worden vervreemd, dient de voorwaardelijke vrijstelling naar mijn mening te vervallen.

Voorts leidt het vervreemdingsverbod ertoe dat de voorwaardelijke vrijstelling in beginsel vervalt als de verkrijger vanwege een reorganisatie zijn aandelen heeft vervreemd. Een voorbeeld hiervan is de aandelenfusie. De in de uitvoeringsregeling opgenomen uitzonderingen zouden moeten waarborgen dat de faciliteit behouden blijft in die gevallen waarin de verkrijger materieel nog steeds aandeelhouder is. Zoals ik hiervoor in paragraaf 10.3 heb aangegeven, moet bij alle reorganisatieroutes gebruik worden gemaakt van de geruisloze variant en gelden de uitzonderingen uitsluitend als de verkrijger enig aandeelhouder wordt. Reorganiseren binnen de voortzettingsperiode, zonder dat de voorwaardelijke vrijstelling vervalt, is daardoor slechts in beperkte mate mogelijk. Zolang het belang dat de verkrijger heeft bij de objectieve onderneming in het lichaam echter gelijk blijft, is de verkrijger in materiële zin de voortzetter en zou de faciliteit toegepast moeten kunnen worden. Als hij daarbij niets realiseert en bovendien geen ander gerechtigd wordt, zou de voorwaardelijke vrijstelling niet moeten vervallen. Gegeven de ratio van de BOF is de uitvoeringsregeling op dit punt dus te strikt geformuleerd. Dit geldt mijns inziens zowel voor fusies als voor splitsingen. Tevens zou een uitzondering opgenomen moeten worden die het mogelijk maakt statutair te splitsen. Ten slotte merk ik op dat een beroep op het BOR-Besluit 2013 doorgaans geen soelaas biedt. Uit de daarin door de staatssecretaris geformuleerde

goedkeuringen lijkt namelijk weinig algemene werking uit te gaan, omdat hierop slechts in zeer specifieke gevallen een beroep kan worden gedaan.

Intrekkingsgrond 2

Ook mag de verkrijger de gewone aandelen niet omzetten in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken. Hiermee heeft de wetgever (mede) tot uiting gebracht dat de verkrijger als ondernemer bij de verkregen onderneming betrokken moet blijven. De houder van (cumulatief) preferente aandelen wordt immers gezien als kapitaalverschaffer in plaats van ondernemer. Dit omzettingsverbod is dus in lijn met de ratio van de BOF. Bovendien zou een versoepeling op dit uitgangspunt de werking van art. 35c, lid 4 SW 1956 frustreren.

Daarnaast mag de verkrijger niet op andere wijze de aanspraak van de verkregen aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken. Ook in dat geval wordt immers niet (volledig) de positie van de overdrager voortgezet. Uit de parlementaire behandeling blijkt niet expliciet wanneer hiervan sprake is. Dit past naar mijn mening evenwel binnen de ratio van de BOF. De gerechtigdheid kan immers op verschillende manieren worden beperkt, waardoor juist een economische benadering geboden is.

Desondanks valt de uitgifte van nieuwe aandelen door een holding niet onder deze intrekkingsgrond: de gerechtigdheid ten aanzien van de *aandelen* van de verkrijger blijft immers op peil. Dit past mijns inziens niet binnen de ratio van de BOF, omdat de verkrijger in dat geval in economische zin niet langer volledig gerechtigd blijft tot de toekomstige winsten en waardeontwikkelingen van de *onderneming* die het lichaam drijft. Hier zou vanuit de ratio van de BOF gezien een (materiële) vervreemding moeten worden geconstateerd voor zover de winstgerechtigdheid overgaat op de toetredende aandeelhouder. Dit zou tevens op zijn plaats zijn vanuit het oogpunt van rechtsvormneutraliteit: enerzijds ten opzichte van de IB-ondernemer die zijn onderneming inbrengt in een personenvennootschap (de voorwaardelijke vrijstelling vervalt dan voor zover de winstgerechtigdheid overgaat op een ander) en anderzijds ten opzichte van de uitgifte van nieuwe aandelen op het niveau van de werkmaatschappij (vanwege de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 wordt dan een gedeeltelijke staking geconstateerd). Uitsluitend ingeval de toetredende aandeelhouder de aandelen volstort door inbreng van een onderneming of aandelen (aandelenfusie), zou de voorwaardelijke vrijstelling in stand kunnen blijven. Deze situatie is vergelijkbaar met het aangaan van een samenwerkingsverband of juridische fusie in de AB-sfeer; mijns inziens dient de BOF op dit punt te worden uitgebreid.

