
DE FISCALE FACILIËRING VAN 'PREFERENTE' AANDELEN

Masterscriptie



Student:	J. Provoost
Studentnummer:	1274131
Studierichting:	Master Fiscale Economie
Datum:	16 juli 2019
Examencommissie:	mr. dr. M.J. Hoogeveen en prof. Dr. S.A. Stevens

Abstract

De doelstelling van de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is om in het geval van reële bedrijfsoverdrachten te zorgen voor een onbelemmerde voortzetting van ondernemingen. Om toegang te krijgen tot de faciliteiten moet derhalve sprake zijn van een de 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 is van mening dat de preferente aandeelhouder als een belegger moet worden gezien en heeft daarom voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een onderscheid gemaakt tussen preferente aandeelhouders en gewone aandeelhouders. Preferente aandelen kwalificeren alleen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten indien sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging, waarbij voldaan moet zijn aan vier cumulatieve voorwaarden: het omzettingsvereiste, het toekenningsvereiste, het ondernemingsvereiste en het aandeelhouderschapvereiste.

In dit onderzoek is allereerst ingegaan op de veronderstelling van de wetgever die aan de afwijkende behandeling van preferente aandelen ten grondslag ligt. Hieruit blijkt dat de preferente aandeelhouder door de wetgever terecht wordt aangemerkt als een belegger. Vervolgens is ingegaan op de rechtsonzekerheid die bestaat met betrekking tot het begrip preferente aandelen. Als oplossing voor dit probleem is een winstgerechtigheids criterium van 5% aangedragen.

Tevens blijkt dat de vier cumulatieve voorwaarden die de wetgever heeft gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen niet resulteren in het doel van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Enerzijds worden niet-reële 'bedrijfsopvolgingen' gefacilieerd en anderzijds worden reële bedrijfsopvolgingen uitgesloten. In hoofdstuk 5 zijn daarom enkele voorstellen tot wijziging van de wettekst van art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 SW 1956 gedaan.

Inhoudsopgave

Abstract	1
Lijst met gebruikte afkortingen	5
Hoofdstuk 1 – Inleiding	7
1.1 Aanleiding van het onderzoek.....	7
1.2 Probleemstelling.....	8
1.3 Doelstelling.....	9
1.4 Verantwoording van de opzet.....	10
Hoofdstuk 2 – De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op hoofdlijnen.....	11
2.1 Inleiding	11
2.2 De ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.....	11
2.3 Toepassingsvoorwaarden BOR.....	13
2.3.1 Voorwaarden ten aanzien van de verkrijging.....	13
2.3.2 Voorwaarden ten aanzien van de rechtsvoorganger	15
2.3.3 Voorwaarden ten aanzien van de verkrijger	16
2.4 Extra voorwaarden preferente aandelen.....	16
2.5 Samenvatting.....	19
Hoofdstuk 3 – Is de preferente aandeelhouder een belegger?	20
3.1 Inleiding	20
3.2 De ratio van de aanmerkelijkbelangregeling.....	20
3.3 De aanmerkelijkbelangregeling en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	22
3.4 De ratio van de preferente aandeelhouder in box 2.....	23
3.4.1 Behandeling preferente aandelen tot en met maart 1991: geen aanmerkelijk belang	23
3.4.2 Behandeling preferente aandelen vanaf maart 1991 tot 1997: specifieke uitzondering	24
3.4.3 Behandeling preferente aandelen vanaf 1997: altijd een aanmerkelijk belang	25
3.4.4 Tussenconclusie.....	25

3.5	Wat is het onderscheid tussen de gewone aandeelhouder en de preferente aandeelhouder?	26
3.5.1	Kapitaalverstrekking en risico's	26
3.5.2	Continuïteit van de onderneming	28
3.6	Eigen visie	29
3.7	Conclusie	31
Hoofdstuk 4 – Welke aandelen moeten voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden aangemerkt als preferente aandelen?		32
4.1	Inleiding	32
4.2	Preferente aandelen in de jaarrekening	33
4.2.1	Preferente aandelen volgens IFRS	33
4.2.2	Preferent aandelen volgens Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving	34
4.3	Preferente aandelen in het Burgerlijk Wetboek	34
4.4	Preferente aandelen in de parlementaire geschiedenis	35
4.5	Toetsingskader tussenvormen	40
4.5.1	Het toetsingskader	40
4.5.2	Kritische kanttekening	42
4.5.3	Letteraandelen	43
4.5.4	Tracking stocks	47
4.6	Conclusie	48
Hoofdstuk 5 – Leiden de nadere voorwaarden die worden gesteld aan preferente aandelen tot het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen?		50
5.1	Inleiding	50
5.2	Voorwaarde 1: preferente aandelen omzetting van gewone aandelen	50
5.3	Voorwaarde 2: het toekennen van gewone aandelen aan een ander	54
5.4	Voorwaarde 3: ten tijde van omzetting een onderneming drijven	57
5.5	Voorwaarde 4: de verkrijger bezit ten minste 5% gewone aandelen	57
5.6	Aanbevelingen	60

5.7	Conclusie	64
Hoofdstuk 6 – Conclusies en aanbevelingen.....		65
6.1	Inleiding	65
6.2	Conclusies	65
6.3	Aanbevelingen.....	67
Literatuurlijst		69
Jurisprudentie.....		72
Kamerstukken.....		72
Besluiten		72
Overig		73

Lijst met gebruikte afkortingen

Aant.	Aantekening
Ab	Aanmerkelijk belang
Art.	Artikel(en)
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
diss.	Dissertatie
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad
IAS	International Accounting Standards
IB	Inkomstenbelasting
IFRS	International Financial Reporting Standards
jo.	juncto
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
mkb	midden- en kleinbedrijf
m.nt.	met noot
NLF	NLFiscaal
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	nummer
NDFR	Nederlandse Documentatie voor Fiscaal Recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
p.	pagina
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PE	Permanente Educatie
RJ	Richtlijnen voor de jaarverslaggeving
STAK	Stichting Administratiekantoor
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SW 1956	Successiewet 1956
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht

Uitv.reg. IB 2001	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. S&E	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
VFP	Vakblad Financiële Planning
V-N	Vakstudie Nieuws
Vp-Bulletin	Vermogende Particulieren Bulletin
vof	vennootschap onder firma
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WOB	Wet openbaarheid van bestuur
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

Indien een aanmerkelijkbelanghouder zijn aandelen om niet overdraagt, is sprake van een vervreemding. Het hierbij behaalde vervreemdingsvoordeel wordt op grond van art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001 aangemerkt als belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang. Het vervreemdingsvoordeel wordt vastgesteld door de tegenprestatie op grond van art. 4.22 Wet IB 2001 te corrigeren naar de waarde van de aandelen in het economische verkeer. Bij het overlijden van een aanmerkelijkbelanghouder vererven zijn aandelen. Dit is een fictieve vervreemding op grond van art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001. De tegenprestatie wordt evenals bij schenking op grond van art. 4.22 Wet IB 2001 gesteld op de waarde van de aandelen in het economische verkeer. Voor zowel de vererving als de schenking van aandelen dient de vervreemder in beginsel af te rekenen over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de verkrijgingsprijs.

De verkrijger van de aandelen moet schenk- of erfbelasting betalen over de waarde van zijn verkrijging. Dit heeft tot gevolg dat de bedrijfsopvolging van een aanmerkelijkbelanghouder door middel van vererving of schenking kan leiden tot heffing van inkomstenbelasting bij de overdrager en heffing van schenk- of erfbelasting bij de verkrijger(s). Om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming door de betaling van deze belastingen in gevaar komt, heeft de wetgever in de Wet IB 2001 voor vererving en schenking een doorschuifregeling opgenomen en in de SW 1956 een voorwaardelijke vrijstelling.¹ De doelstelling van de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is om in het geval van reële bedrijfsopvolgingen te zorgen voor een onbelemmerde voortzetting van ondernemingen, omdat zij van groot belang zijn voor de economische bedrijvigheid. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn dan ook alleen van toepassing voor zover het ondernemingsvermogen betreft, omdat volgens de wetgever voor beleggingsvermogen geen bedrijfseconomische reden voor een faciliteit bestaat.²

Uit het voorafgaande blijkt dat de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen wil faciliteren. In de parlementaire geschiedenis is een reële bedrijfsopvolging als

¹ Zie voor de vrijstelling in de SW 1956: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 en voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3. De doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en de voorwaardelijke vrijstelling in de SW 1956 worden hierna ook gezamenlijk genoemd: de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

² Zie voor de vrijstelling in de SW 1956: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19 en voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3.

volgt gedefinieerd: de overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet.³ De wetgever meent dat een preferente aandeelhouder in beginsel geen ondernemer is, maar veel meer gelijkenissen vertoont met een belegger.⁴ Daarnaast lijkt het erop dat de wetgever preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beschouwt als vreemd vermogen.⁵ Het is in ieder geval duidelijk dat de wetgever de preferente aandeelhouder beschouwt als een kapitaalverschaffer die niet zonder meer kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Alleen indien de preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging zijn de faciliteiten onder voorwaarden van toepassing.⁶ Deze voorwaarden zijn beschreven in art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 SW 1956.

1.2 Probleemstelling

De keuze van de wetgever om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen te verlenen als de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging heeft de nodige kritiek opgeleverd in de literatuur.⁷ Gewone aandelen hebben immers ook de functie van kapitaalverstrekking en zowel de preferente aandeelhouder als de gewone aandeelhouder lopen risico.⁸ Bovendien komt de vraag op waarom een 5%-pakket preferente aandelen – evenals de gewone aandeelhouder – wel onder de aanmerkelijkbelangregeling valt, maar vervolgens niet in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten deelt. Van Vijfeijken en Gubbels stellen dat hierdoor een onevenwichtig systeem is ontstaan, omdat de wetgever in de Wet IB 2001 preferente aandelen als eigen vermogen aanmerkt, terwijl hij voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten deze aandelen wil beschouwen als vreemd vermogen.⁹ Het feit dat de

³ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 17. Deze definitie geldt ook voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. Zie: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 32.

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24.

⁵ Zie: Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 7 en Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26.

⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁷ Zie o.a. S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25, paragraaf 4.4.3, S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen', WPNR 2010/6841, paragraaf 3.6 en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?', WPNR 2010/6844, paragraaf 4.

⁸ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', WPNR 2009/6802, paragraaf 4.4.

⁹ I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 284.

gewone aandeelhouder en de preferente aandeelhouder beiden in box 2 belast worden, roept dan ook de vraag op of het stellen van nadere voorwaarden aan de verkrijging van preferente aandelen te rechtvaardigen is.

Tevens wordt vanuit de literatuur kritiek geleverd op het feit dat de wetgever bewust geen definitie heeft gegeven aan het begrip preferente aandelen om zo te vermijden dat belastingplichtigen onbedoeld ontwijkgedrag gaan vertonen.¹⁰ In de parlementaire geschiedenis zijn verschillende passages gewijd aan het begrip preferente aandelen.¹¹ Deze passages geven echter weinig duidelijkheid en lijken haaks op elkaar te staan.¹² Daarnaast is het de vraag of de nadere voorwaarden die worden gesteld aan preferente aandelen resulteren in de doelstelling van de wetgever dat reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. Het vorenstaande heeft tot de volgende probleemstelling geleid:

- (1) Is het verschil in behandeling tussen gewone aandelen en preferente aandelen gelet op de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren te rechtvaardigen en welke aandelen moeten, gezien vanuit deze doelstelling, voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden aangemerkt als preferente aandelen en*
- (2) leiden de voorwaarden waaraan een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen moet voldoen tot het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen?*

1.3 Doelstelling

Allereerst is het van belang om te onderzoeken waarom preferente aandelen in beginsel worden uitgesloten van de faciliteiten. Ik zal hierbij ingaan op de vooronderstelling van de wetgever dat de preferente aandeelhouder een belegger is. Het feit dat de wetgever geen eenduidige definitie geeft voor preferente aandelen heeft tot gevolg dat aandelen kunnen worden uitgegeven, waarvan het onduidelijk is of dit preferente dan wel gewone aandelen zijn. Ik wil daarom onderzoeken welke

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 10. Zie voor kritiek o.a. J. Ganzeveld, 'Vage normen in de inkomstenbelasting: enkele bespiegelingen', NTFR 2010/2485, paragraaf 3 en J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.

¹¹ Zie: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100 en 101, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 7, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25 en Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 9.

¹² Zie o.a. J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.1 en H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'De kwaliteit van het wetgevingsproces: wonderlijke citaten met betrekking tot de nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', KWEP 2010/26, paragraaf 2.

aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden moeten kwalificeren als preferente aandelen. Mijn toetsingskader hierbij is de doelstelling van de wetgever om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

Indien is vastgesteld dat sprake is van preferente aandelen, moet worden getoetst aan de vier cumulatieve vereisten die zijn opgenomen in art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 SW 1956. Voor een antwoord op het tweede deel van de probleemstelling is het dan ook noodzakelijk om te onderzoeken of deze voorwaarden leiden tot het doel van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Dit onderzoek is tweeledig. Enerzijds wordt onderzocht of door de voorwaarden reële bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen worden uitgesloten (overkill). Anderzijds wordt onderzocht of de gestelde voorwaarden ertoe kunnen leiden dat niet-reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd.

1.4 Verantwoording van de opzet

De doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, heeft geresulteerd in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zoals die zijn opgenomen in art. 35b t/m 35e SW 1956 en in art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001. In hoofdstuk 2 volgt een bespreking van deze faciliteiten op hoofdlijnen. Hierbij zullen art. 35b t/m 35e SW 1956 steeds het uitgangspunt vormen. Voor de doorschuifregelingen ex art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 geldt mutatis mutandis hetzelfde, tenzij uitdrukkelijk anders wordt vermeld. Tevens zal het onderzoek zich uitsluitend richten op de aanmerkelijkbelanghouder. De ondernemer in de inkomstenbelasting zal alleen aan de orde komen voor zover het van belang is voor de beantwoording van de probleemstelling. Na de bespreking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op hoofdlijnen zal ik in hoofdstuk 3 onderzoeken of de preferente aandeelhouder een belegger is. Het onderscheid in behandeling tussen gewone aandelen en preferente aandelen baseert de wetgever immers op deze vooronderstelling. Vervolgens zal in hoofdstuk 4 worden onderzocht welke aandelen voor de toepassing van de faciliteiten moeten worden aangemerkt als preferente aandelen (eerste deel probleemstelling). Bij de beantwoording van deze vraag zal de doelstelling van de wetgever, het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, het uitgangspunt zijn. In hoofdstuk 5 worden de vier cumulatieve vereisten die de wetgever heeft gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen nader onderzocht en zal worden getoetst of de wetgever met deze voorwaarden zijn doel bereikt. De conclusie met aanbevelingen volgt in hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 2 – De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op hoofdlijnen

2.1 Inleiding

Een bedrijfsopvolging met preferente aandelen wordt zowel in de Wet IB 2001 als in de SW 1956 fiscaal gefacilieerd. In dit hoofdstuk komt allereerst de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan de orde (paragraaf 2.2). Daarna volgt in paragraaf 2.3 een uiteenzetting van de voorwaarden, zoals die zijn opgenomen in art. 35b t/m 35e SW 1956, waaraan moet zijn voldaan om in aanmerking te komen voor de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR). De voorwaarden die gelden ten aanzien van de verkrijging (paragraaf 2.3.1) zijn gelijkkluidend opgenomen voor de doorschuifregelingen in art. 4.17a en art. 4.17c Wet IB 2001. Voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 gelden echter het bezitsvereiste en het voortzettingsvereiste niet. Voor de toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 moet de verkrijger echter wel voldoen aan de dienstbetrekkingseis. In paragraaf 2.4 zal vervolgens kort worden ingegaan op de nadere voorwaarden die worden gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen, waarna in paragraaf 2.5 een samenvatting volgt.

2.2 De ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

De bedrijfsopvolging van een aanmerkelijkbelanghouder door middel van vererving of schenking kan leiden tot heffing van inkomstenbelasting bij de overdrager en heffing van schenk- of erfbelasting bij de verkrijger(s). Om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming door de betaling van deze belastingen in gevaar komt, heeft de wetgever de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het leven geroepen. De doelstelling van de wetgever met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is om in het geval van reële bedrijfsoverdrachten te zorgen voor een onbelemmerde voortzetting van ondernemingen, omdat zij van groot belang zijn voor de economische bedrijvigheid. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn dan ook alleen van toepassing voor zover het ondernemingsvermogen betreft, omdat volgens de wetgever voor beleggingsvermogen geen bedrijfseconomische reden voor een faciliteit bestaat.¹³ De wetgever is namelijk van mening dat het beleggingsvermogen niet van belang is voor de economische bedrijvigheid en dat dit vermogen in tegenstelling tot het ondernemingsvermogen niet ‘gebonden’ is.¹⁴

Met de faciliteiten heeft de wetgever dus als doel om alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Een reële bedrijfsopvolging houdt in: de overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als

¹³ Zie voor de SW 1956: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19 en voor de Wet IB 2001: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3.

¹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 11.

ondernemer voortzet.¹⁵ Met dit doel in het achterhoofd heeft de wetgever in de SW 1956 een bezitsvereiste en een voortzettingsvereiste opgenomen en in de Wet IB 2001 een dienstbetrekkingseis van drie jaar voor de verkrijger.¹⁶ Aangezien bij de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 de belastingclaim behouden blijft, hetgeen niet het geval is bij toepassing van de vrijstelling in de SW 1956, achtte de wetgever het niet nodig om het bezitsvereiste en het voortzettingsvereiste ook in de Wet IB 2001 op te nemen.¹⁷ Met de dienstbetrekkingseis van drie jaar wil de wetgever stimuleren dat de overdrager niet alleen zijn aandelen overdraagt, maar ook zijn kennis van die onderneming. Hierdoor wordt volgens de wetgever bereikt dat de relatie tussen overdrager en opvolger voldoende duurzaam is.¹⁸ De dienstbetrekkingseis kent echter geen enkele kwalitatieve noch kwantitatieve eis, zodat aan deze eis weinig betekenis toekomt.¹⁹

Daarnaast heeft de wetgever bij het vormgeven van de wet de volgende uitgangspunten voor ogen gehad. Er moet zo min mogelijk verschil worden gemaakt tussen:

1. bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van overlijden;
2. bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfeer (rechtsvormneutraliteit);
3. directe en indirecte (via een holding) gehouden aandelen.²⁰

Voor mijn probleemstelling zijn voornamelijk de uitgangspunten twee en drie van belang. Het streven naar een gelijke behandeling tussen bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfeer heeft de wetgever vormgegeven door in artikel 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 te eisen dat het lichaam waarvan de aandelen worden verkregen een onderneming moeten drijven in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001.²¹ Het uitgangspunt van de wetgever om directe en indirecte

¹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 17. Deze definitie geldt ook voor de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001. Zie: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 32.

¹⁶ Zie voor de bezitseis en het voortzettingsvereiste: Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5. Zie voor de dienstbetrekkingseis: Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20 p. 15-16. De wetgever wilde aanvankelijk een bestuurderseis opnemen. Bij de derde nota van wijziging is deze eis echter gewijzigd in de dienstbetrekkingseis, omdat de wetgever wilde aansluiten bij art. 3.63 Wet IB 2001 (zie: Kamerstukken II, 2009/10, 32 129, nr. 14, p. 7).

¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 9.

¹⁸ Kamerstukken II, 2009/10, 32 129, nr. 14, p. 7 en Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20 p. 15.

¹⁹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: SDU 2011, paragraaf 3.3.13.3.

²⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

²¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

aandelenbelangen gelijk te behandelen, komt tot uitdrukking in de toerekeningsbepaling die is opgenomen in art. 35c lid 5 SW (zie voor de inkomstenbelasting: art. 4.17a lid 5 Wet IB 2001). Deze toerekeningsbepaling zal in paragraaf 2.3 nader besproken worden.

2.3 Toepassingsvoorwaarden BOR

Om in aanmerking te komen voor de voorwaardelijke vrijstelling van art. 35b SW 1956 moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Deze voorwaarden zijn onder te verdelen in drie categorieën:

1. Voorwaarden ten aanzien van de verkrijging (paragraaf 2.3.1);
2. Voorwaarden ten aanzien van de rechtsvoorganger (paragraaf 2.3.2);
3. Voorwaarden ten aanzien van de verkrijger (paragraaf 2.3.3).