Intrekkingsgrond 3

Ten slotte moet het lichaam winst blijven genieten uit de onderneming of de medegerechtigdheid. Hoewel aansluiting is gezocht bij het IB-stakingsbegrip, is om verschillende redenen geen sprake van rechtsvormneutraliteit. Zo blijft de voorwaardelijke vrijstelling – ten onrechte – in stand als het lichaam ‘terugtreedt’ van ondernemer naar medegerechtigde. Deze omissie dient vanuit de ratio van de BOF gezien en vanwege de vereiste rechtsvormneutraliteit te worden opgeheven. Voorts is geen sprake van rechtsvormneutraliteit als gevolg van de werking van de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956. De verkoop van een deelneming leidt immers direct tot evenredig verval van de voorwaardelijke vrijstelling, terwijl de verkoop van een zelfstandig onderdeel van de IB-onderneming slechts als (gedeeltelijke) staking wordt aangemerkt als niet in onmiddellijke samenhang daarmee activiteiten zijn geëntameerd die dezelfde economische identiteit hebben. Voorts zou voor de verkrijger van AB-aandelen sprake kunnen zijn van een strenger stakingsbegrip dan voor de IB-ondernemer het geval is, als de verkoop van een deelneming *zonder meer* zou leiden tot evenredig verval van de voorwaardelijke vrijstelling. Evenredige staking zou echter pas aan de orde moeten zijn als de activiteiten van de deelneming (kunnen) kwalificeren als (zelfstandig onderdeel van) een onderneming of als sprake is van een duurzame belangrijke inkrimping.

Verder houdt het lichaam in beginsel op uit de onderneming winst te genieten als sprake is van een terugkeer uit de bv, bedrijfsfusie, juridische fusie of juridische splitsing. Op het uitgangspunt dat het lichaam waarin de AB-aandelen worden verkregen winst moet blijven genieten uit de onderneming (of medegerechtigdheid), is vervolgens een aantal uitzonderingen geformuleerd ingeval de onderneming materieel door de verkrijger wordt voortgezet. Ten aanzien van de bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing wordt mijns inziens evenwel niet toegekomen aan de uitzonderingen als de holding vanwege de genoemde toerekeningsregel geacht wordt (nog steeds) de onderneming te drijven. Alleen als de verkrijger aandelen verkrijgt in een enkelvoudige werkmaatschappij (ten aanzien van de bedrijfsfusie) of hij weliswaar aandelen verkrijgt in een holdingmaatschappij, maar de juridische fusie of splitsing plaatsvindt op het niveau van de holding ter zake waarvan bij de aandeelhouder een (fictieve) vervreemding wordt geconstateerd, wordt toegekomen aan de uitzondering van art. 10, lid 1, onderdeel e Uitv.reg. S&E. Deze uitzondering geldt ten aanzien van de bedrijfsfusie ingevolge onderdeel 6.6 van het BOR-Besluit 2013 onder voorwaarden ook voor de 'uitzak' binnen de fiscale eenheid. Het verdient mijns inziens de aanbeveling dat de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 expliciet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de bedrijfsfusie, de juridische fusie tussen de holding en de werkmaatschappij en de juridische 'moeder-dochtersplitsing'. Bijkomend voordeel is dat de eis van een geruisloze bedrijfsfusie en de eis van enig aandeelhouderschap daarbij vervallen en dat de goedkeuring van de staatssecretaris ten aanzien van de 'uitzak' uit meerdere bv's – welke goedkeuring mijns inziens overigens te beperkt uitwerkt – eveneens kan vervallen. Voor de juridische fusie en splitsing 'opzij' op het niveau van de holding, waarbij een fictieve vervreemding wordt geconstateerd bij de aandeelhouder, dienen de eisen dat sprake moet zijn van de geruisloze variant en enig aandeelhouderschap om de hiervoor in paragraaf 10.3 genoemde redenen te vervallen.

10.6 Conclusie en aanbevelingen voortzettingsvereiste bij verkrijging tbs-onroerende zaken

Algemeen

Door ook de tbs-onroerende zaken (onder voorwaarden) als kwalificerend ondernemingsvermogen aan te merken, is rechtsvormneutraliteit bereikt ten opzichte van de door firmanten in een personenvennootschap buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken. Als de verkrijger niet langer aan deze eisen voldoet, functioneert de onroerende zaak in feite niet langer als ondernemingsvermogen van het lichaam.

Tbs-eis

De onroerende zaak kwalificeert niet langer indien de verkrijger ophoudt de onroerende zaak aan het lichaam, waarin hij gelijktijdig aandelen heeft verkregen, ter beschikking te stellen. Deze eis wordt materieel ingevuld. Zodoende zijn voor de (geruisloze) terugkeer, aandelenfusie en de juridische fusie en splitsing uitzonderingen opgenomen in art. 10 Uitv.reg. S&E. Deze uitzonderingen liggen in lijn met de ratio van de BOF omdat in die gevallen materieel wordt voortgezet. De wetgever heeft mijns inziens echter ten onrechte nagelaten een soortgelijke uitzondering op te nemen voor de bedrijfsfusie. Dit zal in de praktijk overigens niet snel tot problemen leiden omdat de holding, vanwege de toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956, geacht wordt de onderneming te drijven. Bij fictie stelt de verkrijger de onroerende zaak dan nog steeds ter beschikking aan hetzelfde lichaam. Deze toerekeningsregel is echter niet van toepassing als de verkrijger aandelen in een enkelvoudige werkmaatschappij verkrijgt. Toch blijft de verkrijger de onroerende zaak materieel aan het lichaam ter beschikking stellen. Vanuit de ratio van de BOF bezien zou de voorwaardelijke vrijstelling dan ook in stand moeten blijven.

Dienstbaarheidseis

Voorts vervalt de voorwaardelijke vrijstelling als de onroerende zaak niet langer dienstbaar is aan de onderneming. Dit veronderstelt dat het lichaam de onroerende zaak daadwerkelijk blijft gebruiken binnen de onderneming en deze niet gaat (door)verhuren aan een derde. Een dienovereenkomstige uitleg van het voortzettingsvereiste is in overeenstemming met de ratio van de BOF.

Vervreemdingsverbod

Ten slotte vervalt de voorwaardelijke vrijstelling in beginsel als de verkrijger de onroerende zaak vervreemdt. Hiervoor gelden echter twee uitzonderingen. Allereerst heeft de verkrijger de mogelijkheid de tbs-onroerende zaak binnen de voortzettingstermijn te vervangen, mits de herinvestering binnen zes maanden heeft plaatsgevonden en de nieuwe onroerende zaak ter beschikking wordt gesteld aan (de onderneming van) het lichaam. Dit past binnen het uitgangspunt dat het voortzettingsvereiste niet ziet op separate vermogensbestanddelen, maar op de onderneming als zodanig.

Daarnaast geldt een uitzondering als de onroerende zaak wordt vervreemd aan het lichaam waaraan de onroerende zaak ter beschikking werd gesteld, mits de tegenprestatie bestaat uit aandelen in dat lichaam. De eis dat sprake moet zijn van enig aandeelhouderschap kan ook hier in voorkomende gevallen te beperkend uitwerken. Zolang economisch gezien geen rechten overgaan op een ander, zou de uitzondering, vanuit de ratio van de BOF bezien, van toepassing moeten zijn. Enkel de juridische huls verandert in een dergelijk geval en de verkrijger zet in materiële zin nog steeds voort.

10.7 Beantwoording onderzoeksvraag

Mijn conclusie luidt dat de invulling van het voortzettingsvereiste in onvoldoende mate bijdraagt aan de doelstelling van de wetgever uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Een schematisch overzicht van mijn bevindingen heb ik als bijlage opgenomen (Bijlage I).

11 Lijst van geraadpleegde bronnen

Literatuur

Boeken

Bangma en Bruins 2010

K.L. Bangma en A. Bruins, *Bedrijfsbeëindiging in het kleinbedrijf*, Zoetermeer: EIM 2010.

Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)

P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, (online, laatst bijgewerkt op 18 april 2019).

Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)

I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2019).

Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)

R.P.C.W.M. Brandsma e.a., *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, (online, laatste bijgewerkt op 2 maart 2019).

Decuyper en Ruysseveldt 2015

J. Decuyper & J. Ruysseveldt, "Successierechten 2015", Mechelen: Kluwer 2015.

Van Dijck 1967

J.E.A.M. van Dijck, 'Wie geniet het inkomen?', in: Smeets-bundel, Kluwer 1967.

Engwerda 1999

C.P. Engwerda, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 1999.

Giele en Vermeend 1993

J.F.M. Giele en W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma*, zesde herziene druk, Deventer: Wolters Kluwer 1993.

Gribnau 2006

J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', in A.C. Rijkers en H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.

Gribnau 2013

J.L.M. Gribnau, *Belastingen als moreel fenomeen*, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2013.

De Haan 2007

A. de Haan, *Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel*, Amsterdam: 2007.

Happé 1996

R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer: Kluwer 1996.

Heithuis 2014

E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014.

Heithuis 2015

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

Hoogeveen 2004

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

Hoogeveen 2011

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

Kavelaars 2014

P. Kavelaars e.a., *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU 2014, p. 124.

Niessen 2010

R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Rijkers en Van Dijck 2001

A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: FED 2001, p. 172.

Spruyt en Geelhand de Merxem 2016

E. Spruyt en N. Geelhand de Merxem, 'De schenkbelasting', in E. Spruys, N. Geelhand de Merxem en H. Pelgroms, *De registratie- en erfbelasting in de Vlaamse Codex Fiscaliteit – Volume 1*, Mechelen: Kluwer 2016.

Stevens 2005

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

Tiberghien (red.) 2016

A. Tiberghien (red.), *Tiberghien Handboek voor Fiscaal Recht 2016-2017*, Mechelen: Kluwer 2016.

Tigelaar-Klootwijk 2013

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

Artikelen**Albert 2017**

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

Anderson 2018

R.J. Anderson, 'Open normen in de fiscale wetgeving', *WFR* 2018/15.