De voorwaarden ten aanzien van de verkrijging van een aanmerkelijkbelangpakket zullen worden besproken in paragraaf 2.3.1. Het ter beschikkingstellingsvermogen ex art. 3.92 Wet IB 2001 (art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956) wordt hierbij buiten beschouwing gelaten, omdat dit niet relevant is voor de beantwoording van de probleemstelling. In paragraaf 2.3.2 en paragraaf 2.3.3 zal worden ingegaan op de bezitseis van art. 35d SW 1956 die geldt voor de rechtsvoorganger en op de voortzettingseis van art. 35e SW 1956 die geldt voor de verkrijger.

2.3.1 Voorwaarden ten aanzien van de verkrijging

Volgens art. 35b lid 1 jo. art. 35b lid 5 SW 1956 is de voorwaardelijke vrijstelling alleen van toepassing als het gaat om de verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW 1956.²² Onder de verkrijging van ondernemingsvermogen moet worden verstaan vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigheid houdt als bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

Het lichaam waarvan de aandelen worden verkregen, moet dus een onderneming drijven als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Met deze eis heeft de wetgever beoogd om meer rechtsvormneutraliteit te bereiken.²³ Dit betekent ook dat voor de faciliteiten de omvang van het ondernemingsvermogen moet worden bepaald aan de hand van de vermogensetiketteringsregels zoals die ook gelden voor de IB-

²² Ook voor de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting moet sprake zijn van ondernemingsvermogen. Zie: art. 4.17a lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 en art. 4.17c lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

²³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 42-43.

ondernemer. Volgens de memorie van toelichting is een houder van aandelen vergelijkbaar met een ondernemer indien de houder minimaal 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt. In de wet is deze 5%-eis echter niet tot uitdrukking gekomen en heeft men ervoor gekozen om aan te sluiten bij het aanmerkelijk belang begrip van afdeling 4.3 Wet IB 2001. Hiermee krijgen ook de soort aanmerkelijkbelanghouder ex art. 4.7 Wet IB 2001 en de fictief aanmerkelijkbelanghouder ex art. 4.11 Wet IB 2001 toegang tot de faciliteiten. Alleen de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder ex art. 4.10 Wet IB 2001 wordt uitgezonderd van de faciliteiten, omdat deze volgens de wetgever niet te vergelijken is met een IB-ondernemer. De fictief aanmerkelijkbelanghouder wilde de wetgever evenals de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder niet aanmerken als kwalificerende ondernemer, maar onder druk van belangenorganisaties is dit uiteindelijk wel gebeurd.²⁴

Als ondernemingsvermogen wordt volgens art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 slechts aangemerkt (1) de waarde van de vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan de hiervoor bedoelde onderneming of medegerechtigheid en (2) het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5% van de onder (1) toegerekende waarde.

In de meeste gevallen zal de erflater of schenker een holding nalaten/schenken die zelf geen onderneming drijft, maar wel een belang heeft in een werkmaatschappij waarin een onderneming wordt gedreven. De erflater of schenker is dan indirect gerechtigd tot een actieve werkmaatschappij. De wetgever heeft daarom art. 35c lid 5 SW 1956 opgenomen met als doel deze indirecte belangen dezelfde behandeling te geven als directe belangen. De hoofdregel is dat de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de holding een direct of een indirect belang heeft, worden toegerekend aan de holding mits de erflater of schenker in dat andere lichaam een indirect aanmerkelijk belang hield zoals bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001.²⁵ Als uitzondering op deze hoofdregel heeft de wetgever de verwateringsregeling opgenomen, waardoor het onder voorwaarden ook mogelijk is dat de bezittingen en schulden van een indirect belang – van minder dan 5% maar ten minste 0,5 procent – worden toegerekend aan de holding.²⁶ De verwateringsregeling ziet op situaties waarbij het directe belang in de holding door verervingen, huwen of schenkingen naar meerdere personen is verwaterd, waardoor ook het indirecte belang in de werkmaatschappij is verwaterd. De situatie dat het indirecte belang alleen door wijzigingen in de privé-situatie van de aandeelhouder door de grens van 5% heen zakt en

²⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20-21.

²⁵ Art. 35c lid 5 onderdeel a SW 1956.

²⁶ Art. 35c lid 5 onderdeel b SW 1956.

daarmee de faciliteiten niet van toepassing zijn, achtte de wetgever ongewenst.²⁷ Om deze reden is dan ook de verwateringsregeling opgenomen als uitzondering op de hoofdregel. Indien op grond van art. 35c lid 5 SW de bezittingen en schulden van een lichaam niet worden toegerekend aan de holding, behoren deze belangen per 1 juli 2016 tot het beleggingsvermogen.²⁸ Dit betekent dat een indirect belang, dat geen aanmerkelijk belang is, aan veel strengere voorwaarden moet voldoen dan een fictief aanmerkelijk belang ex art. 4.11 Wet IB 2001.²⁹ Voor de verkrijging van een dergelijk belang worden namelijk geen eisen gesteld aan de verwatering. Ook toerekening van de bezittingen en schulden van een indirect gehouden preferent aandelenbelang is mogelijk op grond van art. 35c lid 5 SW 1956, mits voldaan is aan de voorwaarden van art. 8 lid 3 Uitv.reg. S&E (zie paragraaf 2.4).

2.3.2 Voorwaarden ten aanzien van de rechtsvoorganger

In art. 35d SW 1956 heeft de wetgever voorwaarden opgenomen ten aanzien van de erflater of schenker. Voor de aanmerkelijkbelanghouder zijn de voorwaarden van art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 van belang. Deze voorwaarden waaraan de erflater of schenker moet voldoen, wordt de bezitser genoemd. De bezitser houdt in dat gedurende de bezitsperiode – één jaar tot het overlijden dan wel vijf jaren voorafgaand aan de schenking – (1) de erflater/schenker aanmerkelijkbelanghouder is geweest van de vermogensbestanddelen als bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 en (2) het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de bezitsperiode een onderneming dreef of een medegerechtigdheid bezat.

In art. 9 Uitv.reg. S&E heeft de wetgever enkele situaties opgenomen waarin formeel niet wordt voldaan aan de bezitsperiode, maar in economische zin de erflater of schenker wel voldoet aan de bezitsperiode. Art. 9 Uitv.reg. S&E bepaalt dat in dergelijke gevallen toch voldaan is aan de bezitser. Zo is in art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E bepaald dat in het geval van een omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging, zoals bedoeld in art. 35c lid 4 SW, mede voldaan is aan de bezitser indien ten aanzien van voorafgaande gewone aandelen voldaan is aan de bezitsperiode van één, onderscheidenlijk vijf jaren.

²⁷ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 12.

²⁸ Dit wordt bewerkstelligd door art. 35c lid 6 SW 1956. Dit lid is toegevoegd per 1 juli 2016 naar aanleiding van Hoge Raad. 22 april 2016, BNB 2016/167 m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

²⁹ Zie: M.J. Hoogeveen en R.C.G. Lindenhof, 'Toerekenen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016', MBB 2017/10, paragraaf 5.3. Een fictief aanmerkelijk belang is immers ook kleiner dan 5% en kwalificeert zonder nadere voorwaarden, terwijl een indirect verwaterd belang aan drie cumulatieve voorwaarden moet voldoen.

2.3.3 Voorwaarden ten aanzien van de verkrijger

De BOR betreft een voorwaardelijke vrijstelling die pas definitief wordt als de verkrijger voldoet aan het voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956. Het voortzettingsvereiste houdt in dat de verkrijger de onderneming gedurende een periode van vijf jaar moet voortzetten. Indien de verkrijging bestaat uit vermogensbestanddelen als bedoeld in artikel 35c lid 1 onderdeel c SW 1956, wordt de vrijstelling op grond van art. 35e lid 1 onderdeel c SW ingetrokken indien:

1. de verkrijger vermogensbestanddelen vervreemdt of een gedeelte van de in deze vermogensbestanddelen liggende rechten;
2. de vermogensbestanddelen worden omgezet in preferente aandelen of op andere wijze wordt de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperkt,³⁰ of
3. het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben, ophoudt uit de onderneming of medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten.

Evenals bij de bezitser heeft de wetgever in art. 10 Uitv.reg. S&E ook voor het voortzettingsvereiste een aantal situaties opgenomen waarin de verkrijger in economische zin de onderneming voortzet, maar in formele zin niet voldaan is aan het voortzettingsvereiste.³¹ Op verzoek van de verkrijger leiden de in art. 10 Uitv.reg. S&E beschreven gebeurtenissen niet tot intrekking van de vrijstelling.

2.4 Extra voorwaarden preferente aandelen

Zoals reeds in het inleidende hoofdstuk is vermeld, wordt de preferente aandeelhouder in beginsel uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat de wetgever preferente aandeelhouders beschouwt als kapitaalverschaffers. Met betrekking tot een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 is de wetgever eenzelfde mening toegedaan. Dergelijke financiers zijn volgens de wetgever niet de ondernemers waarvoor de faciliteiten bedoeld zijn. Alleen indien de preferente aandeelhouder voorheen als ondernemer bij de onderneming betrokken is geweest en de preferente aandelen als het ware een voortzetting vormen van zijn eerdere gerechtigdheid als gewone aandeelhouder en daarnaast de preferente aandelen worden verkregen door degene die thans als

³⁰ De vrijstelling wordt bij omzetting naar preferente aandelen ingetrokken, omdat de wetgever van mening is dat de rechtspositie van de verkrijger dan dusdanig wijzigt dat geen sprake is meer van een reële bedrijfsopvolging. Zie: Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 28.

³¹ Zie ook: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 47.

ondernemer betrokken is bij de onderneming zijn de faciliteiten van toepassing. Ook een medegerechtigdheid kwalificeert voor de faciliteiten indien sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Dit uitgangspunt met betrekking tot preferente aandelen en een medegerechtigdheid heeft de wetgever door middel van art. 35c lid 3 en 4 SW 1956 en art. 4.17a lid 3 en 4 Wet IB 2001 tot uitdrukking willen brengen.³² Met betrekking tot een medegerechtigdheid geldt dat art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 alleen van toepassing is voor zover die medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Tevens dienen de vermogensbestanddelen te worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van de vennootschap die een zodanig beherend vennoot is.³³ Aangezien dit onderzoek zich richt op de preferente aandeelhouder zullen in deze paragraaf alleen de aanvullende voorwaarden voor preferente aandelen nader worden besproken. Op grond van art. 35c lid 4 SW en art. 4.17a lid 4 Wet IB 2001 komt de verkrijging van preferente aandelen alleen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in aanmerking indien:

- a. de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- 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 zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid hield zoals bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001, en
- d. de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b.³⁴

Bovenstaande voorwaarden gelden ook voor de verkrijging van indirect gehouden preferente aandelen.³⁵ Met voorwaarde a heeft de wetgever willen bewerkstelligen dat alleen preferente

³² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97.

³³ Zie: art. 35c lid 3 SW 1956 en art. 4.17a lid 4 Wet IB 2001.

³⁴ Om te bepalen of is voldaan aan deze 5%-eis worden op grond van art. 8 lid 5 Uitv.reg. S&E de preferente aandelen niet gerekend tot het geplaatste aandelenkapitaal.

³⁵ Art 35c lid 5 SW 1956 jo. Art. 8 lid 3 Uitv.reg. S&E. Er bestaat overigens een (onbedoeld) tekstueel verschil tussen de voorwaarden die gelden voor direct gehouden preferente aandelen en indirect gehouden preferente aandelen. In art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956 (en art. 4.17a lid 3 sub d Wet IB 2001) is in tegenstelling tot art.

aandelen die in het bezit zijn geweest van een 'echte' ondernemer kwalificeren voor de faciliteiten. Volgens de wetgever is alleen sprake van een 'echte' ondernemer als hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen.³⁶ Indien zo een aandelenpakket wordt omgezet in een pakket met preferente aandelen, kunnen de faciliteiten worden verleend als tevens voldaan is aan voorwaarde b t/m d.

De voorwaarden b en d moeten ervoor zorgen dat de verkrijging van de preferente aandelen het sluitstuk van de bedrijfsopvolging vormen. Ten tijde van de verkrijging moet de verkrijger al betrokken zijn als ondernemer bij de onderneming. Daartoe heeft de wetgever voorwaarde b en d in de wet opgenomen.³⁷ De eis van onderdeel c dat sprake moet zijn van een onderneming ten tijde van de omzetting naar preferente aandelen is opgenomen om het doel van de wetgever tot uitdrukking te brengen dat het moet gaan om preferente aandelen die zijn verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.³⁸

De verkrijger van de preferente aandelen moet evenals de gewone aandeelhouder voldoen aan het voortzettingsvereiste van artikel 35e SW 1956. Voor de verkrijger van preferente aandelen heeft de wetgever echter nog een aanvullende eis opgenomen in artikel 35e lid 4 SW 1956. Deze eis houdt in dat de verkrijger ook met betrekking tot de aan hem eerder toegekende gewone aandelen (aanvang van de bedrijfsopvolging), zoals bedoeld in art. 35c lid 4 onderdeel b SW 1956, moet voldoen aan het voortzettingsvereiste, voor zover hij deze aandelen nog in zijn bezit heeft ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen (sluitstuk bedrijfsopvolging). Hoewel de faciliteiten dus van toepassing zijn op de preferente aandelen wordt het voortzettingsvereiste ook uitgebreid tot de gewone aandelen. De wetgever heeft deze bepaling opgenomen zodat de betrokkenheid van de bedrijfsopvolger ook blijft bestaan tijdens de voortzettingsperiode. Als hij zijn gewone aandelen vervreemdt, verliest hij volgens de wetgever zijn status als ondernemer en wordt de vrijstelling (evenredig) ingetrokken.³⁹

8 lid 3 onderdeel d Uitv.reg. S&E (en art. 26b lid 3 onderdeel d Uitv.reg IB 2001) namelijk niet expliciet opgenomen dat de verkrijger de gewone aandelen ook indirect, via een houdstervennootschap, mag houden. De staatssecretaris heeft deze omissie inmiddels hersteld. Zie: BOR-besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.9 en Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751, onderdeel 5.2.3.

³⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

³⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

³⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

³⁹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

2.5 Samenvatting

In paragraaf 2.2 zijn de doelstelling en de uitgangspunten van de wetgever met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan de orde gekomen. De doelstelling van de wetgever houdt in dat hij met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het geval van reële bedrijfsoverdrachten wil zorgen voor een onbelemmerde voortzetting van ondernemingen, omdat zij van groot belang zijn voor de economische bedrijvigheid. Tevens heeft de wetgever drie uitgangspunten geformuleerd bij het vormgeven van de faciliteiten. Er moet zo min mogelijk onderscheid worden gemaakt tussen:

1. bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfeer;
2. bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van overlijden;
3. directe en indirecte (via een holding) gehouden aandelen.

In paragraaf 2.3 zijn vervolgens de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om in aanmerking te komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan de orde gekomen. Ook bij de schenking of vererving van preferente aandelen moet aan deze voorwaarden worden voldaan. De wetgever heeft aan preferente aandelen echter aanvullende voorwaarden gesteld met als doel om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Deze voorwaarden en de ratio van deze voorwaarden zijn in paragraaf 2.4 kort besproken. In hoofdstuk 5 zal worden onderzocht of de wetgever met deze voorwaarden ook daadwerkelijk erin slaagt om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Na deze bespreking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op hoofdlijnen zal in hoofdstuk 3 worden ingegaan op de vraag of de preferente aandeelhouder een belegger is.

Hoofdstuk 3 – Is de preferente aandeelhouder een belegger?

3.1 Inleiding

De wetgever is van mening dat de preferente aandeelhouder in beginsel geen ondernemer is, maar veel meer gelijkenissen vertoont met een belegger.⁴⁰ Hiermee beschouwt de wetgever de preferente aandeelhouder als een kapitaalverschaffer die niet zonder meer toegang heeft tot de faciliteiten.⁴¹ Gewone aandelen hebben echter ook de functie van kapitaalverschaffing. Bovendien vallen preferente aandelen – evenals gewone aandelen – onder de aanmerkelijkbelangregeling, terwijl in de aanmerkelijkbelangregeling de nadruk op ondernemersparalleliteit ligt.⁴² De afwijkende behandeling van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is naar mijn mening alleen te rechtvaardigen indien de preferente aandeelhouder, anders dan de gewone aandeelhouder, vergelijkbaar is met een belegger. Om een antwoord te krijgen op de vraag of de preferente aandeelhouder een belegger is, zal eerst aandacht worden besteed aan (1) de ratio van de aanmerkelijkbelangregeling en (2) de ratio van de preferente aandeelhouder in box 2. Vervolgens zal vanuit de literatuur worden ingegaan op de verschillen en overeenkomsten tussen een preferente aandeelhouder en een gewone aandeelhouder. In paragraaf 3.6 volgt mijn visie over het onderscheid tussen een preferente aandeelhouder en een gewone aandeelhouder, waarna in paragraaf 3.7 een conclusie volgt.

3.2 De ratio van de aanmerkelijkbelangregeling

De aanmerkelijkbelanghouder kan zowel worden vergeleken met een ondernemer als met een belegger. Enerzijds kan hij indirect een onderneming drijven en anderzijds houdt hij slechts aandelen.⁴³ Voor 1997 heeft het oppotargument een belangrijke rol gespeeld voor de aanmerkelijkbelangregeling. De gedachte was dat een aandeelhouder binnen de vennootschap een zodanige machtspositie heeft dat hij zelf kan beslissen over het al dan niet uitkeren van dividend. De aandeelhouder zou op die manier, door vervreemding van de aandelen, zonder heffing over de in de vennootschap opgekomen reserves kunnen beschikken. Met de ingrijpende herziening van de aanmerkelijkbelangregeling per 1 januari 1997 is het oppotargument – en daarmee de nadruk op zeggenschap – als rechtvaardiging voor

⁴⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24.

⁴¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁴² Kamerstukken II 1995/96, 24 791, nr. 3, p. 5.

⁴³ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 205 en 217. Zie over deze dubbele identiteit van de aanmerkelijkbelanghouder: R.E. Zwier, 'De dubbele identiteit van de aanmerkelijkbelanghouder', WFR 2012/52, paragraaf 2.

de heffing achterhaald, want zowel de uitkeringen van winst als de vervreemding van aandelen wordt tegen 25 procent belast.

Vanaf 1997 ligt in de aanmerkelijkbelangregeling de nadruk op de ondernemersparallel. Het tarief van 25 procent is dan ook in belangrijke mate ingegeven door de vergelijking van cumulatieve belastingdruk van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting die in economische zin op de aanmerkelijkbelanghouder drukt, met die van de progressief belaste IB-ondernemer.⁴⁴ Met ingang van 1 januari 1997 is ook de kring van aanmerkelijkbelanghouders aanzienlijk verruimd door een verlaging van de 33%-grens tot 5%.⁴⁵ De wetgever heeft gekozen voor deze 5%-grens om een onderscheid te maken tussen de aandeelhouderbelegger en een aandeelhouderondernemer. Tevens is hierbij een vergelijking gemaakt met de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting waarbij het 5%-criterium ook onderscheid maakt tussen beleggen en ondernemen.⁴⁶ Heithuis is van mening dat de wetgever bij de huidige aanmerkelijkbelangregeling zich eenzijdig heeft gefocust op de gelijkstelling met de ondernemer in de inkomstenbelasting. De aanmerkelijkbelanghouder wordt daarmee bij wetsfictie bestempeld tot pseudo-ondernemer, terwijl een aanmerkelijkbelanghouder zich in werkelijkheid uitsluitend kan bezighouden met het beleggen van vermogen. Heithuis vindt dan ook dat in een stelsel waarbij de aanmerkelijkbelanghouder wordt gezien als een pseudo-ondernemer een hogere grens dan de huidige 5%-grens moet gelden.⁴⁷ Ook Blokland merkt op dat het spreken over een aandeelhouderondernemer door de wetgever bij een belang van 5% wel wat optimistisch is.⁴⁸

Hoogeveen merkt overigens op dat de nadruk op de ondernemersparallel in de huidige aanmerkelijkbelangregeling niet wil zeggen dat iedere aanmerkelijkbelanghouder als ondernemer wordt beschouwd. Zo is de aanmerkelijkbelangregeling ook van toepassing op een aanmerkelijk belang in een beleggingsvennootschap ex art. 4.14 Wet IB 2001, terwijl een dergelijk aandeelhouder toch bezwaarlijk als ondernemer kan worden aangemerkt. Bovendien meent Hoogeveen dat de kwalificatie

⁴⁴ R.E. Zwier, 'De soortbenadering in het aanmerkelijk belang', WFR 2011/978, paragraaf 2.

⁴⁵ Zie: J. Doornebal en A.C. Rijkers, 'Het nieuwe aanmerkelijk-belangregime', TFO 1996/149, paragraaf 4. Zij merken op dat door deze verlaging een belangrijk motief (zeggenschap en daarmee invloed op het dividendbeleid) voor de aanmerkelijkbelangregeling overboord wordt gezet.

⁴⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 206.

⁴⁷ E.J.W. Heithuis, 'Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2', WFR 2006/291, paragraaf 4 en 5. Heithuis meent dat een percentage van 20 á 25 procent het onderscheid tussen een aandeelhouderondernemer en een aandeelhouderbelegger beter benadrukt. Zie: F.M. Werger, 'Verslag promotie drs. E.J.W. Heithuis', WFR 1999/912, paragraaf 2.

⁴⁸ T. Blokland, 'Aspecten van het ontgaan van (aanmerkelijkbelang)belasting', WFR 2000/431, paragraaf 2.

van een aanmerkelijkbelanghouder als ‘ondernemer’ of als ‘belegger’ vanuit wetsystematisch oogpunt niet van belang is, omdat de wetgever met de wijziging van het aanmerkelijkbelangregime slechts een vermogenswinstbelasting heeft willen invoeren.⁴⁹

3.3 De aanmerkelijkbelangregeling en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten sluiten aan bij de 5%-grens van het aanmerkelijkbelangregime. De wetgever heeft in de memorie van toelichting nog maar eens herhaald dat een houder van aandelen vergelijkbaar is met een ondernemer indien de houder minimaal 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt.⁵⁰ Bij de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen worden de faciliteiten verleend voor zover het lichaam een onderneming drijft (zie paragraaf 2.3.1). In hoeverre de aanmerkelijkbelanghouder zelf betrokken is bij de onderneming is derhalve niet van belang. Hoogeveen merkt daarom ook op dat de omvang van het aandelenbezit het enige criterium is dat wordt aangelegd voor de toepassing van de faciliteiten op het niveau van de overdrager en de overnemer, behoudens de dienstbetrekkingseis in het geval van schenking voor wat betreft de doorschuifregeling.⁵¹ Vanuit de doelstelling van de wetgever bezien vindt De Beer het opvallend dat wordt aangesloten bij de aanmerkelijkbelangregeling. De wetgever wil immers alleen reële bedrijfsopvolgingen faciliteren en de aanmerkelijkbelangstatus heeft weinig van doen met het ondernemersbegrip zoals dat in het economische verkeer te gelden heeft. Het 5%-criterium is immers aanzienlijk te laag om te kunnen spreken van echt ondernemerschap en door de soortbenadering kunnen nog kleinere belangen een aanmerkelijkbelangpositie opleveren. Bovendien worden op het niveau van de overdrager en de overnemer geen eisen gesteld aan: (1) de zeggenschapsrechten in de onderneming, (2) de betrokkenheid bij de onderneming (behoudens de dienstbetrekkingseis) en (3) de beïnvloeding van de winstgevendheid van de onderneming. De Beer vindt de uitsluiting van preferente aandelen vanuit dit oogpunt onterecht. Hij meent dat de enige reden om preferente aandelen uit te sluiten de beperkte winstgerechtigheid is. Voor een faciliteit die geen eisen stelt met betrekking tot de feitelijke betrokkenheid en zeggenschap op niveau van de overdrager en de

⁴⁹ M.J. Hoogeveen, ‘Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?’, paragraaf 2.1, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

⁵⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20-21.

⁵¹ M.J. Hoogeveen, ‘Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?’, paragraaf 5.3, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34. Hoogeveen abstraheert hier van de bezits- en voortzettingstermijn die gelden voor de schenk- en erfbelasting.

overnemer, ziet hij echter geen reden om de enkele beperktere winstgerechtigdheid als doorslaggevend criterium te hanteren.⁵²

3.4 De ratio van de preferente aandeelhouder in box 2

Zoals uit paragraaf 3.2 blijkt, is ondernemersparalleliteit de belangrijkste ratio van de huidige aanmerkelijkbelangregeling. De wetgever is echter van mening dat de preferente aandeelhouder een belegger is. Dit roept de vraag op waarom deze aandeelhouder in box 2 wordt belast. In het vervolg zal de historie van preferente aandelen in het kader van het aanmerkelijkbelangregime worden doorgenomen, zodat duidelijk wordt waarom de preferente aandeelhouder in box 2 is ondergebracht.

3.4.1 Behandeling preferente aandelen tot en met maart 1991: geen aanmerkelijk belang

Preferente aandelen in het kader van de aanmerkelijkbelangregeling komen voor het eerst aan de orde bij de parlementaire behandeling van de Wet IB 1964.⁵³

‘De hier aan het woord zijnde leden wezen erop, dat ten onrechte geen onderscheid wordt gemaakt tussen diverse soorten aandelen. Prioriteitsaandelen zijn vrijwel steeds beperkt tot een matig dividend en tot ontvangst van het nominale bedrag in geval van liquidatie. (...) Wanneer zij met winst worden verkocht, vindt die winst haar grond geenszins in de reserves van de n.v., maar wel in de genoemde rechten. Daarom is het — ook in de gedachtegang van de bewindslieden — onjuist dergelijke aandelen aan het aanmerkelijkbelangregime te onderwerpen.’

Later is deze zienswijze met betrekking tot preferente aandelen bevestigd:⁵⁴

‘Naar aanleiding van de opmerking van de hier aan het woord zijnde leden inzake prioriteitsaandelen, waarin geen recht op reserves van de n.v. is belichaamd (...) merken de ondergetekenden op dat deze aandelen — zoals trouwens ook andere aandelen waarin geen recht op de reserves van de n.v. is belichaamd — naar hun oordeel buiten de aanmerkelijkbelangregeling vallen. Zij zijn van mening dat het ontbreken van een bepaling welke dit uitdrukkelijk in de wettekst vastlegt niet als bezwaar behoeft te worden gevoeld,

⁵² A.M.A. de Beer, ‘(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen’, WFR 2010/1242, paragraaf 5.1.

⁵³ Kamerstukken II 1961/62, 5 380, nr. 16, p. 24.

⁵⁴ Kamerstukken II 1962/63, 5 380, nr. 19, p. 58.

omdat deze zienswijze uit hun beschouwingen nopens de grondslag van de aanmerkelijk-belangheffing reeds duidelijk voortvloeit.'

Uit de uitspraak van de Hoge Raad op 21 november 1979 bleek inderdaad dat de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever voldoende was om te oordelen dat het voordeel uit de vervreemding van aandelen geen winst uit aanmerkelijk belang kan vormen indien in die aandelen geen recht op de reserves van de vennootschap is belichaamd.⁵⁵ De Hoge Raad had in 1974 echter geoordeeld dat preferente aandelen, welke niet zijn gerechtigd tot de reserves en een eventuele liquidatie-uitkering, wel worden gerekend tot het nominale gestorte kapitaal. Dit had tot gevolg dat preferente aandelen wel meetellen voor de bepaling of een aandeelhouder voldeed aan het kwantitatieve criterium voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling. Hierdoor kon eenvoudig onder het aanmerkelijkbelangregime worden uitgekomen. Door de uitgifte van preferente aandelen bij andere aandeelhouders verwaterde het belang van de 'gewone' aandeelhouders.⁵⁶ Volgens de Hoge Raad waren deze verwateringsconstructies niet in strijd met doel en strekking van de aanmerkelijkbelangregeling.⁵⁷

3.4.2 Behandeling preferente aandelen vanaf maart 1991 tot 1997: specifieke uitzondering

Naar aanleiding van de verwateringsconstructies heeft de wetgever met ingang van 20 maart 1991 enkele wijzigingen in het aanmerkelijkbelangregime aangebracht.⁵⁸ Deze wijzigingen waren als volgt:

- preferente aandelen tellen niet meer mee voor de bepaling of een aandeelhouder voldeed aan het kwantitatieve criterium voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling;
- volgens artikel 39 lid 3 Wet IB 1964 was sprake van preferente aandelen als (1) de winstgerechtigdheid beperkt was tot een dividend van maximaal 10% van het nominaal gestorte kapitaal, (2) het dividend jaarlijks werd uitgekeerd en (3) de aandelen bij ontbinding niet deelden in de reserves van de vennootschap;
- als niet voldaan werd aan één van de drie voorwaarden werden de aandelen beschouwd als gewone aandelen;

⁵⁵ Hoge Raad. 21 november 1979, nr. 19 279, BNB 1980/100 m.nt. Van Dijck.

⁵⁶ M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?', paragraaf 3.1, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

⁵⁷ Zie o.a. Hoge Raad. 11 mei 1988, nr. 24 918, BNB 1988/289.

⁵⁸ Wet tot wijziging van de inkomstenbelasting (beperkte reparatie van het regime inzake de winst uit aanmerkelijk belang) van 7 maart 1991, Stb. 1991, 94.

- het soort aanmerkelijk belang, zoals dat in de Wet IB 2001 nog steeds bestaat (art. 4.7 Wet IB 2001), werd ingevoerd;
- de verwatering werd aangepakt door het aflopend aanmerkelijk belang te introduceren.⁵⁹

3.4.3 Behandeling preferente aandelen vanaf 1997: altijd een aanmerkelijk belang

Per 1 januari 1997 is het aanmerkelijkbelangregime ingrijpend veranderd. De regels met betrekking tot preferente aandelen zoals die golden vanaf 20 maart 1991 (paragraaf 4.3.2) zijn daarmee komen te vervallen. Alle aandelen, dus ook preferente aandelen, tellen vanaf 1997 mee voor het 5%-criterium (het kwantitatieve criterium) dat bepalend is voor de kwalificatie aanmerkelijkbelanghouder. Tevens werden de reguliere- en vervreemdingsvoordelen van preferente aandelen belast als inkomen uit aanmerkelijk belang. Voor de aanmerkelijkbelangregeling is daardoor geen onderscheid meer tussen de behandeling van gewone aandelen en die van preferente aandelen. Preferente aandelen zijn vanaf 1997 een soorttaandeel waarop het aanmerkelijkbelangregime van toepassing is.⁶⁰ De regeling van een aflopend aanmerkelijk belang is gewijzigd naar een fictief aanmerkelijk belang zoals dat in de huidige wetgeving nog geldt. De regeling van het aflopende aanmerkelijk belang hield in dat aandelen die hun aanmerkelijkbelangpositie hadden verloren nog gedurende vijf jaar werden aangemerkt als aanmerkelijkbelangaandelen. Na deze periode van vijf jaar ging de aanmerkelijkbelangpositie echter alsnog verloren, zonder dat dit leidde tot een afrekenmoment. Door het ophouden aanmerkelijkbelanghouder te zijn vanaf 1997 aan te merken als een fictieve vervreemding, heeft de wetgever verwateringsconstructies met preferente aandelen onmogelijk gemaakt. Hoogeveen trekt hieruit de conclusie dat preferente aandelen niet tot het aanmerkelijkbelangregime zijn gaan behoren, omdat de wetgever van mening was dat zij een materieel een ondernemingspositie vertegenwoordigen.⁶¹

3.4.4 Tussenconclusie

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever preferente aandelen aanvankelijk niet onder het aanmerkelijkbelangregime wilde brengen, omdat deze aandelen niet de reserves van de

⁵⁹ M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?', paragraaf 3.2, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

⁶⁰ J. Doornebal en A.C. Rijkers, 'Het nieuwe aanmerkelijk-belangregime', TFO 1996/149, paragraaf 4.

⁶¹ M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?', paragraaf 3.2 en 3.3, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

vennootschap belichamen. Uit paragraaf 3.4.1 t/m paragraaf 3.4.3 blijkt dat preferente aandelen tot het inkomen uit aanmerkelijk belang zijn gaan behoren om verwateringsconstructies tegen te gaan. Hoogeveen concludeert derhalve dat preferente aandelen om anti-misbruikredenen tot het aanmerkelijkbelangregime zijn gaan behoren en niet omdat de wetgever van mening was dat zij materieel een ondernemingspositie vertegenwoordigen.⁶² Ik sluit mij aan bij deze conclusie en zal in het vervolg onderzoeken of preferente aandelen daadwerkelijk niet te vergelijken zijn met de positie van een ondernemer. Allereerst zal daarom worden onderzocht wat de (relevante) verschillen tussen een gewone en een preferente aandeelhouder zijn.

3.5 Wat is het onderscheid tussen de gewone aandeelhouder en de preferente aandeelhouder?

3.5.1 Kapitaalverstrekking en risico's

De Wijkerslooth-Lhoëst meent dat gewone aandelen evenals preferente aandelen de functie hebben van kapitaalverstrekking. Het argument van de wetgever dat de verkrijger van preferente aandelen meer kan worden gezien als een kapitaalverstrekker dan als bedrijfsopvolger is naar haar mening dan ook niet steekhoudend. Daarnaast is zij van mening dat de houder van preferente aandelen dezelfde risico's loopt als een gewone aandeelhouder.⁶³ Hoogeveen meent dat beide argumenten van De Wijkerslooth-Lhoëst niet valide zijn. Het enkel lopen van risico maakt een belastingplichtige voor de heffing van inkomstenbelasting immers nog geen ondernemer. Daarnaast is het zo dat beide aandeelhouders kapitaal verschaffen, maar normale aandelen delen volledig in de winstreserves en de liquidatieopbrengsten, terwijl preferente aandelen veelal uitsluitend recht geven op dividend. In dat opzicht is de gewone aandeelhouder wel te vergelijken met een ondernemer, de preferente aandeelhouder niet. Dit standpunt van Hoogeveen sluit ook aan bij de visie van de wetgever die meent dat alleen sprake is van een echte ondernemer als hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen.⁶⁴ Hoogeveen maakt hierbij nog de vergelijking met een medegerechtigde. De wetgever acht de positie van een medegerechtigde ook beter vergelijkbaar met die van een belegger dan met die van een ondernemer. Aanvankelijk wilde de wetgever de

⁶² M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?', paragraaf 3.4, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

⁶³ S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', WPNR 2009/6802, paragraaf 4.4.

⁶⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

medegerechtigde dan ook belasten in box 3, maar uit vrees voor mogelijke tariefsarbitrage heeft de wetgever uiteindelijk ervoor gekozen om de medegerechtigde in box 1 te belasten.⁶⁵ Hoogeveen is derhalve van mening dat het past in de visie van de wetgever om de toegang tot de faciliteiten voor zowel de preferente aandeelhouder als de medegerechtigde te beperken tot situaties waarin sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging.⁶⁶

Ook De Beer gaat in op de keuze van de wetgever om preferente aandelen, die uitsluitend recht geven op een (cumulatief) vast dividend, in beginsel uit te sluiten van de faciliteiten. Hij merkt hierbij op:

‘Het gegeven dat het rendement winstafhankelijk is, de aandelen een ander risicoprofiel kennen ten opzichte van vreemd vermogen alsmede het feit dat deze aandelen stemrechten bezitten, wordt kennelijk niet van belang geacht.’

Wat De Beer in dit kader met een winstafhankelijk rendement bedoelt, is mij onduidelijk. Bij omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen wordt immers veelal de waarde van de aandelen ‘bevroren’ en over deze waarde ontvangt de preferente aandeelhouder een vast dividend. Alleen de waarde ten tijde van omzetting blijft voor rekening en risico van de preferente aandeelhouder.⁶⁷ Het vaste dividend is afhankelijk van de waarde ten tijde van omzetting. Deze dividendvergoeding is mijns inziens dan ook niet winstafhankelijk te noemen, ook al blijft de betaling van dit dividend achterwege als het resultaat dit niet toestaat. De betaling wordt dan immers slechts opgeschort en ingehaald in een later jaar.

Daarnaast meent De Beer dat het risicoprofiel van preferente aandelen anders is dan dat van vreemd vermogen. Preferente aandelen vertonen echter grote overeenkomsten met vreemd vermogen. Meijer en Denneboom merken op dat preferente aandelen in economische zin vergelijkbaar zijn met (risicovolle) obligaties, omdat een vaste vergoeding is overeengekomen en de prijs voor de aflossing

⁶⁵ Zie: Kamerstukken II 1998/99, 26 727, A, punt 21 en Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 7, p. 124-125. Zie ook: A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, TFO 2019/160.5, paragraaf 3.2.

⁶⁶ M.J. Hoogeveen, ‘Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?’, paragraaf 5.2, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

⁶⁷ N.M.P. Govers-de Louw en M.M.J. Schuurman-van Nifterik, ‘Preferente aandelen en cumulatieve knelpunten bij vererving’, VFP 2010/53, p. 1.

van de onderliggende vermogenstitel ook vaststaat. Cumulatief preferente aandelen beschouwen zij als een mezzaninelening.⁶⁸ Over het risico van dergelijk financieringsinstrumenten merken zij op:

‘Een mezzaninelening ligt qua risico tussen de (veilige) banklening en het (risicovolle) eigen vermogen in.’

‘De verstrekker van mezzaninefinanciering, ongeacht of het cumprefs of een vorm van een (achtergestelde) lening is, loopt feitelijk geen risico van non-betaling, maar alleen een faillissementsrisico, net als de vreemdvermogenverschaffers.’⁶⁹

Meijer en Denneboom stellen dus, in tegenstelling tot De Beer, dat het risicoprofiel van preferente aandelen (een mezzaninefinancieringsvorm) overeenkomt met het risicoprofiel van een vreemd vermogensverschaffer. Vanuit dit standpunt bezien, is het naar mijn mening opmerkelijk dat de wetgever preferente aandelen onder voorwaarden toegang tot de faciliteiten verleent. Als het risicoprofiel van preferente aandelen gelijk is aan dat van vreemd vermogen, waarom zou een vordering die is ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging dan niet in aanmerking komen voor de faciliteiten?⁷⁰

3.5.2 Continuïteit van de onderneming

De wetgever heeft de faciliteiten opgenomen om de continuïteit van ondernemingen te waarborgen. Immers, door de heffing van inkomstenbelasting en schenk- of erfbelasting zouden liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan.⁷¹ Dijkstra merkt echter op dat deze liquiditeitsproblemen ook kunnen ontstaan bij de meetrekaanmerkelijkbelanghouder, terwijl de meetrekaanmerkelijkbelanghouder in tegenstelling tot de fictief aanmerkelijkbelanghouder wordt uitgesloten van de faciliteiten. De wetgever wilde de fictief aanmerkelijkbelanghouder aanvankelijk geen toegang verlenen tot de faciliteiten. Uiteindelijk is de fictief aanmerkelijkbelanghouder bij de nota van wijziging alsnog aangemerkt als kwalificerend ondernemer voor de faciliteiten. Als argumenten zijn aangevoerd dat de afrekening over deze aandelen tot liquiditeitsproblemen zou

⁶⁸ Mezzanine betekent tussenverdieping.

⁶⁹ H.J. Meijer en C. Denneboom, ‘De rendementseis voor preferente aandelen bij bedrijfsopvolging’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2014/3, paragraaf 2 en 4. Zie ook: H.J. Meijer, ‘Naar een redelijke rendementseis voor preferente aandelen in het mkb’, NTFR Artikelen 2014/11.

⁷⁰ Zie in gelijke zin: I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie’, WFR 2009/1231, paragraaf 3.2.

⁷¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3.

leiden en dat deze aandelen tot een ‘echt’ aanmerkelijk belang hebben gehoord.⁷² Dijkstra meent dat de regeling hierdoor een willekeurig karakter heeft, want de ‘liquiditeitsproblemen’ zijn voor een meetrekaanmerkelijkbelanghouder immers gelijk. Bovendien is het mogelijk dat een fictief aanmerkelijk belang ontstaan is uit een meetrekaanmerkelijkbelang. Dijkstra meent dan ook dat er geen overtuigende argumenten zijn voor het aanbrengen van beperkingen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, waar het gaat om aanmerkelijkbelangaandelen.⁷³

Ook Stevens vindt het vanuit het perspectief van de continuïteit van de onderneming opmerkelijk dat preferente aandelen in beginsel worden uitgesloten van de faciliteiten. De wetgever draagt voor het faciliteren van bedrijfsopvolgingen immers als rechtvaardiging aan dat de continuïteit van de onderneming anders in gevaar zou komen. Vanuit het perspectief van de continuïteit zouden alle financieringsvormen gelijk moeten worden behandeld.⁷⁴

3.6 Eigen visie

Vanaf 1997 moet de aanmerkelijkbelangregeling vanuit de ondernemersparallel worden gezien. Met Heithuis ben ik van mening dat sprake is van een pseudo-ondernemersregeling die niets te maken heeft met de materiële werkelijkheid. Een ondernemersregeling zou mijns inziens moeten aansluiten bij de materiële werkelijkheid. Hier is om uitvoeringstechnische redenen niet voor gekozen. Hoewel dit nog te begrijpen valt, is het vanuit de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren onbegrijpelijk dat voor de faciliteiten is aangesloten bij de pseudo-ondernemersregeling van het aanmerkelijk belang. Zeggenschap in de onderneming en betrokkenheid bij de onderneming op het niveau van de overdrager en de overnemer is hierdoor niet van belang. Het is dus mogelijk dat een gewone aandeelhouder die uitsluitend aandelen houdt in een actieve vennootschap en zich verder niet bemoeit met de onderneming toegang wordt verleend tot de faciliteiten, terwijl een preferente aandeelhouder die invloed uitoefent op de onderneming en zeer betrokken is, wordt uitgesloten. Het onderscheid tussen een dergelijke gewone aandeelhouder en een preferente aandeelhouder valt mijns inziens niet te rechtvaardigen.