De Beer 2007

A.M.A. de Beer, 'Holdingstructuren en de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1056 (na het besluit van 10 oktober 2007, nr. cpp2007/383m)', *WFR* 2007/1251.

De Beer 2009

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

De Beer 2010

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

De Beer en De Jong 2013

A.M.A. de Beer en G. de Jong, 'Tracking stocks en bedrijfsopvolging', *Het Register* 2013-5.

De Beer 2015a

A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.

De Beer 2015b

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

De Beer 2019

A.M.A. de Beer, 'Voortzettingsvereiste BOR: De ondernemer in een dwangbuis?', *MBB* 2019/5-25.

De Beer en Hoogeveen 2019

A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.

Blokland 2001

T. Blokland, 'Herziening Successiewetgeving', *FED* 2001/410.

Casier 2015

H. Casier, 'De erfbelasting in de Vlaamse Codex fiscaliteit: de materieelrechtelijke wijzigingen', *Successierechten* 2015, afl. 4-5.

Dijkstra en Pak 2019

C.G. Dijkstra en R.T.A. Pak, 'Uitkomsten WOB-verzoek over toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', *TFb* 2019-1.

Dumont 2012

T. Dumont, 'Vlaams gunstregime voor de schenking of vererving van een familiebedrijf: de zienswijze van de fiscus', *Registratierechten* 2012, afl.4.

De Greef 2015

T. de Greef, 'De regionale fiscale gunstregimes inzake de schenking en de vererving van (familiale) ondernemingen (eenmanszaken) en vennootschappen', *TEP* 2015, nr. 4.

Gubbels 2004

N.C.G. Gubbels, 'Besluit Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *WPNR* 2004/6580.

De Haan 2009

A. de Haan, 'De bedrijfsopvolgingsregeling: stimuleren of grondslagversmallings?' *FED* 2009/81.

Hoogeveen 2000

M.J. Hoogeveen, 'De zin en onzin van een doorschuifregeling voor de bedrijfsopvolging', *WFR* 2000/1134.

Hoogeveen 2002

M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002', *WPNR* 2002/6485.

Hoogeveen 2005

M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteit: het ene bedrijfspan is het andere niet', *NTFR* 2005/1045.

Hoogeveen 2012

M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland', *VEP* 2012(5), 4547-4605.

Hoogwout 2011

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

Hoogwout 2012

T.C. Hoogwout, 'Wensen voor een nieuw beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FBN* 2012/9-48.

Jacobs 2003

B.C.M. Jacobs, 'Van collectorale impost tot successiebelasting', *WPNR* 2003/6516.

Jansen 2000

J.J.M. Jansen, 'Enkele opmerkingen over de Veegwet', *WFR* 2000/1601.

Jansen 2010

J.J.M. Jansen, 'Ondernemers in 2010', *MBB* 2010, nr. 1.

Juch 2008

D. Juch, 'Op weg naar een nieuwe schenk- en erfbelasting', *WFR* 2008/655.

Van Kempen 2000

M.L.M. van Kempen, 'De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet inkomstenbelasting 2001', *TFO* 2000/51.

De Lange-Snijders en Nieuwenhuizen 2014

R. de Lange-Snijders & J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk', *PwC spotlight*, 2014, <https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-bedrijfsopvolgingsregelingen-zijn-noodzakelijk.pdf>.

Nieuwenhuizen 2013

J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Evenwichtige ongelijkheid', *WFR* 2013/706.

Nieuwenhuizen 2014

J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Contouren van een nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit', *FTV* 2014/12-59.

Peters en Smet 2015

B. Peters en R. Smet, 'De Vlaamse registratie- en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015', *AFT* 2015, afl. 12.

Rijkers 2009

A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse wetgeving', *NTFR* 2009/2031.

Roos 2018

L. Roos, 'Frustratie (over de) bezits- en voortzettingstermijn', *FTV* 2018/12-44.

Salens 2012

P. Salens, 'De overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaamse Gewest anno 2012', *RW* 2011-12, afl. 43, 1880.

Stevens 2008

S.A. Stevens, 'Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit', *WFR* 2008/339.

Stubbé 2008

J.P.M. Stubbé, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet', *FBN* 2008/2

Van de Ven en Schulpen 2012

K.M.L.L. Van de Ven & R. Schulpen, 'Nieuwe bedrijfsopvolgingsregels in het Vlaams Gewest', *Kwartaalbericht Estate Planning* 2012/30.

Van Vijfeijken 2011

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

De Wijkerslooth-Lhoëst 2008

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'Contouren nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting, geen afstel maar uitstel', *WFR* 2008/1113.

De Wijkerslooth-Lhoëst 2009

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

De Wijkerslooth-Lhoëst en Swank 2011

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

Zijgers 2019

M. Zijgers, 'Opties op aandelen en de BOR Successie', *FTV* 2019/1.

Zwemmer 2000

J.W. Zwemmer, 'Bedrijfsopvolging in de Successiewet 1956', *WPNR* 2000/6391.