⁷² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20-21 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

⁷³ C.G. Dijkstra, ‘Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?’, WFR 2011/725, paragraaf 4.

⁷⁴ S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, TFO 2010/25, paragraaf 4.4.3.3. Zie in gelijke zin ook: S.A.M. De Wijkerslooth-Lhoëst, ‘De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?’, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.4.

Dit neemt echter niet weg dat de wetgever preferente aandelen onder het aanmerkelijkbelangregime heeft gebracht vanwege anti-misbruikredenen en niet omdat hij van mening is dat een preferente aandeelhouder een ondernemer is. Preferente aandelen heeft de wetgever aanvankelijk niet onder het aanmerkelijkbelangregime willen brengen, omdat deze aandelen niet de reserves van de vennootschap belichamen. Het is vanuit dit oogpunt dan ook terecht dat de wetgever aanvullende voorwaarden heeft willen stellen aan de verkrijging van preferente aandelen.⁷⁵ Het moeten stellen van nadere voorwaarden is echter het gevolg van de keuze van de wetgever om aan te sluiten bij het aanmerkelijkbelangregime dat op geen enkele wijze aansluit bij de materiële werkelijkheid.

In de literatuur wordt gesteld dat een preferente aandeelhouder en een gewone aandeelhouder beide kapitaalverstrekkers zijn en risico lopen. Derhalve zou een onderscheid tussen beide aandeelhouders voor de faciliteiten niet te rechtvaardigen zijn. Mijns inziens worden deze beide argumenten echter door Hoozevee overtuigend van de hand gewezen: een preferente aandeelhouder deelt veelal niet in de winstreserves en liquidatieopbrengsten en is vanuit dat oogpunt – in tegenstelling tot de gewone aandeelhouder – niet vergelijkbaar met een ondernemer. Preferente aandelen vertonen derhalve qua risico en financieringsvorm veel meer gelijkenissen met vreemd vermogen. Om deze reden dient de wetgever naar mijn mening ook een vordering die is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging gelijk te behandelen met preferente aandelen, omdat geen argumenten zijn aan te dragen die het huidige onderscheid tussen beide financieringsvormen rechtvaardigt.⁷⁶

Stevens, De Wijkerslooth-Lhoëst en Dijkstra wijzen er verder op dat de mogelijke liquiditeitsproblemen voor alle aandeelhouders gelijk zijn. Zij menen dan ook dat vanuit het oogpunt van de continuïteit van de onderneming alle aanmerkelijkbelanghouders van een onderneming drijvende vennootschap een gelijke behandeling zouden moeten krijgen. De wetgever heeft echter uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen willen faciliteren, dat wil zeggen: de overdracht van een onderneming door een ondernemer aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet. Niet elke aanmerkelijkbelanghouder kan worden beschouwd als een ondernemer. Derhalve ben ik van mening dat de continuïteit van de onderneming geen argument is om de preferente

⁷⁵ Zie: M.J. Hoozevee, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?', paragraaf 5.2, in: T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam, 2012, p. 23-34.

⁷⁶ Van Vijfeijken meent dan ook dat de wetgever zich in een moeras begeeft door preferente aandelen wel en een vordering die is ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging niet te faciliteren. Zie: I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', WFR 2009/1231, paragraaf 3.2.

aanmerkelijkbelanghouder toegang te verlenen tot de faciliteiten. De preferente aandeelhouder deelt veelal niet in de overwinst en ontvangt slechts een vast dividendpercentage met voorrang op de gewone aandeelhouders. Zijn positie is derhalve geenszins te vergelijken met een IB-ondernemer. Het uitgangspunt van de wetgever dat de preferente aandeelhouder een belegger is die niet zonder meer toegang krijgt tot de faciliteiten is mijns inziens dan ook terecht.

3.7 Conclusie

Vanaf 1997 geldt in het aanmerkelijkbelangregime de ondernemersparalleliteit. Het 5%-criterium van de wetgever dat het onderscheid tussen een aandeelhouderbelegger en een aandeelhouderondernemer tracht weer te geven, is zeer discutabel. Het is dan ook opvallend dat de wetgever voor de faciliteiten aansluit bij dit criterium, terwijl hij uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen wil faciliteren.

In de literatuur is wel gesteld dat iedere aanmerkelijkbelanghouder toegang zou moeten krijgen tot de faciliteiten en dat derhalve geen aanvullende voorwaarden zouden moeten gesteld aan de preferente aandeelhouder. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter duidelijk dat de wetgever preferente aandelen onder het aanmerkelijkbelangregime heeft gebracht vanwege anti-misbruikmaatregelen. Aanvankelijk zijn preferente aandelen uitgezonderd van het aanmerkelijkbelangregime, omdat deze aandelen niet de reserves van de vennootschap belichamen. De wetgever heeft de preferente aandeelhouder dan ook niet in box 2 opgenomen, omdat hij van mening is dat een dergelijke aandeelhouder vergelijkbaar is met een ondernemer. Evenals dat de wetgever de medegerechtigde niet in box 1 heeft opgenomen, omdat hij van mening is dat de medegerechtigde een ondernemer is. Vanuit dit oogpunt is het dan ook te rechtvaardigen dat de wetgever aanvullende voorwaarden heeft gesteld, omdat hij uitsluitend de overdracht van een onderneming door een ondernemer aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet, heeft willen faciliteren. Een preferente aandeelhouder die uitsluitend recht heeft op een vaste dividendvergoeding en wiens risicoprofiel overeenkomt met dat van een vreemd vermogensverschaffer kan onmogelijk worden vergeleken met een IB-ondernemer. Ook het argument dat een preferente aandeelhouder evenals een gewone aandeelhouder risico's loopt en een kapitaalverschaffer is, gaat om die reden niet op. De conclusie is dan ook dat een preferente aandeelhouder geen ondernemer is, maar veel meer een belegger die niet zonder meer toegang moet krijgen tot de faciliteiten.

Hoofdstuk 4 – Welke aandelen moeten voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden aangemerkt als preferente aandelen?

4.1 Inleiding

De wetgever heeft voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten twee soorten aandeelhouders onderscheiden: de gewone aandeelhouder en de preferente aandeelhouder. De preferente aandeelhouder kan alleen onder aanvullende voorwaarden gebruik maken van de faciliteiten, omdat de wetgever van mening is dat de preferente aandeelhouder veel meer gezien kan worden als een kapitaalverschaffer van de onderneming.⁷⁷ Er is echter veel onduidelijkheid over de vraag wat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moet worden verstaan onder preferente aandelen. De definitie van dit begrip is niet opgenomen in de wet en ook niet vastgelegd in beleidsbesluiten. Ook is er nog geen jurisprudentie over de invulling van het begrip preferente aandelen voor de toepassing van de faciliteiten.

Aandelen die uitsluitend recht geven op een vast dividend en waarbij de overwinst (die resteert na de toekenning van het vast dividend) volledig toekomt aan de overige aandeelhouders moeten in ieder geval worden aangemerkt als preferente aandelen. Aan de andere zijde van het spectrum bevindt zich een zuiver gewoon aandeel dat naar rato van het aandelenbelang volledig deelt in de winst. Tussen deze twee uitersten van het spectrum, waarvan de kwalificatie duidelijk is, liggen allerlei (soort)aandelen waarvan niet op voorhand duidelijk is of voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten sprake is van gewone aandelen of preferente aandelen. Hoe dient bijvoorbeeld een gewoon aandeel met een nominale waarde van € 1.000 waarop 10 miljoen euro agio wordt gestort en waarbij de overwinst wordt verdeeld conform de gerechtigheid tot het nominale kapitaal, te worden geduid?⁷⁸ In dit hoofdstuk onderzoek ik hoe deze tussenliggende aandelensoorten moeten worden geduid. Immers, voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn maar twee aandelen te onderscheiden, gewone aandelen en preferente aandelen. Ik zal hierbij aan de hand van de doelstelling van de wetgever een toetsingskader aandragen. Aangezien de wetgever alleen reële bedrijfsopvolgingen heeft willen faciliteren, zouden

⁷⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁷⁸ Zie in gelijke zin: G.F.S. Refuge en S.J.W. Elema, 'Verslag 46ste Fiscale Conferentie DGA/Familiebedrijven', WFR 2019/47, paragraaf 8. Hoogeveen en De Beer gebruikten tijdens deze conferentie een praktijkvoorbeeld van een nominaal aandeel ad € 1.000 met een agio van € 35 miljoen per aandeel.

naar mijn mening alleen aandelenposities die materieel vergelijkbaar zijn met een IB-ondernemer moeten worden aangemerkt als gewone aandelen.

In dit hoofdstuk zal allereerst het begrip preferente aandelen vanuit het jaarrekeningenrecht en vanuit het civiele recht worden gezien. Vervolgens zal worden ingegaan op de passages die in de parlementaire geschiedenis zijn gewijd aan het begrip preferente aandelen. Deze passages geven weinig duidelijkheid over de vraag hoe de tussenvormen geduid moeten worden en kunnen dan ook op de nodige kritiek rekenen vanuit de literatuur.⁷⁹ In paragraaf 4.5 zal een toetsingskader worden aangedragen voor de duiding van de tussenvormen, zodat de bestaande rechtsonzekerheid (grotendeels) wordt opgeheven. Vervolgens zal in de afsluitende paragraaf een conclusie volgen.

4.2 Preferente aandelen in de jaarrekening

De jaarrekening moet worden opgesteld op basis van normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd.⁸⁰ De invulling van deze aanvaardbare normen wordt voor beursgenoteerde ondernemingen vormgegeven door IFRS (International Financial Reporting Standards).⁸¹ Voor Nederlandse niet-beursgenoteerde ondernemingen geldt dat zij hun jaarrekening ook kunnen opstellen volgens de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving (hierna: RJ).

4.2.1 Preferente aandelen volgens IFRS

IFRS kwalificeert bepaalde preferente aandelen als vreemd vermogen en niet als eigen vermogen. Hierbij geldt het 'substance over form'-beginsel.⁸² Preferente aandelen worden als vreemd vermogen verantwoord, tenzij de vennootschap of de algemene vergadering van gewone aandeelhouders betaling van dividend kan tegenhouden en ook de aflossing van het kapitaal kan tegenhouden tot de ontbinding van de vennootschap. Als een preferent aandeel recht geeft op een bepaald dividendpercentage indien er voldoende winst of voldoende vrije reserves zijn, is sprake van vreemd

⁷⁹ O.a. J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2 en H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'De kwaliteit van het wetgevingsproces: wonderlijke citaten met betrekking tot de nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', KWEP 2010/26.

⁸⁰ Art. 2:237 lid 1 BW.

⁸¹ Op grond van de Verordening (EG)1606/2002, PbEG 2002 L 243/1 zijn beursgenoteerde ondernemingen verplicht om hun geconsolideerde jaarrekening op te stellen volgens IFRS.

⁸² IAS 32.15.

vermogen, want de vennootschap kan deze vergoeding niet tegenhouden.⁸³ Het voorgaande geldt voor de enkelvoudige jaarrekening. In de geconsolideerde jaarrekening is het echter verplicht om preferente aandelen waarbij het dividend afhankelijk is van de winst als vreemd vermogen te verantwoorden.⁸⁴

4.2.2 Preferent aandelen volgens Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving

Uit de RJ blijkt dat voor de enkelvoudige jaarrekening de juridische vorm van een financieel instrument doorslaggevend is.⁸⁵ De verantwoording van een financieel instrument als eigen vermogen of vreemd vermogen wordt voor de geconsolideerde jaarrekening bepaald door de economische realiteit.⁸⁶ Indien met betrekking tot de uitgegeven preferente aandelen in de toekomst een inkoopverplichting tegen een vast of bepaalbaar bedrag (winstonafhankelijk) bestaat, is volgens de RJ sprake van vreemd vermogen. Hetzelfde geldt voor preferente aandelen waarbij de vennootschap verplicht is eeuwigdurende vaste of bepaalde (winstonafhankelijke) dividenduitkeringen te doen. Indien het preferent dividend echter op jaarbasis wordt vastgesteld en afhankelijk is van de winst van de onderneming in dat jaar, heeft de vennootschap de keuze om de preferente aandelen als eigen vermogen of als vreemd vermogen te verantwoorden.⁸⁷

4.3 Preferente aandelen in het Burgerlijk Wetboek

Hoewel in de fiscaliteit wordt gesproken over gewone aandelen, (cumulatief) preferente aandelen, letteraandelen en prioriteitsaandelen zijn deze begrippen in het BW niet terug te vinden. Het uitgangspunt is dat alle aandeelhouders gelijke rechten en plichten hebben, tenzij in de statuten anders is bepaald.⁸⁸ Uit art. 2:178, art. 2:201 lid 3 en art. 2:206a BW blijkt dat het mogelijk is om ongelijkheid tussen aandeelhouders te creëren door in de statuten verschillende aandelensoorten met

⁸³ Ernst & Young Accountants, Vergelijking IFRS met Nederlandse wet- en regelgeving, editie 2018, p. 95. Geraadpleegd via: <https://www.expertbibliotheek.nl/rapport/ey/vergelijking-ifrs-met-nederlandse-wet-en-regelgeving-2018/5382>

⁸⁴ Ernst & Young Accountants, Vergelijking IFRS met Nederlandse wet- en regelgeving, editie 2018, p. 198. Geraadpleegd via: <https://www.expertbibliotheek.nl/rapport/ey/vergelijking-ifrs-met-nederlandse-wet-en-regelgeving-2018/5382>

⁸⁵ RJ 240.207 en RJ 240.208.

⁸⁶ RJ 290.804.

⁸⁷ RJ 290.805.

⁸⁸ Art. 2:201 lid 1 BW

verschillende winstrechten en/of stemrechten te creëren. Als het gaat over preferente aandelen is met name art. 2:206a lid 2 BW van belang:

‘Voor zover de statuten niet anders bepalen, hebben houders van aandelen:

- a. (...) die niet boven een bepaald percentage van het nominale bedrag of slechts in beperkte mate daarboven delen in de winst, of
- b. die niet boven het nominale bedrag of slechts in beperkte mate daarboven delen in een overschot na vereffening, of
- c. (...)

geen voorkeursrecht op uit te geven aandelen.’

Er wordt dus niet expliciet gesproken over preferente aandelen, maar uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de ‘Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’ blijkt dat in artikel 2:206a lid 2 BW wordt bedoeld op preferente aandelen.⁸⁹ Ganzeveld en Van Gijlswijk merken dan ook op dat art. 2:206a BW indirect een wettelijke omschrijving van preferente aandelen geeft.⁹⁰ Deze omschrijving geeft de ruimte om aandelen die – naast een vast dividend – in beperkte mate delen in de overwinst aan te merken als preferente aandelen. De zinsnede ‘in beperkte mate’ geeft echter weinig houvast heeft om de tussenvormen voor de faciliteiten te duiden. Voor de toepassing van de faciliteiten zou deze zinsnede nader moeten worden ingevuld om een helder onderscheid te maken tussen gewone en preferente aandelen. In paragraaf 4.5 zal aan deze nadere invulling aandacht worden besteed.

4.4 Preferente aandelen in de parlementaire geschiedenis

In de wettekst van art. 35c lid 4 SW 1956 heeft de wetgever bewust geen definitie opgenomen voor het begrip preferente aandelen, omdat de wetgever onbedoeld ontwijkgedrag wilde voorkomen.⁹¹ Hoewel dit onzekerheid geeft voor de praktijk acht Heithuis dit bewust afzien van een definitie begrijpelijk.⁹² Ganzeveld, Hoeve en Van Gijlswijk daarentegen vinden het onbegrijpelijk dat de

⁸⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 25.

⁹⁰ J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Wanneer is een aandeel preferent?’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 2.

⁹¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 101. Zie ook: Kamerstukken II 2008/09, 32 129, nr. 8, p. 10.

⁹² E.J.W. Heithuis, ‘Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010’, TFO 2010/93, paragraaf 2.4.2.

wetgever dit kernbegrip bewust niet heeft gedefinieerd, omdat dit leidt tot veel onduidelijkheid en rechtsonzekerheid in de praktijk.⁹³

In de parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten’ is een drietal passages gewijd aan het begrip preferente aandelen. De eerste passage over preferente aandelen komt uit de nota naar aanleiding van het verslag.⁹⁴

‘Met de term preferente aandelen is beoogd, zoals het NOB al veronderstelde, aan te sluiten bij de uitleg die daaraan in het spraakgebruik wordt gegeven. Het gaat daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen. In ieder geval vallen gewone aandelen die juridisch preferent genoemd zouden kunnen worden, omdat zij bijvoorbeeld een bijzonder stemrecht hebben, niet onder de preferente aandelen zoals bedoeld in artikel 35c, vierde lid.’

Een tweede passage is terug te vinden in de brief van de staatssecretaris van Financiën van 30 september 2009.⁹⁵

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

Ganzeveld en Van Gijlswijk komen met deze eerste twee passages tot de conclusie dat alleen aandelen met een vast rendement (passage 1) die bij voorrang (passage 2) op de gewone aandelen hun vergoeding krijgen toegewezen preferente aandelen zijn.⁹⁶ De conclusie dat het moet gaan om aandelen die bij voorrang op gewone aandelen hun vergoeding krijgen toegewezen, leiden zij mijns inziens af uit het feit dat de verstrekkers van vreemd vermogen ook bij voorrang op de gewone aandeelhouders hun vergoeding krijgen.

⁹³ J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Wanneer is een aandeel preferent?’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3 en H. Hoeve en J. Ganzeveld, ‘De kwaliteit van het wetgevingsproces: wonderlijke citaten met betrekking tot de nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’, KWEP 2010/26, paragraaf 4.

⁹⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100-101. Zie ook: Kamerstukken II 2008/09, 32 129, nr. 8, p. 10.

⁹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 7.

⁹⁶ J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Wanneer is een aandeel preferent?’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.

De eerste passage houdt in dat aandelen die recht hebben op een vast primair dividend en op geen enkele wijze delen in de overwinst (de waardevermeerdering van de aandelen) kwalificeren als preferente aandelen. Deze passage beschrijft de ‘echte’ preferente aandelen waarover geen discussie bestaat, maar zegt niets over aandelen die tussen een zuiver preferent aandeel en een zuiver gewoon aandelen inliggen. Bij deze tussenvormen valt te denken aan aandelen die recht geven op een vast dividend en daarnaast in meer of mindere mate delen in de overwinst.

Deze eerste passage omvat mijns inziens overigens niet al de gevallen die naar de uitleg van het spraakgebruik worden aangemerkt als preferente aandelen. Ook Stevens merkt op dat in economische zin – elk aandeel dat met voorrang op andere aandeelhouders recht geeft op dividend – een preferent aandeel is. Dat dividend hoeft niet per definitie vast te zijn.⁹⁷ Zo zal een aandeel dat met voorrang op andere aandeelhouders een winstafhankelijke dividendvergoeding ontvangt naar het spraakgebruik worden aangemerkt als een preferent aandeel. Een dergelijk aandeel zal ook volgens het jaarrekeningenrecht (paragraaf 3.2) een preferent aandeel zijn, terwijl een dergelijk aandeel niet onder de reikwijdte van de eerste passage valt.

De tweede passage wordt in de parlementaire geschiedenis niet verder toegelicht. Daardoor is het onduidelijk wanneer volgens de wetgever sprake is van preferente aandelen die materieel overeenkomen met een lening. Zoals uit paragraaf 3.2 blijkt, hanteren de IFRS en de RJ allebei andere maatstaven om te bepalen of materieel sprake is van een lening. In de parlementaire geschiedenis is wel een verwijzing naar IFRS te vinden:⁹⁸

‘Nogmaals wil ik aangeven dat een houder van preferente aandelen gezien kan worden als een verstrekker van vreemd kapitaal. De NOB verwijst zelf ook naar de nieuwe verslaggevingsregels (International Financial Reporting Standards) waarin een bezit aan preferente aandelen als vreemd vermogen wordt aangemerkt’

Ook dit citaat geeft geen duidelijkheid over de vraag welke preferente aandelen volgens de wetgever materieel overeenkomen met een lening. Het feit dat de preferente aandeelhouder ‘gezien kan worden’ als een verstrekker van vreemd vermogen zegt mijns inziens niets, omdat het omgekeerde

⁹⁷ S.A. Stevens, ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, TFO 2010/25, paragraaf 4.4.3.

⁹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26.

eveneens waar is: de preferente aandeelhouder kan – onder omstandigheden – ook gezien worden als de verstrekker van eigen vermogen. Het gaat nu juist om de vraag onder welke omstandigheden sprake is van preferente aandelen die materieel overeenkomen met een lening.

Hoewel niet duidelijk wordt welke aandelen volgens de wetgever materieel overeenkomen met een lening kan aan de hand van de tweede passage de conclusie worden getrokken dat elk aandeel dat niet materieel overeenkomt met een lening – voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten – wordt aangemerkt als een gewoon aandeel. Derhalve hoeft niet te worden voldaan aan de aanvullende voorwaarden van art. 35c lid 4 SW 1956.

Aandelen die (gedeeltelijk) een winstafhankelijke primaire dividendvergoeding krijgen en waarvoor geen inkoopverplichting geldt, komen mijns inziens in geen geval materieel overeen met een lening. Dergelijke preferente aandelen kwalificeren met het “substance over form”-beginsel (IFRS) en op basis van de economische realiteit (RJ) ook als eigen vermogen (zie paragraaf 3.2). Preferente aandelen die economisch als eigen vermogen worden gezien, zouden op basis van de tweede passage zonder aanvullende voorwaarden toegang moeten krijgen tot de faciliteiten, omdat voor de faciliteiten sprake is van gewone aandelen. In de wettekst van art. 35c lid 4 SW 1956 komt dit echter op geen enkele wijze tot uitdrukking.

Hoewel voor de faciliteiten aanvullende voorwaarden worden gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen die materieel overeenkomen met een lening blijven deze aandelen fiscaalrechtelijk kwalificeren als eigen vermogen.⁹⁹ De wetgever heeft immers voor preferente aandelen alleen een uitzondering willen maken met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat de wetgever van mening is dat dit past binnen de doelstelling van de faciliteiten. Behoudens deze uitzondering is de fiscale behandeling van de houder van preferente aandelen dan ook gelijk aan die van de gewone aandeelhouder.¹⁰⁰

⁹⁹ Zie: Hoge Raad. 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 m.nt. R.J. de Vries en Hoge Raad. 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80. In deze arresten oordeelde de HR voor de vennootschapsbelasting dat de civiele kwalificatie van preferente aandelen doorslaggevend is, ook al komen de aandelen materieel overeen met een lening. Deze jurisprudentie werkt mijns inziens ook door naar de inkomstenbelasting. Zie in gelijke zin: J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Wanneer is een aandeel preferent?’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 4.1.

¹⁰⁰ Zie: Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26.

De derde passage uit de nota naar aanleiding van het nader verslag luidt als volgt:¹⁰¹

‘Met de leden van deze fractie ben ik van mening dat zolang aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als preferente aandeel.’

Ganzeveld en Van Gijlswijk stellen dat de wetgever in bovenstaande passage elk aandeel dat afwijkt van een zuiver gewoon aandeel impliciet definieert als een preferent aandeel voor de BOR.¹⁰² Hoeve en Ganzeveld merken bij hun commentaar op het geactualiseerde aanmerkelijkbelangbesluit¹⁰³ dan ook op dat bij een ruime uitleg van deze passage elk denkbaar soorttaandeel onder de definitie van een preferent aandeel valt en dat dit niet de bedoeling kan zijn.¹⁰⁴ Ganzeveld vindt het dan ook de hoogste tijd dat helderheid wordt verschaft met betrekking tot het begrip preferente aandelen. Deze duidelijkheid zou volgens haar moeten worden verschaft door de Hoge Raad of door het opnemen van een wettelijke definitie van het begrip preferente aandelen die aansluit bij het karakter van een preferent aandeel in het spraakgebruik.¹⁰⁵

Mijns inziens gaan Van Gijlswijk, Hoeve en Ganzeveld echter voorbij aan het woordje ‘kan’ dat gebruikt wordt in bovenstaande passage: ‘elke vorm die hiervan afwijkt (...) *kan* worden aangemerkt als preferent aandeel’. Het is echter niet zo dat hieruit volgt dat elk aandeel dat afwijkt van een zuiver gewoon aandeel daadwerkelijk *zal* worden aangemerkt als een preferent aandeel. Dit neemt echter niet weg dat de bovenstaande passage voor veel onduidelijkheid zorgt. De redactie van Vakstudie Nieuws hoopte dan ook – overigens tevergeefs – dat de fractieleden de vraag nogmaals zouden voorleggen, waarbij het woordje ‘kan’ zou worden vervangen door ‘zal’, om zo de gewenste duidelijkheid te krijgen over de vraag hoe aandelen die slechts ten dele delen in de winstreserves en/of liquidatieopbrengst moeten worden geduid voor de faciliteiten.¹⁰⁶

¹⁰¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25.

¹⁰² J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Wanneer is een aandeel preferent?’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.

¹⁰³ Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751

¹⁰⁴ H. Hoeve en J. Ganzeveld, ‘Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen’, FTV 2018/28, paragraaf 4.

¹⁰⁵ J. Ganzeveld, ‘Preferente aandelen: stiefkindje van het aanmerkelijk belang’, NTFR 2018/2813, p. 2.

¹⁰⁶ Commentaar Vakstudie Nieuws, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, V-N 2009/50.2, p. 21.

Uit de drie aangehaalde passages blijkt mijns inziens dat de wetgever niet heeft beoogd om een sluitende definitie te geven die het onderscheid aangeeft tussen een gewoon aandeel en een preferent aandeel. De wetgever heeft immers ook duidelijk aangegeven dat het bewust geen definitie heeft willen opnemen voor het begrip preferente aandelen, zodat onbedoeld ontwijkgedrag wordt voorkomen.¹⁰⁷ In passage 1 omschrijft de wetgever alleen een zuiver preferent aandeel (ene uiterste van het spectrum), terwijl in passage 3 een omschrijving wordt gegeven van een zuiver gewoon aandeel (andere uiterste van het spectrum) waarbij wordt opgemerkt dat afwijkende vormen *kunnen* worden aangemerkt als preferente aandelen (tussenliggende vormen). De onduidelijkheid is echter gelegen in de vraag hoe de tussenliggende vormen geduid moeten worden. Naar mijn mening volgt uit passage 3 namelijk niet, zoals de hiervoor vermelde auteurs overigens wel lijken te menen, dat de tussenliggende vormen, die zowel kenmerken hebben van een zuiver gewoon aandeel als van een zuiver preferent aandeel, voor de faciliteiten worden aangemerkt als preferente aandelen. In de volgende paragraaf zal ik daarom vanuit de doelstelling van de wetgever onderzoeken hoe de tussenliggende vormen geduid dienen te worden.

4.5 Toetsingskader tussenvormen

In deze paragraaf wordt een toetsingskader aangedragen om de tussenvormen te duiden voor de toepassing van de faciliteiten. Aan de hand van dit toetsingskader kan worden bepaald of een aandeel voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moet worden aangemerkt als een preferent aandeel of een gewoon aandeel. Dit toetsingskader dient aan te sluiten bij de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Naar mijn mening betekent dit dat een aandelenpositie materieel moet overeenkomen met een IB-ondernemer. Deze visie is ook in overeenstemming met het uitgangspunt van de wetgever om zo min mogelijk onderscheid te maken tussen de behandeling van bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelangsfeer (zie paragraaf 2.2).¹⁰⁸ Twee specifieke tussenvormen, letteraandelen en tracking stocks, zullen nader de aandacht vragen.

4.5.1 Het toetsingskader

Uit de conclusie van paragraaf 3.7 volgt dat een aandeelhouder met zuiver preferente aandelen, dat wil zeggen aandelen die uitsluitend recht geven op een vaste dividendvergoeding en wiens risicoprofiel overeenkomt met dat van een vreemd vermogensverschaffer, in ieder geval niet vergelijkbaar is met een IB-ondernemer. Tevens volgt uit hoofdstuk 3 dat de wetgever een gewone aandeelhouder

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 101. Zie ook: Kamerstukken II 2008/09, 32 129, nr. 8, p. 10.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

vergelijkbaar vindt met een IB-ondernemer indien hij minimaal 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt. Door de soortregeling van art. 4.7 Wet IB 2001 is het echter ook mogelijk dat kleinere aandelenbelangen onder de pseudo-ondernemingsregeling van box 2 worden gebracht. Ik ben dan ook met Rijkers van mening dat de wetgever beter had kunnen aansluiten bij de winstgerechtigdheid, omdat dit beter past bij een materieel ondernemingscriterium. Rijkers merkt hierbij op dat deze maatstaf al is opgenomen ten aanzien van winstbewijzen (art. 4.6 onderdeel c Wet IB 2001).¹⁰⁹ Door invoering van deze maatstaf voor alle aandelenbelangen wordt de soortregeling overbodig en wordt voorkomen dat aandelenbelangen die voor minder dan 5% gerechtigd zijn tot de winstreserves onder het aanmerkelijkbelangregime worden gebracht en daarmee toegang krijgen tot de faciliteiten.

De wetgever heeft echter om uitvoeringstechnische redenen niet gekozen voor het invoeren van een winstgerechtigdheidscriterium en heeft gemakshalve aansluiting gezocht bij het geplaatste aandelenkapitaal. Dit neemt echter niet weg dat het winstgerechtigdheidscriterium bruikbaar is om de tussenvormen, aandelen die zowel kenmerken hebben van een zuiver gewoon aandeel als van een zuiver preferent aandeel, te duiden voor de toepassing van de faciliteiten. Het invoeren van een winstgerechtigdheidscriterium kan de bestaande rechtsonzekerheid wegnemen en een einde maken aan lastig te voeren discussies met de Belastingdienst, omdat nogal eens het standpunt wordt ingenomen dat elk aandeel dat afwijkt van een zuiver gewoon aandeel, zoals een letteraandeel, een preferent aandeel is.¹¹⁰ Ik bepleit daarom het invoeren van een winstgerechtigdheidscriterium van 5% en zal dit criterium nader toelichten.

Met een winstgerechtigdheidscriterium van 5% wordt een aandeel dat recht heeft op een preferente vaste dividendvergoeding voor de toepassing van de faciliteiten aangemerkt als een gewoon aandeel indien deze aandelen tevens recht geven op tenminste 5% van de jaarwinst die resteert na toekenning van de vaste dividendvergoeding. Tevens dienen deze aandelen recht te hebben op 5% van de uitkering bij liquidatie. Een voorbeeld kan de uitwerking van dit winstgerechtigdheidscriterium verduidelijken.

¹⁰⁹ A.C. Rijkers, 'De fiscale positie van de DGA Aanmerkelijk belang', TFO 2009/76, paragraaf 3 en 4.

¹¹⁰ J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.2 en H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen', FTV 2018/28, paragraaf 4.

X en Y bezitten ieder 50% van de aandelen in A BV met een nominale waarde van € 30.000. Aan Z worden nieuwe aandelen A uitgegeven met een nominale waarde van € 2.500. Tevens stort Z voor 3 miljoen euro aan agio op deze aandelen waarvoor hij een vaste dividendvergoeding van 3% ontvangt. De aandeelhouders delen naar rato van hun nominale aandelenkapitaal in de winst die resteert na toekenning van het vaste dividend. Tevens hebben de aandeelhouders naar rato van hun nominale aandelenkapitaal recht op een eventuele uitkering bij liquidatie.

Op basis van het winstgerechtigheidscriterium kwalificeren de aandelen A van Z in het bovenstaande voorbeeld als preferente aandelen voor de faciliteiten, want de aandelen delen slechts voor 4%¹¹¹ in de overwinst. Hoewel ook het onderscheid tussen een aandelenpakket dat voor 4% recht geeft op winst met dat van een aandelenpakket dat voor 6% recht geeft op de winst arbitrair is, neemt dit niet weg dat het in ieder geval voor de gewenste duidelijkheid zorgt. Bovendien hanteert de wetgever een dergelijke maatstaf ook voor de gewone aandeelhouder door te stellen dat een aandeelhouder die minimaal 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt vergelijkbaar is met een IB-ondernemer.¹¹² Zoals reeds opgemerkt past aansluiting bij de winstgerechtigdheid beter bij een materieel ondernemingscriterium. Het is mijns inziens dan ook erg inconsequent om een fictieve aanmerkelijkbelanghouder of een aandeelhouder die 5% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit te beschouwen als een ondernemer, terwijl een aandeelhouder die voor 5% gerechtigd is tot de winst in beginsel wordt uitgesloten van de faciliteiten, omdat hij tevens een extra vergoeding ontvangt in de vorm van een vast dividend. Door aandelen die voor ten minste 5% recht geven op de winst aan te merken als gewone aandelen voor de faciliteiten komt aan de rechtsonzekerheid met betrekking tot preferente aandelen een einde.

4.5.2 Kritische kanttekening

Hoewel ik van mening ben dat het hiervoor aangedragen winstgerechtigheidscriterium bruikbaar is om een onderscheid te maken tussen een gewone aandeelhouder en een preferente aandeelhouder, past hierbij nog wel een kritische kanttekening. Deze kanttekening valt grotendeels te herleiden tot de algemene kritiek op de wetgever die ervoor heeft gekozen om voor de faciliteiten aan te sluiten bij de 5%-grens van het aanmerkelijkbelangregime. Deze kritiek is reeds besproken in paragraaf 3.3. Vanuit de doelstelling van de regeling dient een aandelenpositie immers vergelijkbaar te zijn met die van een IB-ondernemer. Met het invoeren van een winstgerechtigheidscriterium van 5% komen alleen aandelen die voor 5% delen in de overwinst na toekenning van het (cumulatief) preferent dividend in

¹¹¹ $2.500/62.500 * 100 = 4\%$

¹¹² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21.

aanmerking voor de faciliteiten. Hier kan tegen worden ingebracht dat een dergelijk criterium aanzienlijk te laag is om te kunnen spreken van echt ondernemerschap. Bovendien is het zo dat alleen op het punt van de winstgerechtigdheid vergelijkbaarheid bestaat met een IB-ondernemer. Het invoeren van een dergelijk criterium wil echter niet zeggen dat louter reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. Immers, op het niveau van de overdrager en de overnemer worden geen eisen gesteld aan: (1) de zeggenschapsrechten in de onderneming, (2) de betrokkenheid bij de onderneming (behoudens de dienstbetrekkingseis) en (3) de beïnvloeding van de winstgevendheid van de onderneming.¹¹³ De betrokkenheid van de aanmerkelijkbelanghouder zelf wordt met het winstgerechtigdheidscriterium derhalve niet getoetst.

Om de hiervoor aangedragen kritiek weg te nemen is echter een fundamentele herziening van de huidige faciliteiten nodig waarbij eisen worden gesteld aan de betrokkenheid op het niveau van de overdrager en de overnemer. Het bovenstaande neemt echter niet weg dat de huidige regeling aansluit bij het aanmerkelijkbelangregime. Hierdoor is een aandelenbezit van 5% van het geplaatste aandelenkapitaal doorslaggevend en komen ook kleinere aandelenbelangen in aanmerking voor de faciliteiten. Een winstgerechtigdheidscriterium doet in ieder geval meer recht aan een regeling die beoogt aandeelhouders die vergelijkbaar zijn met een IB-ondernemer toegang te verlenen tot de faciliteiten.

In paragraaf 4.5.3 en 4.5.4 zullen letteraandelen en tracking stocks langs de passages uit de parlementaire geschiedenis worden gehouden. Aangezien zowel letteraandelen als tracking stocks afwijken van een zuiver gewoon aandeel, maar veelal niet overeenkomen met een zuiver preferent aandeel, zullen deze tussenvormen nader worden bezien. Tevens zal hierbij worden ingegaan op het in deze paragraaf aangedragen winstgerechtigdheidscriterium dat de tussenvormen moet duiden.

4.5.3 Letteraandelen

De term letteraandelen kan tot misvattingen leiden. Preferente aandelen hebben over het algemeen ook een letter en kunnen derhalve ook worden aangeduid als letteraandelen.¹¹⁴ Het is echter niet zo dat elk letteraandeel een preferent aandeel is. Veelal zal een letteraandeel kenmerken bevatten van een zuiver gewoon aandeel (delen in de overwinst) en van een zuiver preferent aandeel (vaste dividendvergoeding). Aangezien niet bij wet of besluit is vastgelegd wanneer een dergelijke tussenvorm geduid moet worden als een preferent aandeel voor de faciliteiten leidt dit tot veel

¹¹³ Zie: A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', WFR 2010/1242, paragraaf 5.1.

¹¹⁴ Bijvoorbeeld: gewone aandelen A en preferente aandelen B.

onduidelijkheid. Bovendien kunnen de rechten die worden toegekend aan een letteraandeel sterk variëren.¹¹⁵ Heithuis merkt op dat letteraandelen zich onderscheiden van de meer reguliere preferente aandelen, doordat zij na het aan deze letteraandelen toegekende primaire dividend naar rato van hun relatieve belang nog delen in de overwinst van de vennootschap. Ter verduidelijking merk ik op dat in het vervolg met de term 'letteraandelen' bedoeld wordt op deze omschrijving. Heithuis is van mening dat voornoemde letteraandelen niet kwalificeren als preferente aandelen voor de BOR. Hij is echter gezien de passages uit de parlementaire geschiedenis niet zeker van dit standpunt.¹¹⁶

Volgens Ganzeveld, Van Gijlswijk en Hoeve blijkt uit de praktijk dat de Belastingdienst de derde passage uit de parlementaire geschiedenis hanteert en deze ruim uitlegt.¹¹⁷ Deze ruime uitleg leidt ertoe dat zelfs wordt gesteld dat het mogelijk is dat het kapitaal van een vennootschap uitsluitend uit 'preferente' aandelen bestaat.¹¹⁸ Ook door Heithuis wordt in zijn noot bij het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit opgemerkt dat de Belastingdienst het standpunt inneemt dat letteraandelen voor de toepassing van de faciliteiten altijd worden aangemerkt als preferente aandelen. Dit standpunt is naar zijn mening echter nergens op gebaseerd. Overigens is in het aanmerkelijkbelangbesluit door de staatssecretaris gezegd dat aandelen die als gevolg van verlettering in materiële zin kwalificeren als preferente aandelen dezelfde behandeling als preferente aandelen ontvangen. Hoewel deze opmerking niet veel duidelijkheid geeft (wat is immers een preferent aandeel?), impliceert deze uitspraak in ieder geval dat niet elk letteraandeel een preferent aandeel is.¹¹⁹ Ganzeveld en van Gijlswijk geven het volgende praktijkvoorbeeld met betrekking tot letteraandelen.

In het verleden (voor 2010) zijn de vorderingen van de aandeelhouders in Y BV omgezet in agio. De aandeelhouders van Y BV zijn de personal holding van vader (voor 1/3) en de personal holding van zoon (voor 2/3). Om te zorgen dat het agio aan de eigen aandelen zou zijn gebonden, heeft men de

¹¹⁵ Zo kan een gewoon aandeel zonder stemrecht ook worden aangeduid als een letteraandeel.

¹¹⁶ E.J.W. Heithuis, 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', TFO 2010/93, paragraaf 2.4.2.

¹¹⁷ Deze ruime uitleg door de Belastingdienst blijkt ook uit FutD 2015-1308, Fida 20153457.

¹¹⁸ J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.2; H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen', FTV 2018/28, paragraaf 4 en J. Ganzeveld, 'Preferente aandelen: stiefkindje van het aanmerkelijk belang', NTFR 2018/2813, p. 2.