Zwemmer 2004

J.W. Zwemmer, 'De heffing van successie en schenkingsbelasting bij bedrijfsopvolging', *WPNR* 2004/6576.

Rapporten**Burgerhart, Hoogeveen & Egger 2009**

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

EIM 2005 (Van Gennip e.a.)

K. van Gennip e.a. *Entrepreneurship in the Netherlands. Business transfer: a new start*, Zoetermeer: EIM december 2005, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken.

Hogeschool Utrecht 2012 (Van Teeffelen)

L. van Teeffelen, *De effecten van opheffingen en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Hogeschool Utrecht en KvK, 2012.

ING 2004 (Geerts, Herrings & Peek)

A. Geerts, W.J.A. Herrings & M.J.P.M. Peek, *Nieuw perspectief na eigendomswisseling in het MKB. Eigendomswisseling in drie Europese regio's nader bezien*, Economisch Bureau ING, MKB-special februari 2004.

LangmanEconomen 2005 (Langman & Lugt)

LangmanEconomen (M.A. Langman & M.G.H. Lugt), *Bedrijfsoverdracht in het MKB, moeilijk of makkelijk. Ondernemerschap in perspectief*, Diemen: LangmanEconomen oktober 2005, in opdracht van de ING-bank en MKB Nederland.

Rapport Moltmaker 2000

Werkgroep modernisering successiewetgeving, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000, Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1.

Rapport SEO 2014

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

Jurisprudentie

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 26 januari 1955, *BNB* 1955/216 (noot Wisselink).
- HR 26 juni 1956, *BNB* 1957/267.
- HR 24 juni 1959, *BNB* 1960/1.
- HR 10 februari 1960, nr. 14.162 *BNB* 1960/123 (noot Hellema)
- HR 13 november 1968, *BNB* 1969/8.
- HR 7 juni 1972, *BNB* 1972/227.
- HR 18 januari 1984, nr. 22 127, *BNB* 1984/169 (concl. Van Soest, noot. Verburg).
- HR 11 juli 1984, nr. 22 219, *BNB* 1984/311 (noot Verburg).
- HR 16 oktober 1985, *BNB* 1985/320.
- HR 4 november 1987, *BNB* 1988/31.
- HR 28 januari 1998, *BNB* 1998/243 (noot Rijkers).
- HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/313.
- HR 19 maart 2010, *BNB* 2010/214.
- HR 19 maart 2010, *NTFR* 2010/719 (noot Ligthart).
- HR 22 november 2013, *BNB* 2014/30.
- HR 22 november 2013, nr. 13/001161, *V-N* 2013/59.29-30.
- HR 22 november 2013, nr. 13/01154, *V-N* 2013/59.21.
- HR 22 november 2013, nr. 13/01160, *V-N* 2013/59.23.
- HR 22 november 2013, nr. 13/01622, *BNB* 2014/30 (concl. IJzerman, noot Happé).
- HR 22 november 2013, nr. 13/02453, *BNB* 2014/31.

Hof

- Hof Amsterdam 13 juni 1968, nr. 767/1967, *BNB* 1969/172.
- Hof Arnhem 29 mei 1986, nr. 1588/1983, *V-N* 6 december 1986.
- Hof 's Gravenhage 23 augustus 1991, nr. 5371/90, *V-N* 1992.
- Hof Leeuwarden 22 december 1995, nr. 94/0836, *V-N* 1996, p. 1096.
- Hof Arnhem 22 oktober 2008, *V-N* 2011/8.9.
- Hof Arnhem 3 november 2009, nr. 08/0006, 08/0044 en 08/0045, *V-N* 2010/14.11.
- Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2013, nr. 12/00496, *V-N* 2013/19.25.

Rechtbank

- Rechtbank Gelderland 8 mei 2014, *V-N* 2014/36.3.1.
- Rechtbank Den Haag 21 januari 2016, *V-N* 2016/39.21.
- Rechtbank Zeeland-West Brabant 30 november 2018, nr. 17/677, *NTFR* 2019/846.

- Rechtbank Zeeland-West Brabant 20 juni 2019, nr. BRE 17/1709.

HvJ EU

- HvJ EU 13 december 1989, zaak C-106/83 (Sermide SpA/Cassa Conguaglio Zucchero).
- HvJ EG 25 oktober 2007, zaak C-464/05 (Geurts/Vogten), V-N 2007/59.21.

EHRM

- EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Ciaja/Italië, BNB 2002/398 (noot Happé).
- EHRM 29 april 2008, nr. 13378/05.

Parlementaire stukken

Kamerstukken en Handelingen

- *Handelingen II* 1981/82, 16 016, nr. 3.
- *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. B.
- *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. C.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. E.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. F.
- *Kamerstukken II* 1857/58.
- *Kamerstukken II* 1915/16, 201, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 1954/55, 915, nr. 10.
- *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 24.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, nr. 21.
- *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 428, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. A.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 14.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 2.

- *Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 8.*
- *Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 36.*
- *Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 58.*
- *Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 60.*
- *Kamerstukken II 2005/06, 28 207, nr. 11.*
- *Kamerstukken II 2006/07, 27 789, nr. 13.*
- *Kamerstukken II 2007/08, 27 789, nr. 15.*
- *Kamerstukken II 2007/08, 27 789, nr. 16.*
- *Kamerstukken II 2007/08, 27 789, nr. 17.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 7.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 11.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 27 789, nr. 17.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 18.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 38.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 40.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 53.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 76.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 390, nr. 79.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 90.*

Besluiten van de staatssecretaris van Financiën

- Besluit staatssecretaris van Financiën van 27 april 2004, nr. DGB 2004/1164M, *Stcrt.* 2012, 26840 en *V-N* 2004/24.22.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, *Stcrt.* 2007, 202 en *V-N* 2007/49.23.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68M, *Stcrt.* 2011, 6416 en *V-N* 2011/23.23.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *Stcrt.* 2012, 18480 en *NTFR* 2012/2189.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stcrt.* 2013, 2175 en *V-N* 2013/8.17.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 16 november 2015, BLKB2015/1346M, *Stcrt.* 2015, 41921 en *V-N* 2015/63.16.
- Besluit staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *BNB* 2018/133

Vlaams(e) Kamerstukken en beleid

- Omzendbrief 20 juli 2012, nr. FB/2012/1, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 23 augustus 2012.

- Omzendbrief 15 december 2015, nr. VLABEL/2015/2, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 31 december 2015.
- *Parl. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/1.
- *Parl. St. Vl. Parl.* 1996/97, nr. 428/17.
- *Parl. St. Vl. Parl.* 2002/03, nr. 1690/7.
- *Parl. St. Vl. Parl.* 2011/12, nr. 1326/1.

Overige

- Brief van het Ministerie van Financiën van 22 juli 2010 AFP/2010/0319 U, V-N 2010/37.13.
- Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen', nr. 94/1069/EG.
- European Commission, 'Final Report of the Expert Group on the Transfer of Small and Medium-sized Enterprises', Brussel, mei 2002.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, bij: Successiewet 1956, art. 35e SW 1956, vanaf 1 januari 2010 (online, laatst bijgewerkt op 2 september 2018).
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, bij: Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, art. 10 Uitv.reg. S&E, vanaf 1 januari 2010 (online, laatst bijgewerkt op 2 september 2018).
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Wet inkomstenbelasting, bij: Wet inkomstenbelasting 2001, art. 3.2 Wet IB 2001, vanaf 1 januari 2007 (online, laatst bijgewerkt op 12 juli 2019).
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Wet inkomstenbelasting, bij: Wet inkomstenbelasting 2001, art. 3.8 Wet IB 2001, vanaf 1 januari 2001 (online, laatst bijgewerkt op 4 augustus 2019).
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Wet inkomstenbelasting, bij: Wet inkomstenbelasting 2001, art. 4.12 Wet IB 2001, vanaf 1 januari 2001 (online, laatst bijgewerkt op 1 augustus 2019).
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer, bij: Wet op belastingen van rechtsverkeer, art. 15 WBRV, vanaf 1 augustus 2018 (online, laatst bijgewerkt op 17 juli 2019).
- Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2009/50.3.
- Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2016/39.21.
- Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, nr. DB2009/175, *Stcrt.* 2009, 20169 en V-N 2010/5.8.2.