¹¹⁹ Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751, paragraaf 4.3, BNB 2018/133 m.nt. E.J.W. Heithuis.

gewone aandelen in het verleden omgezet in letteraandelen A en B. De aandelen A en B geven recht op een cumulatieve primaire agiovergoeding van 5%, alvorens de rest van de winst naar rato van het nominale kapitaal wordt toegerekend. De Belastingdienst stelt zich nu op het standpunt dat de aandelen A en B preferente aandelen zijn, omdat beide aandelen niet volledig delen in de winstreserves. Deze aandelen voldoen niet aan de vier vereisten van art. 35c lid 4 SW 1956 en kwalificeren daarom niet voor de BOR. Dit standpunt wordt onderbouwd door te verwijzen naar de hiervoor opgenomen derde passage uit de parlementaire geschiedenis.

Ganzeveld en Van Gijlswijk menen dat dit standpunt van de Belastingdienst onjuist is. Zij zijn van mening dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest dat aandelen met een agio- of dividendreserve waarover een vaste vergoeding wordt gegeven, maar die wel volledig delen in de overwinst, als preferente aandelen kwalificeren.¹²⁰

Ook Van der Kroon gaat in op de vraag of letteraandelen kunnen worden aangemerkt als preferente aandelen voor de BOR. Hij gaat uit van een vennootschap die aandelen heeft met een grote agio-/dividendreserve en aandelen met een kleine reserve. Indien op deze aandelen een vast primair dividend wordt uitgekeerd, komt de vraag op of de aandelen nog wel volledig delen in de winstreserves. Hij concludeert dat geen sprake kan zijn van preferente aandelen, omdat dat zou betekenen dat de vennootschap geen niet-preferente aandelen heeft.¹²¹ Ganzeveld en Van Gijlswijk zijn dus dezelfde mening toegedaan als Van der Kroon: het is niet mogelijk dat een vennootschap alleen preferente aandelen heeft en geen gewone aandelen. Hoewel de letteraandelen eerst recht geven op een primaire dividendvergoeding zijn ook De Beer en Overduin van mening dat voor de BOR sprake is van gewone aandelen, omdat de overwinsten namelijk ook toekomen aan de letteraandelen naar rato van het aandelenbelang.¹²²

Mijns inziens is er nog een reden die ervoor pleit dat de ruime uitleg van de derde passage nooit de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest. Een variant op het eerdergenoemde voorbeeld van Ganzeveld en Van Gijlswijk kan dit verduidelijken.

¹²⁰ J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2, paragraaf 3.1.

¹²¹ M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2012/1110, paragraaf 2.1.

¹²² A.M.A. de Beer en C. Overduin, 'Soort aandelen en indirecte belangen < 5% onder de BOR', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2017/1, paragraaf 3.

Vader en zoon drijven samen een onderneming middels een personal holding die deelneemt in een vof. De personal holding van vader neemt voor 1/3 deel in de vof en de personal holding van zoon neemt voor 2/3 deel in de vof. De personal holding van vader en de personal holding van zoon storten respectievelijk € 1.000.000 en € 200.000 kapitaal in de vof tegen een vaste vergoeding van 5% op jaarbasis. De overwinst wordt verdeeld naar rato van het nominale kapitaal in de vof.

Bij vererving of schenking van het belang van vader in zijn personal holding zal het volledige vof-vermogen zonder twijfel kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Economisch gezien is deze situatie vergelijkbaar met letteraandelen waaraan op basis van de reserves een vast dividend wordt toegekend. Alleen de juridische huls (de rechtsvorm) is anders. Bij de vormgeving van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft de wetgever echter als uitgangspunt dat zo min mogelijk onderscheid mag worden gemaakt tussen bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfeer.¹²³ Aangezien beide gevallen economisch gelijk zijn, zouden de faciliteiten ook in het praktijkvoorbeeld met letteraandelen van toepassing moeten zijn.

Uit het voorafgaande blijkt dat in de literatuur een grote mate van overeenstemming bestaat met betrekking tot de kwalificatie van de hiervoor beschreven letteraandelen. Aangezien deze aandelen ook delen in de overwinst, is sprake van gewone aandelen voor de faciliteiten. Mijns inziens is deze zienswijze ook in lijn met de drie besproken passages uit de parlementaire geschiedenis. Het standpunt dat elk letteraandeel een preferent aandeel is, zou bovendien tot de conclusie moeten leiden dat het kapitaal van een vennootschap uitsluitend uit preferente aandelen kan bestaan.

Op grond van de derde passage uit de parlementaire geschiedenis zouden letteraandelen echter wel als preferent aandelen *kunnen* worden aangemerkt, omdat zij immers afwijken van een zuiver gewoon aandeel. Het woordje *kunnen* uit de parlementaire geschiedenis dient mijns inziens alleen te worden aangegrepen in gevallen waarbij nauwelijks sprake is van delen in de overwinst. In de praktijk zorgt deze passage echter voor rechtsonzekerheid. Mijns inziens zou het winstgerechtigdheidscriterium van 5% dan ook bruikbaar zijn om scheve verhoudingen (hoge vaste dividendvergoeding en zeer laag aandeel in de overwinst) te beperken. Bovendien wordt hiermee oneigenlijk gebruik – waar de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis voor vreest – voorkomen.

¹²³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

4.5.4 Tracking stocks

Een tracking stock is een aandeel dat recht geeft op de winst en de liquidatie-uitkering met betrekking tot een of meer specifieke bedrijfsonderdelen. Hierbij valt te denken aan een aantal activa en passiva dat gezamenlijk een onderneming vormt, of aan een specifieke deelneming. Tracking stocks die slechts delen in de resultaten van een deel van de activiteiten zijn soort aandelen ex art. 4.7 Wet IB 2001.¹²⁴ Tracking stocks wijken daarmee af van een zuiver gewoon aandeel en *kunnen* op basis van passage 3 uit de parlementaire geschiedenis kwalificeren als preferente aandelen. In de literatuur lijkt echter eenduidigheid over dit onderwerp te bestaan: tracking stocks zijn geen preferente aandelen, omdat anders dan bij preferente aandelen de winstrechten van deze aandelen niet beperkt zijn. De beperking houdt namelijk slechts verband met de activiteiten waartoe de winstgerechtigdheid bestaat.¹²⁵

Dat een ruime uitleg van de derde passage uit de parlementaire geschiedenis tot onredelijke uitkomsten kan leiden, blijkt uit het volgende voorbeeld van Van Gijlswijk waarin gebruik wordt gemaakt van tracking stocks:

‘X en zijn zus Y bezitten allebei 50% van het geplaatste aandelenkapitaal in Bouwonderneming BV Z. Bouwonderneming BV Z krijgt de mogelijkheid om deel te nemen aan project Q. X en Y zijn het niet eens over de winstpotentie van project Q. X ziet het project wel zitten en Y niet. Om die reden zijn de statuten gewijzigd, waarbij twee soorten aandelen zijn ontstaan. De aandelen van X krijgen recht op 50% van het resultaat en vermogen exclusief het project Q. Van project Q komt aan de aandelen van X primair een vergoeding toe voor het werkkapitaal dat benodigd is voor project Q, vermeerderd met de overwinst op project Q. De aandelen van Y wijken slechts af van de aandelen van Q op het punt van de overwinst op project Q.’

Van Gijlswijk vraagt zich in dit voorbeeld af of de aandelen van Y zijn aan te merken als preferente aandelen. Deze aandelen delen immers niet volledig in de winstreserves (passage 3). Hij meent dat dit niet waar kan zijn, omdat dit zou betekenen dat ten aanzien van de aandelen van Y alleen gebruik kan

¹²⁴ A.M.A. de Beer en G. de Jong, ‘Tracking stocks en bedrijfsopvolging’, Het Register 2013/5, p. 34-35.

¹²⁵ A.M.A. de Beer en C. Overduin, ‘Soort aandelen en indirecte belangen < 5% onder de BOR’, PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2017/1, paragraaf 3. Zie ook: M.G.H. van der Kroon, ‘Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen’, WFR 2012/1110, paragraaf 2.1; M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?’, WPNR 2010/6844, paragraaf 2.1.6 en A.M.A. de Beer en G. de Jong, ‘Tracking stocks en bedrijfsopvolging’, Het Register 2013/5, p. 35.

worden gemaakt van de faciliteiten als de aandelen vererven naar X. Bovendien zijn na afloop van Project Q de aandelen van X en Y weer gelijk.¹²⁶ Indien Y zijn aandelen na project Q wil overdragen aan de beoogde bedrijfsopvolger (niet X), is het de vraag of voor de ‘nieuwe’ gewone aandelen voldaan is aan de bezitsperiode van art. 35d SW 1956. Indien de aandelen immers gedurende project Q kwalificeren als preferent, ontstaan na het project weer gewone aandelen. Deze situatie is niet geregeld in art. 9 Uitv.reg. S&E.¹²⁷ Ik ben echter met Van Gijlswijk van mening dat het niet waar kan zijn dat de tracking stocks in zijn voorbeeld worden aangemerkt als preferente aandelen. Indien dit wel het geval zou zijn, worden reële bedrijfsopvolgingen – zonder dat daar een rechtvaardiging voor bestaat – uitgezonderd van de faciliteiten.

Doordat tracking stocks veelal gerechtigd zijn tot de winst van een specifiek bedrijfsonderdeel of een deelneming zal in beginsel geen sprake zijn van preferente aandelen. Dit is mogelijk anders als tracking stocks recht geven op een vaste (al dan niet cumulatieve) dividendvergoeding en tevens delen in de overwinst of als de tracking stocks een specifiek vermogensbestanddeel volgen. Van der Kroon merkt bijvoorbeeld op dat sprake kan zijn van preferente aandelen indien een tracking stock enkel gerechtigd is tot de opbrengst van een (vastrentende) lening van de vennootschap.¹²⁸ Een dergelijk aandeel is niet in winstrecht beperkt, maar ontvangt alleen een vast bedrag aan rente waardoor materieel gezien sprake is van een aandeel dat grote overeenkomsten vertoont met een preferent aandeel.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik geprobeerd om de tussenvormen, aandelen die afwijken van een zuiver gewoon aandeel en van een zuiver preferent aandeel, voor de faciliteiten te duiden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever niet beoogd heeft om een sluitende definitie te geven die het onderscheid aangeeft tussen een gewoon aandeel en een preferent aandeel. De ruime uitleg van de derde passage uit de parlementaire geschiedenis, die inhoudt dat elk aandeel dat afwijkt van een zuiver gewoon aandeel geduid moet worden als een preferent aandeel, kan naar mijn mening niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, omdat deze uitleg ertoe kan leiden dat (1) een vennootschap uitsluitend preferente aandelen heeft en (2) reële bedrijfsopvolgingen niet worden gefacilieerd. De

¹²⁶ M.J.A.M. van Gijlswijk, ‘Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?’, WPNR 2010/6844, paragraaf 2.1.6.

¹²⁷ In art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E is alleen geregeld dat ten aanzien van de preferente aandelen geen nieuwe bezitstermijn gaat lopen.

¹²⁸ M.G.H. van der Kroon, ‘Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen’, WFR 2012/1110, paragraaf 2.1.

passages uit de parlementaire geschiedenis bevatten derhalve te weinig aanknopingspunten om de tussenvormen te duiden. In paragraaf 4.5 heb ik daarom het winstgerechtigdheidscriterium aangedragen als toetsingskader, zodat de tussenvormen in overeenstemming met het doel van de wetgever worden geduid.

De doelstelling van de wetgever is om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Naar mijn mening betekent dit dat een aandelenpositie vergelijkbaar moet zijn met een IB-ondernemer. De wetgever is van mening dat een aandeelhouder die 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt vergelijkbaar is met een IB-ondernemer. In dit hoofdstuk heb ik echter bepleit dat een aandeelhouder die voor 5% gerechtigd is tot de overwinst moet worden aangemerkt als een gewone aandeelhouder, omdat een winstgerechtigdheidscriterium beter past bij een wettelijke regeling die beoogt aandelenposities die vergelijkbaar zijn met een IB-ondernemer toegang te verlenen tot de faciliteiten.

Dit winstgerechtigdheidscriterium leidt ertoe dat aandelen die recht geven op een vast (cumulatief) dividend en voor minder dan 5% delen in de overwinst worden aangemerkt als preferente aandelen. Alle aandelen die naast een vast (cumulatief) dividend ten minste voor 5% delen in de overwinst dienen als gewone aandelen te worden aangemerkt. Indien dit criterium gaat gelden voor alle aandeelhouders wordt tegelijkertijd het arbitraire onderscheid tussen fictieve aanmerkelijkbelanghouders en meetrekaanmerkelijkbelanghouders enerzijds en gewone aanmerkelijkbelanghouders en 'preferente' aanmerkelijkbelanghouders anderzijds, opgeheven.

Hoofdstuk 5 – Leiden de nadere voorwaarden die worden gesteld aan preferente aandelen tot het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen?

5.1 Inleiding

De wetgever heeft de preferente aandeelhouder alleen toegang willen geven tot de faciliteiten indien hij voorheen als ondernemer bij de onderneming betrokken is geweest en de preferente aandelen als het ware een voortzetting vormen van zijn eerdere gerechtigdheid als gewone aandeelhouder. Daarnaast moeten de preferente aandelen worden verkregen door degene die thans als ondernemer is betrokken bij de onderneming. Dit uitgangspunt van een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen heeft de wetgever tot uitdrukking willen brengen in de voorwaarden van art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 SW.¹²⁹ Tevens heeft de wetgever in art. 26b Uitv.reg. IB 2001 en art. 8 Uitv.reg. S&E nadere regels opgenomen. Ook zijn in deze bepalingen enkele situaties opgenomen die de wetgever gelijkstelt aan de in art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 SW beschreven grondvorm van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Ik zal allereerst de vier voorwaarden van art. 35c lid 4 SW afzonderlijk behandelen. Voor de voorwaarden van art. 4.17a lid 3 geldt mutatis mutandis hetzelfde, tenzij anders wordt aangegeven. Hierbij zal ik onderzoeken of de voorwaarden in overeenstemming zijn het doel van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Dit onderzoek is tweeledig. Enerzijds onderzoek ik of de nadere voorwaarden reële bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen uitsluiten (overkill). Anderzijds onderzoek ik of de nadere voorwaarden ertoe kunnen leiden dat niet-reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd (underkill). In paragraaf 5.6 zal een conclusie volgen.

5.2 Voorwaarde 1: preferente aandelen omzetting van gewone aandelen

De eerste aanvullende voorwaarde houdt in dat de erflater of schenker zijn gewone aanmerkelijkbelangaandelen heeft omgezet in preferente aandelen (art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956). Met deze voorwaarde heeft de wetgever willen bewerkstelligen dat alleen preferente aandelen die in het bezit zijn geweest van een ‘echte’ ondernemer in aanmerking komen voor de faciliteiten. De wetgever meent dat alleen sprake is van een ‘echte’ ondernemer als hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op winst toekomen.¹³⁰ Dat de gewone aandeelhouder via zijn aandelen meedoet in de plussen en minnen van de onderneming wil echter nog niet zeggen dat sprake is van

¹²⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97. Door de verwijzing in art. 4.17c lid 3 Wet IB 2001 zijn de aanvullende voorwaarden ook van toepassing voor de doorschuiffaciliteit bij schenking.

¹³⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

een ‘echte’ ondernemer. Van vergelijkbaarheid met een ondernemer is pas sprake indien een dergelijke aandeelhouder zich ook bezighoudt met de bedrijfsuitoefening.¹³¹

Janssen merkt op dat uit art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956 (het omzettingsvereiste) niet volgt dat het moet gaan om een aanmerkelijk belang van gewone aandelen waarop, indien het zou vererven, de faciliteiten van toepassing zouden zijn. Naar de letter van de wet zou een aanmerkelijk belang van gewone aandelen dat recent is verworven en binnen één/vijf jaar wordt omgezet in preferente aandelen toch kunnen kwalificeren voor de faciliteiten.¹³² Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter duidelijk dat de wetgever een dergelijke omzetting niet heeft willen faciliteren, omdat alleen sprake is van ‘echt’ ondernemerschap indien de schenker respectievelijk erflater gedurende de bezitstermijn alle rechten op de winst zijn toegekomen.¹³³ Vandaar ook dat de wetgever bij de verkrijging van preferente aandelen nadere regels heeft gesteld ten aanzien van het bezitsvereiste:¹³⁴

‘In geval van preferente aandelen als bedoeld in art. 35c, vierde lid, van de wet is aan de periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, mede voldaan indien de bezitsperiode van de gewone aandelen tenminste één jaar, onderscheidenlijk ten minste vijf jaren, bedroeg’

De woorden *mede voldaan* lijken erop te duiden dat art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E alleen hoeft te worden ingeroepen indien ten aanzien van de preferente aandelen niet voldaan is aan het bezitsvereiste. De wetgever heeft een bedrijfsopvolging met preferente aandelen echter alleen willen faciliteren indien ten aanzien van de voorafgaande gewone aandelen voldaan is aan de bezitstermijn van respectievelijk één dan wel vijf jaar.¹³⁵ Mijns inziens heeft de wetgever middels art. 35d lid 2 jo. art. 9 lid 3 Uitv.reg.

¹³¹ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, TFO 2019/160.5, paragraaf 3.4.

¹³² R.L.M.C. Janssen, ‘Preferente aandelen en bedrijfsopvolging’, PE-tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2013/1, paragraaf 2.1. Een dergelijk pakket gewone aandelen zou echter niet voor de BOR in aanmerking komen, omdat niet voldaan is aan het bezitsvereiste. Dit speelt uiteraard niet voor de doorschuif Faciliteiten in de inkomstenbelasting, omdat daar geen bezitsvereiste is opgenomen.

¹³³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

¹³⁴ Art. 35d lid 2 jo. art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E.

¹³⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103. Het NDFR-Commentaar stelt overigens dat de bezitsperiode van de kwalificerende preferente aandelen wordt opgeteld bij de bezitsperiode van de omgezette gewone aandelen. Dit kan ik echter niet opmaken uit art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E. Zie: Artikelsgewijs commentaar NDFR, W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, art. 35d SW 1956, aant. 3.

S&E dan ook de hoofdregel willen geven en dient bij een verkrijging van preferente aandelen het bezitsvereiste te worden toegepast op de voorafgaande gewone aandelen. Om een gelijke behandeling tussen direct en indirect gehouden preferente aandelen te bewerkstelligen had de wetgever echter in art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E ook moeten verwijzen naar de indirect gehouden preferente aandelen (art. 35c lid 5 SW 1956). Indien immers middels een holdingvennootschap een dochtermaatschappij met een actieve onderneming wordt aangekocht en de aandelen in deze dochtermaatschappij worden meteen omgezet in preferente aandelen, zal bij vererving of schenking niet worden getoetst of ten aanzien van de voorafgaande (indirecte) gewone aandelen voldaan is aan het bezitsvereiste, terwijl dit bij direct gehouden preferente aandelen wel het geval is.

In art. 8 lid 1 Uitv.reg. S&E heeft de wetgever aandelen die zijn uitgegeven in het kader van een fusie of splitsing gelijkgesteld met een omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen, waardoor in dergelijke gevallen ook voldaan is aan de eis van art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956. In de literatuur is echter opgemerkt dat de wetgever ‘vergeten’ is om in art. 8 Uitv.reg. S&E de geruisloze inbreng in de BV van art. 3.65 Wet IB 2001 op te nemen.¹³⁶ Voor de Wet IB 2001 is dit inmiddels hersteld in het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit onder voorwaarden door goed te keuren dat preferente aandelen die zijn ontstaan bij een geruisloze inbreng in de BV ook in aanmerking komen voor de faciliteiten.¹³⁷ Deze goedkeuring ontbreekt in het meest recente BOR-besluit, maar ik sluit mij aan bij Heithuis die meent dat de goedkeuring in het aanmerkelijkbelangbesluit ook te gelden heeft voor de Successiewet aangezien beide regelingen identiek zijn. Heithuis merkt bij de goedkeuring van de staatssecretaris betreffende de geruisloze inbreng nog op dat een goedkeuring voor de ruisende inbreng in de BV ontbreekt.¹³⁸ Bij een ruisende inbreng kunnen eveneens preferente aandelen worden uitgereikt en mijns inziens zijn er geen redenen aan te dragen waarom dergelijke aandelen niet in aanmerking zouden komen voor de faciliteiten. Het lijkt er dan ook op dat de staatssecretaris de ruisende inbreng over het hoofd heeft gezien.

¹³⁶ E.J.W. Heithuis, ‘Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010’, TFO 2010/93, paragraaf 2.4.2.