Bijlage I: Schema voortzettingsvereiste

	Verval BOF o.b.v. hoofdregel?	Uitzondering in Uitv.reg. S&E?	Voortzettingsvereiste i.o.m. toetsingskader?	Toelichting en aanbeveling
IB-onderneming				
Liquidatie of overdracht	JA	NEE	JA	Oorspronkelijk verkregen onderneming niet langer voortgezet.
Verplaatsing onderneming	JA	NEE	JA	Oorspronkelijk verkregen onderneming niet langer voortgezet.
Wijzigen aard onderneming	JA	NEE	NEE	Stakingsbegrip te formalistisch uitgelegd: verval faciliteit slechts geboden voor zover geen onderneming meer wordt gedreven.
Verhuren onderneming	JA	NEE	JA	Niet langer positie overdrager voortgezet.
Terugtrekken tot medegerechtigde	JA	NEE	JA	Niet langer positie overdrager voortgezet.
Inbreng in kapitaalvennootschap	JA	JA	NEE	Eisen van geruisloze variant en enig aandeelhouderschap onnodig beperkend. Voor zover de gerechtigdheid op peil blijft, zou de faciliteit niet moeten vervallen.
Staking a.g.v. overlijden verkrijger	JA	JA	JA	Voortzettingstermijn kan worden voortgezet door rechtsopvolgers.
Staking a.g.v. doorschenken	JA	NEE	NEE	Verkrijger realiseert niets. Voortzettingstermijn zou voortgezet moeten kunnen worden door opvolger.
Ontbinding huwelijksgemeenschap	JA	JA	JA	Voortzettingstermijn kan worden voortgezet door rechtsopvolgers.
Doorstart na faillissement	NEE	n.v.t.	NEE	Verval faciliteit geboden voor zover geen onderneming meer wordt gedreven.
Emigratie en verplaatsing onderneming naar buitenland	JA	NEE	JA	Vanuit het sociaal-economisch belang beredeneerd hoeft niet langer de continuïteit van een Nederlandse onderneming te worden gewaarborgd.
Overdracht of liquidatie zelfstandig onderdeel onderneming	JA	NEE	JA	Oorspronkelijk verkregen onderneming in zoverre niet langer voortgezet.
Duurzame belangrijke inkrimping	JA	NEE	JA	Oorspronkelijk verkregen onderneming in zoverre niet langer voortgezet.
Inbreng onderneming in personenvennootschap	JA	NEE	NEE	Te formalistisch aangesloten bij IB-stakingsbegrip. 'Fusie' met andere onderneming zou niet tot verval moeten leiden voor zover het (absolute) belang bij de onderneming behouden blijft.
Opsplitsing personenvennootschap	JA	NEE	NEE	Oorspronkelijk verkregen onderneming in zoverre niet langer voortgezet. Te strikt aangesloten bij IB-stakingsbegrip. Opsplitsing zou ook mogelijk moeten zijn zonder verval van de faciliteit, voor zover geen bijbetaling is ontvangen.
Medegerechtigdheid				
Promotie naar ondernemer	JA	NEE	NEE	In de grondvorm houdt de verkrijger vrijwel direct op uit de medegerechtigdheid winst te genieten. Deze wordt namelijk geabsorbeerd door het ondernemerschap. Betreft waarschijnlijk een ommissie.
Persoonlijke houdster beherend vennoot	NEE	n.v.t.	NEE	Als de personal holding van verkrijger beherend vennoot is, hoeft de verkrijger enkel uit de medegerechtigdheid winst te blijven genieten. Beherend vennootschap kan dus eindigen. De verkrijger is hierdoor niet langer als ondernemer betrokken bij de onderneming. Ook geen rechtsvormneutraliteit bereikt met gefaseerde bedrijfsoverdracht door preferente aandelen.
AB-aandelen				
Vervreemding aandelen	JA	NEE	JA	Oorspronkelijk verkregen onderneming in zoverre niet langer voortgezet.
Vervreemding in aandelen liggende rechten	JA	NEE	JA	Positie overdrager in zoverre niet voortgezet omdat een gedeelte van de aandeelhoudersrechten is prijsgegeven.
Inkoop van aandelen	JA	NEE	JA	In economisch opzicht zelfde situatie als verkoop aan een derde.
Betaalbaar stellen van liquidatie-uitkeringen	JA	NEE	JA	Speelt bij ontbinding van een bv. De positie van de overdrager wordt dan dus niet langer voortgezet.
Geruisloze terugkeer	JA	JA	NEE	Eisen van geruisloze variant en enig aandeelhouderschap (via art. 14c Wet Vpb 1969) werken te beperkend uit.
Verlenen van een koopoptie	JA	NEE	NEE	Materieel gezien zet verkrijger de positie van overdrager volledig voort. Pas bij daadwerkelijke vervreemding zou BOF moeten vervallen.
Vervreemden aan preferente aandelen gekoppelde aandelen	JA	NEE	JA	Verkrijger moet als ondernemer betrokken blijven bij de onderneming.
Aandelenfusie	JA	JA	NEE	Uitzondering heeft een te beperkte werking. Geruisloos en enig aandeelhouder te strikt. Ook de goedkeuring is te beperkt.
Juridische fusie en splitsing	JA	JA	NEE	Eisen van geruisloze variant en enig aandeelhouderschap werken te beperkend.
Vervreemding of staking na statutair splitsen	JA	NEE	NEE	Vanwege toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 werkt statutaire splitsing niet conform de bedoeling.
Reorganisatie voor toepassing art. 35f SW 1956	NEE	n.v.t.	JA	Beleggingsvermogen kan worden afgesplitst, waardoor de voortzettende verkrijger volledig de BOF kan toepassen.
Omzetten in (cumulatief) preferente aandelen	JA	NEE	JA	Positie overdrager niet voortgezet omdat verkrijger in economische zin niet volwaardig gerechtigd blijft tot de winsten en waardeontwikkelingen.