¹³⁷ Ganzeveld merkt op dat de praktijk met deze goedkeuring niet zoveel opschiet, omdat aan deze goedkeuring de voorwaarde wordt verbonden dat de cumulatief preferente aandelen naar evenredigheid worden gekoppeld aan de gewone aandelen. Deze voorwaarde zorgt er namelijk voor dat de grondvorm zoals beschreven in art. 35c lid 4 SW niet meer wordt gefacilieerd. Zie: J. Ganzeveld, ‘Geactualiseerd verzamelbesluit aanmerkelijk belang’, NLF 2018/0802, onderdeel 5.5.3. Ik zal een bespreking van de voorwaarden verder achterwege laten.

¹³⁸ Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751, onderdeel 5.5.3, BNB 2018/133 m.nt. E.J.W. Heithuis.

Tevens bepaalt art. 8 lid 2 Uitv.reg. S&E dat ook geacht wordt voldaan te zijn aan de eis van art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956 indien de daar bedoelde preferente aandelen krachtens erfrecht of schenking worden verkregen van een rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht van degene die de aandelen heeft omgezet als bedoeld in art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956.¹³⁹ Deze bepaling is bedoeld voor situaties waarbij de preferente aandelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht overgaan naar een ander, voordat de bedrijfsopvolging heeft plaatsgevonden. Indien krachtens erfrecht de preferente aandelen zijn verkregen door een ander (bijvoorbeeld de langstlevende echtgenoot) dan de bedrijfsopvolger, zal dit hebben geleid tot afrekening over de aanmerkelijkbelangclaim bij de erflater en heffing van erfbelasting bij de verkrijger, omdat bij deze voorafgaande verkrijging niet zal zijn voldaan aan de voorwaarden van art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 SW 1956. Indien vervolgens de aandelen worden verkregen door de bedrijfsopvolger, zorgen art. 26b lid 2 Uitv.reg. IB 2001 en art. 8 lid 2 Uitv.reg. S&E ervoor dat bij deze opvolgende verkrijging de faciliteiten wel van toepassing zijn. Van der Kroon noemt art. 8 lid 2 Uitv.reg. S&E in geval van een voorafgaande verkrijging krachtens erfrecht dan ook slecht een doekje voor het bloeden, omdat bij de voorafgaande verkrijging wel inkomstenbelasting en erfbelasting verschuldigd is. Indien sprake is geweest van een verkrijging van de omzetter krachtens huwelijksvermogensrecht ligt dit anders, omdat het aangaan of wijzigen¹⁴⁰ van een huwelijksgoederengemeenschap in beginsel geen schenking is en op grond van art. 4.17 Wet IB 2001 geen vervreemding voor het aanmerkelijk belang in aanmerking wordt genomen. Tevens merkt Van der Kroon op dat art. 8 lid 2 Uitv.reg. S&E alleen ziet op direct gehouden preferente aandelen, omdat slechts verwezen wordt naar art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956. Ik meen met Van der Kroon dat dit een omissie is, omdat niet valt in te zien waarom de wetgever op dit punt directe preferente aandelen anders zou willen behandelen dan indirecte preferente aandelen.¹⁴¹

¹³⁹ Voor de doorschuifregelingen is dit geregeld in art. 26b lid 2 Uitv.reg. IB 2001.

¹⁴⁰ Zie: HR 28 januari 1959, nr. 13 787, BNB 1959/122 en HR 17 maart 1971, nr. 16 473, BNB 1971/95. In deze arresten oordeelde de Hoge Raad dat het wijzigen van het huwelijksgoederenregime staande huwelijk naar een wettelijke gemeenschap van goederen niet leidt tot een schenking. Zie echter: I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 158. De Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over de situatie dat echtgenoten een andere gerechtigdheid tot de huwelijksgemeenschap overeenkomen dan 50-50. Ook heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten over de vraag of het aangaan van een (zeer) beperkte gemeenschap van goederen een schenking inhoudt.

¹⁴¹ M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2012/1110, paragraaf 2.2.

5.3 Voorwaarde 2: het toekennen van gewone aandelen aan een ander

De omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen moet gepaard gaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander (het toekenningsvereiste).¹⁴² De tweede voorwaarde moet in samenhang worden gezien met de vierde voorwaarde (paragraaf 5.5). De vierde voorwaarde houdt in dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder moet zijn van de gewone aandelen zoals bedoeld in voorwaarde twee. Deze twee voorwaarden moeten ervoor zorgen dat de verkrijging van preferente aandelen het sluitstuk van de bedrijfsopvolging vormt. Ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen moet de verkrijger al betrokken zijn als ondernemer bij de onderneming.¹⁴³

‘Gepaard gaan met’

De woorden ‘gepaard gaan met’ veronderstellen een causaal verband tussen de omzetting in preferente aandelen en de toekenning van de gewone aandelen. Ik sluit mij dan ook aan bij De Beer die meent dat de woorden ‘gepaard gaan met’ zo moeten worden uitgelegd dat het niet bezwaarlijk is dat tussen de omzetting en toekenning enige tijd is gelegen, zolang maar sprake is van causaliteit.¹⁴⁴

‘Het toekennen van gewone aandelen’

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het toekennen van gewone aandelen aan een ander niet wil zeggen dat dit nieuw uitgegeven aandelen moeten zijn. Het is ook mogelijk dat de gewone aandelen gedeeltelijk worden omgezet in preferente aandelen, waarbij de resterende gewone aandelen alvast overgaan naar de bedrijfsopvolger.¹⁴⁵ Het feit dat aandelen overgaan is dus voldoende. Het beleidsstandpunt van de staatssecretaris in het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit dat de verkrijger van de preferente aandelen minimaal één nieuw (!) uitgegeven gewoon aandeel moet bezitten¹⁴⁶, is dan ook in strijd met hetgeen in de parlementaire geschiedenis is gezegd en vindt bovendien geen

¹⁴² Art. 4.17a lid 3 onderdeel b Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 onderdeel c SW 1956.

¹⁴³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

¹⁴⁴ A.M.A. de Beer, ‘Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen’, WFR 2009/1303, paragraaf 4.1.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98.

¹⁴⁶ Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751, onderdeel 5.5, BNB 2018/133 m.nt. E.J.W. Heithuis. Hoewel dit aangescherpte beleidsstandpunt niet in het BOR-besluit van 2013 is opgenomen, verwacht ik dat dit beleidsstandpunt ook voor de BOR zal gelden, omdat de wettelijke regelingen identiek zijn.

steun in de wettekst van art. 35c lid 4 sub b SW 1956.¹⁴⁷ Tevens is het merkwaardig dat in art. 35c lid 4 sub b SW 1956 niet is opgenomen dat ten minste 5% gewone aandelen moeten worden toegekend aan een ander, terwijl bij de parlementaire behandeling nadrukkelijk is vermeld dat de beoogde opvolger reeds bij de start van de gefaseerde bedrijfsopvolging aanmerkelijkbelanghouder moet worden, zodat de beoogde opvolger vanaf dat moment als ondernemer bij de vennootschap betrokken is.¹⁴⁸ De 5%-eis dient derhalve uitsluitend te worden getoetst bij de verkrijging van de preferente aandelen.

Van der Kroon is van mening dat het toekenningsvereiste onnodig beperkend is. Indien de beoogde bedrijfsopvolger(s) reeds (ieder) ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aan gewone aandelen bezit(ten) en de omzetter al zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen, kwalificeren de preferente aandelen niet voor de faciliteiten. Van der Kroon meent dan ook dat de staatssecretaris een dergelijke situatie moet goedkeuren.¹⁴⁹ Van Gijlswijk meent echter dat ‘gepaard gaan met’ ruim moet worden uitgelegd en dat hieraan ook voldaan is indien de bedrijfsopvolger ten tijde van omzetting reeds gewone aandelen heeft.¹⁵⁰ Deze opvatting vindt naar mijn mening geen steun in de wettekst en de parlementaire geschiedenis. Ik sluit mij dan ook aan bij Van der Kroon die meent dat voorwaarde twee onnodig beperkt is indien de beoogde bedrijfsopvolger al in het bezit is van gewone aandelen.

‘Aan een ander’

Het is niet zo dat die ‘ander’ die gewone aandelen krijgt uitgereikt ook degene moet zijn die later de preferente aandelen verkrijgt. De wetgever heeft hierover opgemerkt dat de bedrijfsopvolger gaandeweg nog kan worden gewijzigd, doordat de aanvankelijke bedrijfsopvolger zijn aandelen overdraagt aan de nieuwe beoogde bedrijfsopvolger.¹⁵¹ Heithuis merkt terecht op dat het niet mogelijk is om de bij omzetting uitgereikte aandelen aan de (eerste) beoogde bedrijfsopvolger in te trekken en nieuwe gewone aandelen uit te reiken aan de uiteindelijke bedrijfsopvolger, omdat van deze nieuwe

¹⁴⁷ Zie in gelijke zin: H. Hoeve en J. Ganzeveld, ‘Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen’, FTV 2018/28, paragraaf 6.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

¹⁴⁹ M.G.H. van der Kroon, ‘Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen’, WFR 2012/1110, paragraaf 2.2.

¹⁵⁰ S. van de Kerkhof en P.L.C. Belzer, ‘Verslag 35e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging’, WFR 2013/667, paragraaf 3.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

aandelen niet gezegd kan worden dat de omzetting gepaard is gegaan met de toekenning van die nieuwe gewone aandelen. Heithuis wijst erop dat dit zeer vervelend kan uitpakken als de beoogde (eerste) bedrijfsopvolger niet wil meewerken aan de overdracht van zijn aandelen aan de uiteindelijke bedrijfsopvolger.¹⁵² Indien de aspirant-erflater of -schenker wil voorkomen dat de aanvankelijke bedrijfsopvolger de opvolging kan frustreren, dient hij hierop voor te sorteren door de gewone aandelen die worden toegekend aan een ander te certificeren door middel van een STAK waarin hij zelf de bestuurder is.¹⁵³

De Beer en Hoozevee wijzen erop dat niet voldaan is aan het toekenningsvereiste indien de gewone aandelen eerst worden uitgegeven aan de ouders, zodat zij deze met uitsluitingsclausule kunnen schenken aan de beoogde bedrijfsopvolger(s). In dat geval is immers geen sprake van het uitreiken van gewone aandelen aan een ander.¹⁵⁴ Een andere mogelijkheid is om gewone aandelen uit te reiken aan een nieuwe holdingvennootschap waarin de ouders alle aandelen houden. De ouders laten de laatstgenoemde aandelen vervolgens certificeren en in de administratievoorwaarden opnemen dat de certificaten niet mogen vallen in enige gemeenschap van goederen. Vervolgens schenken zij de aandelen aan de beoogde opvolger.¹⁵⁵ Naar aanleiding van een WOB-verzoek blijkt dat de Belastingdienst de door de ouders beheerste BV niet aanmerkt als een ander en dat deze aandelen derhalve geen geschikt 'landingsplatform' zijn voor de preferente aandelen.¹⁵⁶ Zowel in het voorbeeld van schenken met uitsluitingsclausule, als het voorbeeld met certificeren gevolgd door schenken, is niet voldaan aan het toekenningsvereiste, terwijl het eindresultaat wel in overeenstemming is met de ratio van het toekenningsvereiste.

¹⁵² Zie in gelijke zin: M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2012/1110, paragraaf 2.2.1. Van der Kroon wijst – evenals Heithuis – op familieveto's die deze route onmogelijk kunnen maken.

¹⁵³ Deze oplossing wordt door Heithuis aangedragen in zijn noot bij het aanmerkelijkbelangbesluit. Zie: Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751, onderdeel 5.5, BNB 2018/133 m.nt. E.J.W. Heithuis.

¹⁵⁴ A.M.A. de Beer en M.J. Hoozevee, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5, paragraaf 3.4.

¹⁵⁵ R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolging', PE-tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2013/1, paragraaf 2.2.

¹⁵⁶ Bijlage bij Beslissing Staatssecretaris van Financiën op Wob-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, 23 juli 2018, kenmerk 2008-0000119906, p. 21.

5.4 Voorwaarde 3: ten tijde van omzetting een onderneming drijven

De derde voorwaarde houdt in dat ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef (het ondernemingsvereiste).¹⁵⁷ Deze eis vloeit logischerwijs voort uit het feit dat de wetgever alleen preferente aandelen die in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging zijn ontstaan, wil faciliteren.¹⁵⁸ Het is daarom ook begrijpelijk dat de wetgever een dubbele toets aanlegt: zowel op het moment van omzetting (startpunt gefaseerde bedrijfsopvolging), als op het moment van de schenking/vererving van de preferente aandelen (sluitstuk gefaseerde bedrijfsopvolging) dient de vennootschap een onderneming te drijven. Van der Kroon brengt hier echter tegen in dat bij de omzetting de verkrijger van de preferente aandelen slechts 5% van het geplaatste kapitaal van de gewone aandelen hoeft te verkrijgen. De overige 95% kan aan niet-bedrijfsopvolgers worden uitgegeven, waardoor slechts voor 5% sprake is van een bedrijfsopvolging bij een dergelijke omzetting.

Bovendien merkt Van der Kroon op dat aan het drijven van een onderneming geen enkele eis wordt gesteld. Een vennootschap die ten tijde van omzetting een frietkraam en € 100 miljoen aan beleggingen bezit, zou naar zijn mening dan ook voldoen aan deze voorwaarde.¹⁵⁹ Dit extreme voorbeeld illustreert duidelijk dat het ondernemingsvereiste ten tijde van omzetting weinig voorstelt. Daarnaast is het zo dat ten tijde van de omzetting een geheel andere onderneming kan worden gedreven als bij de vererving/schenking van de preferente aandelen.¹⁶⁰ Zo is het mogelijk dat ten tijde van de omzetting een onderneming wordt gedreven die na de omzetting wordt verkocht. Indien vervolgens een nieuwe onderneming wordt aangekocht, komen de preferente aandelen nog steeds in aanmerking voor de faciliteiten, terwijl geen sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging.¹⁶¹

5.5 Voorwaarde 4: de verkrijger bezit ten minste 5% gewone aandelen

De vierde en laatste voorwaarde (het aandeelhoudersvereiste) houdt in dat de verkrijger van preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder moet zijn

¹⁵⁷ Art. 4.17a lid 3 onderdeel c Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 onderdeel c SW 1956.

¹⁵⁸ Zie: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

¹⁵⁹ M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2012/1110, paragraaf 2.2.

¹⁶⁰ Ook De Beer wijst erop dat het mogelijk is dat na de omzetting in preferente aandelen de activiteiten van de vennootschap kunnen wijzigen. Zie: A.M.A. de Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', WFR 2009/1303, paragraaf 4.1.

¹⁶¹ Het lichaam moet deze onderneming bij verkrijging van de preferente aandelen wel één respectievelijk vijf jaar hebben gedreven.

van de gewone aandelen als bedoeld in voorwaarde twee (toekenningsvereiste). Voorwaarde 2 en 4 moeten ervoor zorgen dat de verkrijging van preferente aandelen het sluitstuk van de bedrijfsopvolging vormt.¹⁶² De verkrijger van de preferente aandelen kwalificeert voor de faciliteiten indien hij ten tijde van omzetting gewone aandelen heeft verkregen (de omvang van dit pakket is niet van belang) en op het moment van de verkrijging van de preferente aandelen in totaal ten minste 5% van het gewone aandelenkapitaal bezit. Ganzeveld en Hoeve maken hieruit op dat het blijkbaar niet van belang is dat tussentijds nieuwe aandelen zijn uitgegeven.¹⁶³ De Belastingdienst is echter van mening dat alleen de ten tijde van de omzetting aan een ander uitgereikte gewone aandelen een geschikt 'landingsplatform' voor de preferente aandelen zijn.¹⁶⁴ Indien derhalve ten tijde van omzetting minder dan 5% gewone aandelen is uitgereikt, lijkt het erop dat niet meer kan worden voldaan aan het aandeelhouderschapsvereiste, tenzij dat andere gewone aandelen worden ingekocht. Dat tussentijds geen nieuwe aandelen mogen worden uitgegeven, volgt echter niet uit de wettekst.

Mijns inziens zijn het toekenningsvereiste en het aandeelhouderschapsvereiste in samenhang gezien enerzijds te strikt en anderzijds worden ook niet-reële bedrijfsopvolgingen gefacilieerd. Deze twee voorwaarden zouden namelijk moeten bewerkstelligen dat de uiteindelijke verkrijger van de preferente aandelen vanaf de aanvang van de gefaseerde bedrijfsopvolging tot aan het sluitstuk van de bedrijfsopvolger als ondernemer betrokken is bij de onderneming.¹⁶⁵ Uit de voorwaarden volgt echter dat passief aandeelhouderschap voldoende is, want van de verkrijger wordt geen daadwerkelijke betrokkenheid bij de onderneming geëist.¹⁶⁶ Hoewel vanaf een aandelenbelang van 5% ondernemersparalliteit wordt aangenomen (zie paragraaf 3.2), kan de positie in werkelijkheid door de aandeelhouder ter belegging worden gehouden.¹⁶⁷ Door ten tijde van de omzetting aan potentiële verkrijgers voldoende gewone aandelen uit te reiken, heeft men in een later stadium voldoende mogelijkheden om te beslissen wie met toepassing van de faciliteiten de preferente aandelen gaat

¹⁶² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21

¹⁶³ H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen', FTV 2018/28, paragraaf 6.

¹⁶⁴ Bijlage bij Beslissing Staatssecretaris van Financiën op Wob-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, 23 juli 2018, kenmerk 2008-0000119906, p. 12

¹⁶⁵ Zie: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21

¹⁶⁶ Ik abstraheer hier van de dienstbetrekkingseis die uitsluitend geldt voor de doorschuifregeling bij leven in de inkomstenbelasting.

¹⁶⁷ Zie in gelijke zin: A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5, paragraaf 3.4.

verkrijgen. Het toekenningsvereiste en het aandeelhoudersvereiste schieten derhalve tekort om haar doel te bereiken en leiden tot underkill.

Janssen merkt op dat de wetgever met het aandeelhoudersschapsvereiste lijkt te willen inspelen op de meest voorkomende vorm van preferente aandelen in het kader van een bedrijfsopvolging. In deze grondvorm vererven de preferente aandelen naar degene die destijds gewone aandelen heeft verkregen, zodat de totale winstgerechtigdheid weer in één hand verenigd is. Hij merkt op dat het echter niet zo is dat de 'bedrijfsopvolger' alle indertijd uitgegeven aandelen moet hebben om voor de verkrijging van de preferente aandelen gebruik te kunnen maken van de faciliteiten.

Ook maakt Janssen met een voorbeeld duidelijk dat reële bedrijfsopvolgingen niet zonder meer gefacilieerd worden. X heeft twee zonen: Karel en Jan. X zet zijn gewone aandelen om in preferente aandelen. Tevens worden nieuwe aandelen uitgegeven, waarvan de ene helft wordt toegekend aan Karel en de andere helft aan X, zodat ook X blijft delen in de overwinst. Na enige tijd schenkt X zijn gewone aandelen aan Jan, die inmiddels de gelederen binnen het bedrijf is komen versterken als directeur marketing. Bij overlijden van X vererven zijn preferente aandelen naar Karel en Jan, ieder voor de helft. Alleen Karel kan echter een beroep doen op de faciliteiten, want hij voldoet in tegenstelling tot Jan wel aan voorwaarde vier.¹⁶⁸

Een ander veel aangehaald voorbeeld in de literatuur is dat van de langstlevende echtgenoot. Indien een preferente aandeelhouder overlijdt en de wettelijke verdeling is van toepassing, verkrijgt de langstlevende echtgenoot van rechtswege de preferente aandelen. Aangezien aan de langstlevende bij de omzetting geen gewone aandelen zijn uitgereikt, zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet van toepassing. Dit is begrijpelijk, omdat immers geen sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Heithuis geeft daarom de aanbeveling om aan iedere potentiële verkrijger van preferente aandelen 5% van de gewone aandelen te geven¹⁶⁹, zelfs als die personen niets met het bedrijf te maken hebben. Ik sluit mij dan ook aan bij Heithuis die meent dat de regels met betrekking tot preferente aandelen

¹⁶⁸ R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolging', PE-tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2013/1, paragraaf 2.4.