Uitgifte nieuwe aandelen in holding	NEE	n.v.t.	NEE	Als nieuwe aandelen worden volgestort in contanten is materieel sprake van vervreemding. Geen rechtsvormneutraliteit met IB-ondernemer die zijn onderneming inbrengt in personenvennootschap en met uitgifte op indirect niveau. Alleen als aandelen worden volgestort door inbreng onderneming of aandelen zou BOF gehandhaafd moeten blijven.
Terugtrekken tot medegerechtigde	NEE	n.v.t.	NEE	Lichaam blijft winst genieten uit de onderneming dus geen staking. Verkrijger zet positie overdrager echter niet voort. Geen rechtsvormneutraliteit met IB-ondernemer.
Verkoop deelneming	JA	NEE	NEE	Geen rechtsvormneutraliteit met IB-onderneming. Herinvestering in nieuwe deelneming met economisch zelfde identiteit zou toegestaan moeten zijn.
Bedrijfsfusie bij holdingstructuur	NEE	n.v.t.	JA	Vanwege toerekeningsregel van art. 35c, lid 5 SW 1956 blijft de holding (fictief) de onderneming drijven. Dit is i.o.m. ratio BOF.
Bedrijfsfusie bij enkelvoudige werkmaatschappij	JA	JA	NEE	Eisen van geruisloze variant en enig aandeelhouderschap te beperkend. Voortzettingseis zou moeten aansluiten bij toerekeningsregel.
Tbs-onroerende zaken				
Einde tbs vanwege geruisloze terugkeer	JA	JA	JA	Materiële voortzetting.
Einde tbs vanwege aandelenfusie	JA	JA	JA	Materiële voortzetting.
Einde tbs vanwege juridische fusie	JA	JA	JA	Materiële voortzetting.
Einde tbs vanwege juridische splitsing	JA	JA	JA	Materiële voortzetting.
Einde tbs vanwege bedrijfsfusie bij holdingstructuur	NEE	n.v.t.	JA	Materiële voortzetting.
Einde tbs vanwege bedrijfsfusie bij enkelvoudige werkmaatschappij	JA	NEE	NEE	Ondanks materiële voortzetting geldt hiervoor geen uitzondering.
Vervreemding	JA	NEE	JA	De positie van de overdrager wordt niet langer voortgezet.
Vervreemding gevolgd door herinvestering binnen zes maanden	JA	JA	JA	Rechtsvormneutraliteit omdat de onroerende zaak feitelijk functioneert als ondernemingsvermogen van de vennootschap. Voortzettingseis geldt niet voor separate activa.
Vervreemding door inbreng	JA	JA	NEE	Eis van enig aandeelhouderschap is alleen geboden als de vennootschap meerdere aandeelhouders heeft die niet tevens de onroerende zaak inbrengen. Als bij de inbreng economisch gezien geen rechten overgaan op een ander, zou een uitzondering geboden zijn.

Bijlage II: Verklaring van authenticiteit

Tilburg University
Tilburg Law School

Verklaring van eigen werk

(artikel 13 lid 2 Scriptiereglement)

Naam student	(Achternaam:)	(Voornamen:)
--------------	---------------	--------------

ANR:	E-mailadres:
------	--------------

Titel van het werkstuk/de scriptie	
------------------------------------	--

Naam begeleider(s)	
--------------------	--

In de **REGELS EN RICHTLIJNEN VAN DE EXAMENCOMMISSIE VAN TILBURG LAW SCHOOL** is de volgende regeling met betrekking tot plagiaat opgenomen:

Artikel 7, lid 6 - regels voor de examinandus/fraude
In ieder geval wordt als fraude aangemerkt:

-
- g. In een scriptie of ander werkstuk gegevens, teksten, redeneringen of gedachten van anderen overnemen zonder correcte bronvermelding.
Hiervan is onder meer sprake als:
 - passages uit het werk van een ander nagenoeg woordelijk zijn overgenomen zonder correcte bronvermelding of zonder aanhalingstekens en/of
 - passages uit het werk van een ander zijn geparafraseerd zonder dat is aangegeven dat het hier de opvatting of gedachtegang van een ander betreft en zonder bronvermelding en/of
 - uitgewerkte ideeën of vondsten van een ander worden gepresenteerd als eigen ideeën of vondsten.
 - h. Bij het uitvoeren van een (afstudeer)onderzoek de onderzoeksresultaten manipuleren of niet correct weergeven, een en ander met het oogmerk van misleiding.
Hiervan is onder meer sprake als:
 - gegevens gebruikt voor het onderzoek worden verdraaid, worden verzonnen of onverantwoord selectief worden weergegeven;
 - standpunten, interpretaties en conclusies van anderen met opzet verdraaid worden weergegeven.
 - i. Het gelegenheid geven dan wel aanzetten van medestudenten of mede-examinandi tot fraude.

In *artikel 8* staat dan vermeld welke sancties bij overtreding kunnen worden opgelegd.

Voor meer informatie zie:

<https://www.tilburguniversity.edu/nl/studenten/studie/regelingen/fraude/law-school/>

Verklaring student:

Ik verklaar dat ik bij het onderzoek voor en het schrijven van dit werkstuk niet heb geplagieerd, gefraudeerd of anderszins in strijd met de Regels en Richtlijnen heb gehandeld.

Datum:**Handtekening:**