¹⁶⁹ Indien sprake is van een in gemeenschap van goederen gehuwde ondernemer dient men ten minste 10% gewone aandelen uit te geven aan een van de echtgenoten. Zie: R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolging', PE-tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2013/1, paragraaf 2.4.

dusdanig stringent dat het erfgenamen, die niet willen voortzetten, dwingt tot tegennatuurlijk gedrag om alsnog de faciliteiten te benutten.¹⁷⁰

5.6 Aanbevelingen

Met de vier cumulatieve voorwaarden van art. 35c lid 4 SW 1956 wil de wetgever een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen faciliteren. Tevens volgt uit art. 35d lid 2 SW 1956 jo. art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E dat bij de verkrijging van de preferente aandelen de bezitser moet worden toegepast op de voorafgaande gewone aandelen. Uit het voorafgaande blijkt dat de gestelde voorwaarden niet resulteren in het doel van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, omdat sprake is van zowel overkill als underkill. Ik zal daarom enkele voorstellen doen tot het aanpassen van de voorwaarden.

Het omzettingsvereiste (art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956 en art. 4.17a lid 3 onderdeel a Wet IB 2001)

Met het omzettingsvereiste heeft de wetgever willen bewerkstelligen dat alleen preferente aandelen die in het bezit zijn geweest van een 'echte' ondernemer in aanmerking komen voor de faciliteiten. Een gewone aandeelhouder deelt in de goede en kwade kansen van de onderneming, maar dat wil echter niet zeggen dat hij een 'echte' ondernemer is. Hoogeveen en De Beer constateren dat een aanmerkelijkbelanghouder in economisch en maatschappelijk opzicht ondernemer is indien hij (1) via zijn aandelen meedoet in alle plussen en minnen van de onderneming en (2) leiding geeft aan de onderneming. Dit laatste houdt in dat de aandeelhouder zich moet inzetten met de bedrijfsuitoefening en ondernemerswerkzaamheden verricht (betrokkenheidscriterium).¹⁷¹ Aan dit betrokkenheidscriterium valt echter lastig te toetsen. Om in aanmerking te komen voor diverse ondernemersfaciliteiten in de inkomstenbelasting moet een ondernemer echter ook kunnen aantonen dat hij voldoende tijd heeft besteed aan ondernemerswerkzaamheden (het uren criterium).¹⁷² Een dergelijk uren criterium zou ook

¹⁷⁰ E.J.W. Heithuis, 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', TFO 2010/93, paragraaf 2.4.

¹⁷¹ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5, paragraaf 3.4. Zie ook het betrokkenheidscriterium dat De Beer afleidt uit de parlementaire geschiedenis: A.M.A. de Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', WFR 2010/1242, paragraaf 4.1 en 4.2.

¹⁷² Zie voor een definitie van het uren criterium art. 3.6 Wet IB 2001. Het uren criterium is van belang voor de toevoeging aan de oudedagsreserve en de tot de ondernemersaftrek behorende zelfstandigenaftrek, de S&O-aftrek en de meewerkaftrek. Zie nader: P.H.J. Essers, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, paragraaf 3.2.5.A.

kunnen gelden voor de ondernemerswerkzaamheden en het moeien met de bedrijfsuitoefening van een aanmerkelijkbelanghouder. Het omzettingsvereiste zou daarom als volgt gewijzigd moeten worden:

‘de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker als ondernemer gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen. Van een als ondernemer gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen is sprake indien voldaan is aan het urencriterium als bedoeld in artikel 35c lid 9 SW 1956’

Ten tijde van de omzetting moet de toekomstige overdrager dan aantonen dat hij (gedurende een nader te bepalen referentieperiode) voldoende uren heeft besteed aan ondernemerswerkzaamheden en het moeien met de bedrijfsuitoefening. Indien hij hierin slaagt, is sprake van een als ondernemer gehouden aanmerkelijk belang. Het urencriterium dient afzonderlijk voor de faciliteiten te worden gedefinieerd en kan worden opgenomen in art. 35c lid 9 SW 1956 en art. 4.17a lid 10 Wet IB 2001.¹⁷³

De volgende elementen zijn voor de definiëring van belang:

- het vereiste aantal uur;
- de referentieperiode;
- welke werkzaamheden worden aangemerkt als ondernemerswerkzaamheden en het moeien met de bedrijfsuitoefening en tellen derhalve mee voor het urencriterium?¹⁷⁴

Voor het vereiste aantal uur hoeft niet noodzakelijkerwijs te worden aangesloten bij de urennorm van 1225 uur in de inkomstenbelasting. Voor de referentieperiode kan bijvoorbeeld worden aangesloten bij de vijfjaarstermijn van het bezitsvereiste. Bij het definiëren van de werkzaamheden die meetellen voor het urencriterium kan de stelregel van de Hoge Raad uit zijn arrest van 14 maart 2003 bruikbaar zijn:¹⁷⁵

‘Als tijd die in beslag wordt genomen door het drijven van een onderneming geldt alle tijd die wordt besteed aan werkzaamheden die worden verricht met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming.’

¹⁷³ Het huidige art. 35c lid 9 SW 1956 en art. 4.17a lid 10 Wet IB 2001 vernummen dan.

¹⁷⁴ Is het bijvoorbeeld relevant of de werkzaamheden al dan niet als bestuurder zijn verricht? De wetgever zou bijvoorbeeld ervoor kunnen kiezen om alleen werkzaamheden die als (mede)bestuurder zijn verricht te laten meetellen voor het urencriterium. De wetgever zou er tevens voor kunnen kiezen om – evenals in art. 3.6 Wet IB 2001 – bepaalde werkzaamheden uit te sluiten, zodat deze niet meetellen voor het urencriterium.

¹⁷⁵ Hoge Raad. 14 maart 2003, nr. 37.975, BNB 2003/201, r.o. 3.3.

Het toekenningsvereiste (art. 35c lid 4 onderdeel b SW 1956 en art. 4.17a lid 3 onderdeel b Wet IB 2001)

De wetgever hecht veel waarde aan de eerste stap in de gefaseerde bedrijfsopvolging en wil met het omzettingsvereiste en het toekenningsvereiste (voorwaarde 1 en 2) bewerkstelligen dat de beoogde opvolger reeds bij aanvang als ondernemer betrokken is bij de onderneming.¹⁷⁶ Ik zie dan ook niet in waarom de 5%-eis – in tegenstelling met hetgeen in de parlementaire geschiedenis is gezegd¹⁷⁷ – alleen getoetst moet worden bij het sluitstuk van de bedrijfsopvolging (voorwaarde 4). Tevens blijkt uit paragraaf 5.3 blijkt dat het toekenningsvereiste onnodig beperkend is, omdat een aandeelhouder die reeds aandelen heeft alsnog aandelen moet verkrijgen ten tijde van de omzetting. Ik stel dan ook de volgende gewijzigde wettekst voor:

‘de omzetting, als bedoeld in onderdeel a, dient gepaard te gaan met het toekennen van gewone aandelen ter grootte van 5% van het geplaatste aandelenkapitaal aan de beoogde opvolger, tenzij de beoogde bedrijfsopvolger al in het bezit is van een dergelijk aandelenpakket.’

Het aandeelhouderschapvereiste (art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956 en art. 4.17a lid 3 onderdeel d Wet IB 2001)

De wetgever wil dat de beoogde bedrijfsopvolger vanaf de aanvang van de gefaseerde bedrijfsopvolging tot aan het sluitstuk als ondernemer betrokken is bij de onderneming.¹⁷⁸ Het aandeelhouderschap van gewone aandelen zegt echter niets over de daadwerkelijke betrokkenheid van de aandeelhouder bij de onderneming. Hierdoor staan de faciliteiten ook open voor de overgang van preferente aandelen naar een verkrijger die gewone aandelen heeft die ter belegging worden gehouden. Ik stel daarom voor om het aandeelhouderschapvereiste te wijzigen naar een ondernemerschapvereiste:

‘de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b en tevens gedurende vijf jaar voorafgaande aan de verkrijging, heeft voldaan aan het urencriterium ’

¹⁷⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

¹⁷⁷ In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat de bedrijfsopvolger reeds bij de start van de gefaseerde bedrijfsopvolging aanmerkelijkbelanghouder moet zijn. Zie: Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29.

¹⁷⁸ Zie: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21

De vormgeving van het urencriterium kan op dezelfde wijze als bij het omzettingsvereiste. Ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen moet de bedrijfsopvolger aannemelijk kunnen maken dat hij voldoende tijd heeft besteed aan ondernemerswerkzaamheden en het moeien met de bedrijfsuitoefening. Het voorgestelde ondernemersvereiste bewerkstelligt dat de uiteindelijke bedrijfsopvolger ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen nauw is betrokken bij het reilen en zeilen van de onderneming.¹⁷⁹ Het urencriterium zou mijns inziens voor de Successiewet ook moeten worden doorgetrokken naar het voortzettingsvereiste, zodat de verkrijger niet straffeloos zijn positie kan terugbrengen tot zuiver passief aandeelhouderschap.¹⁸⁰

Indiende de beoogde bedrijfsopvolger gaande de rit wijzigt, kan de gewijzigde bedrijfsopvolger ook voldoen aan het voorgestelde ondernemersvereiste. Dit is echter – evenals onder de huidige regeling – niet mogelijk als de aanvankelijke bedrijfsopvolger weigert zijn gewone aandelen over te dragen aan de uiteindelijke bedrijfsopvolger. In art. 35c lid 10 SW 1956 en art. 4.17a lid 11 Wet IB 2001 zou hiervoor een aanvullende bepaling kunnen worden opgenomen. Deze bepaling dient te bewerkstelligen dat ook een reële bedrijfsopvolging waarbij een bedrijfsopvolger op een later moment gewone aandelen heeft ontvangen in aanmerking komt voor de faciliteiten.

Het ondernemingsvereiste (art. 35c lid 4 onderdeel c SW 1956 en art. 4.17a lid 3 onderdeel c Wet IB 2001)

Het ondernemingsvereiste dat leidt tot een dubbele toets is een loze eis. Aangezien het moet gaan om een gefaseerde bedrijfsopvolging, dient dit ook in het ondernemingsvereiste tot uitdrukking te komen. De tekst dient dan ook als volgt te worden aangepast:

‘ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef als bedoeld in lid 1 onderdeel a, welke onderneming onafgebroken is voortgezet tot het moment van verkrijging van de preferente aandelen.’

Het bezitsvereiste voor preferente aandelen (art. 35d lid 2 SW 1956 jo. art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E)

¹⁷⁹ Dit stemt overeen met de gedachtegang die ten grondslag ligt aan de aanvankelijk voorgestelde bestuurderseis voor de doorschuifregeling bij leven in de inkomstenbelasting. Zie: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 46.

¹⁸⁰ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, ‘Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging’, TFO 2019/160.5, paragraaf 3.4.

De bezitseis van art. 8 lid 3 Uitv.reg. S&E geldt alleen voor direct gehouden preferente aandelen. Om een gelijke behandeling tussen direct en indirect gehouden preferente aandelen te bewerkstelligen, moet deze bezitseis echter ook worden uitgebreid naar indirect gehouden preferente aandelen.

5.7 Conclusie

De vier cumulatieve voorwaarden van art. 35c lid 4 SW 1956 en art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 leiden enerzijds tot overkill en anderzijds staan de faciliteiten open voor niet-reële bedrijfsopvolgingen (underkill). Ik heb daarom in paragraaf 5.6 enkele aanbevelingen gedaan tot wijzigingen van de voorwaarden en zal in deze paragraaf de belangrijkste knelpunten samenvatten.

Overkill

Preferente aandelen die zijn ontstaan bij een ruisende inbreng en gewone aandelen die de preferente aandeelhouder wil schenken met uitsluitingsclausule worden ten onrechte uitgesloten van de faciliteiten. Het is wenselijk dat de staatssecretaris voor beide gevallen een goedkeuring opneemt. Uit paragraaf 5.3 blijkt dat voorwaarde 2 (het toekenningsvereiste) onnodig beperkend is, omdat een bedrijfsopvolger die al gewone aandelen heeft ten tijde van de omzetting wederom gewone aandelen moet verkrijgen. Daarnaast is het standpunt van de staatssecretaris dat minimaal één nieuw aandeel moet worden uitgereikt onnodig beperkend. Daarnaast kunnen voorwaarde 2 en 4 tot problemen leiden indien gedurende het bedrijfsopvolgingsproces de beoogde bedrijfsopvolger wijzigt.

Underkill

Met art. 35d lid 2 SW 1956 jo. art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E is beoogd om uitsluitend preferente aandelen te faciliteren indien ten aanzien van de voorafgaande gewone aandelen is voldaan aan de bezitstermijn van respectievelijk één dan wel vijf jaar. De bezitseis ziet echter niet op indirect gehouden preferente aandelen, waardoor belastingplichtigen de toets ten aanzien van de voorafgaande gewone aandelen eenvoudig kunnen omzeilen. Daarnaast bieden de voorwaarden voldoende mogelijkheden om gebruik te maken van de faciliteiten, terwijl in het geheel geen sprake hoeft te zijn van een reële (gefaseerde) bedrijfsopvolging. Passief aandeelhouderschap is immers voldoende, doordat de wetgever op het niveau van de overdrager en de overnemer van de preferente aandelen geen eisen heeft gesteld aan de betrokkenheid bij de onderneming. Ook de voorwaarde dat het lichaam ten tijde van de omzetting een onderneming moet drijven (voorwaarde 3), is naar mijn mening een loze eis, omdat aan het drijven van een onderneming geen enkele eis wordt gesteld en de onderneming ten tijde van omzetting (aanvang gefaseerde bedrijfsopvolging) niet noodzakelijkerwijs dezelfde onderneming moet zijn als die bij de verkrijging van de preferente aandelen (sluitstuk bedrijfsopvolging).

Hoofdstuk 6 – Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In deze scriptie zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten met betrekking tot de behandeling van preferente aandelen onderzocht. Hierbij is ingegaan op de veronderstelling van de wetgever die aan deze afwijkende behandeling ten grondslag ligt (hoofdstuk 3). Tevens is in hoofdstuk 4 onderzocht wat vanuit de doelstelling van de wetgever gezien moet worden verstaan onder het begrip preferente aandelen (eerste deel probleemstelling). In hoofdstuk 5 is onderzocht of met de nadere voorwaarden die worden gesteld aan preferente aandelen reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. In dit afsluitende hoofdstuk zal een antwoord worden gegeven op de probleemstelling:

- (1) Is het verschil in behandeling tussen gewone aandelen en preferente aandelen gelet op de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren te rechtvaardigen en welke aandelen moeten, gezien vanuit deze doelstelling, voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden aangemerkt als preferente aandelen en*
- (2) leiden de voorwaarden waaraan een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen moet voldoen tot het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen?*

6.2 Conclusies

Met de faciliteiten heeft de wetgever als doel om alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Een reële bedrijfsopvolging houdt in: de 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 is van mening dat de preferente aandeelhouder in beginsel geen ondernemer is, maar veel meer gelijkenissen vertoont met een belegger. Hiermee beschouwt de wetgever de preferente aandeelhouder als een kapitaalverschaffer die niet zonder meer toegang heeft tot de faciliteiten. In hoofdstuk 3 ben ik tot de conclusie gekomen dat dit uitgangspunt terecht is: een preferente aandeelhouder die uitsluitend recht heeft op een vaste dividendvergoeding en wiens risicoprofiel overeenkomt met dat van een vreemd vermogensverschaffer kan in tegenstelling tot een gewone aandeelhouder onmogelijk worden vergeleken met een ondernemer. Het argument dat een preferente aandeelhouder evenals een gewone aandeelhouder risico's loopt en een kapitaalverschaffer is, gaat om die reden niet op. Een preferente aandeelhouder kan dan ook beter worden vergeleken met een belegger en vanuit dit oogpunt is het dan ook terecht dat de wetgever een preferente aandeelhouder in beginsel geen toegang verleent tot de faciliteiten. Het feit dat een preferent aandeel zoveel gelijkenissen heeft met vreemd vermogen, leidt echter tot de conclusie dat

de wetgever een niet te rechtvaardigen onderscheid maakt tussen een preferente aandeelhouder enerzijds en een vordering die is ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging anderzijds.

In hoofdstuk 4 zijn de tussenvormen, aandelen die afwijken van een zuiver gewoon aandeel en die ook geen zuiver preferent aandeel zijn, nader onderzocht. De passages uit de parlementaire geschiedenis beschrijven alleen een zuiver gewoon aandeel en een zuiver preferent aandeel, waarbij wordt opgemerkt dat een aandeel dat afwijkt van een gewoon aandeel nu of later *kan* worden aangemerkt als een preferent aandeel. De tussenvormen heeft de wetgever bewust niet gedefinieerd om oneigenlijk gebruik tegen te gaan. Het standpunt dat elk aandeel dat afwijkt van een zuiver gewoon aandeel een preferent aandeel is, kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, omdat dit tot gevolg zou hebben dat reële bedrijfsopvolgingen in beginsel worden uitgesloten van de faciliteiten en een ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt wordt tussen bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en in de aanmerkelijkbelangsfeer.

Het begrip preferente aandelen moeten dan ook vanuit de doelstelling van de wetgever worden gezien. Dit betekent mijns inziens dat een aandelenpositie vergelijkbaar moet zijn met de positie van een IB-ondernemer. Als oplossing voor de rechtsonzekerheid met betrekking tot het begrip preferente aandelen is daarom een winstgerechtigdheidscriterium aangedragen van 5% om de tussenvormen voor de faciliteiten te duiden. Met dit criterium worden aandelen die voor minder dan 5% delen in de overwinst die resteert na toekenning van de vaste dividendvergoeding aangemerkt als preferent. Het winstgerechtigdheidscriterium vloeit voort uit de opvatting van de wetgever dat een aandeelhouder die 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt vergelijkbaar is met een IB-ondernemer. Naar mijn mening past een winstgerechtigdheidscriterium echter beter bij een regeling die beoogt aandeelhouders die vergelijkbaar zijn met een IB-ondernemer toegang te verlenen tot de faciliteiten. Het verdient de voorkeur dat dit winstgerechtigdheidscriterium voor alle aandeelhouders gaat gelden, zodat het arbitraire onderscheid tussen de verschillende aandeelhouders voor de toepassing van de faciliteiten wordt opgeheven. Een dergelijk criterium zorgt ervoor dat uitsluitend aandelen die voor 5% of meer delen in de overwinst worden aangemerkt als gewone aandelen die zonder aanvullende voorwaarden in aanmerking komen voor de faciliteiten.

De nadere voorwaarden die de wetgever heeft gesteld aan preferente aandelen zijn in hoofdstuk 5 aan de orde gekomen. Met het omzettingsvereiste (voorwaarde 1) heeft de wetgever willen bewerkstelligen dat alleen preferente aandelen die in het bezit zijn geweest van een 'echte' ondernemer, dat wil zeggen als hem ten aanzien van dat aandelenpakket alle op de winst zijn toegekomen. Van een 'echte' ondernemer is echter pas sprake indien een gewone aandeelhouder ook

betrokken is bij de bedrijfsuitoefening. Daarnaast leiden de voorwaarden 2 en 4 enerzijds tot overkill (reële bedrijfsopvolgingen worden niet gefacilieerd) en anderzijds worden verkrijgingen van preferente aandelen gefacilieerd terwijl sprake is van passief aandeelhouderschap (underkill). Bovendien is het ondernemingsvereiste een loze eis omdat de onderneming ten tijde van omzetting niet dezelfde onderneming behoeft te zijn als ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen en aan de omvang van de onderneming geen enkele eis wordt gesteld.

6.3 Aanbevelingen

De conclusie dat de preferente aandeelhouder een belegger is en grote overeenkomsten vertoont met een kapitaalverschaffer van vreemd vermogen roept de vraag op waarom preferente aandelen onder nadere voorwaarden kwalificeren voor de faciliteiten. Mijns inziens moet de wetgever consequent zijn door preferente aandelen evenals een overnamelening in het geheel uit te sluiten van de faciliteiten.

Een ander knelpunt is dat de wetgever voor de faciliteiten aansluiting heeft gezocht bij de pseudo-ondernemingsregeling van box 2 die aansluit bij 5% van het geplaatste aandelenkapitaal. Dit heeft tot gevolg dat op het niveau van de overdrager en de overnemer nauwelijks eisen worden gesteld. Voor de faciliteiten dient de wetgever mijns inziens de aansluiting met het aanmerkelijkbelangregime los te laten, omdat deze aansluiting ervoor zorgt dat aandeelhouders die zich nauwelijks bemoeien met de door de vennootschap gedreven onderneming toegang tot de faciliteiten wordt verleend. Ook de fictief aanmerkelijkbelanghouder en de soortaanmerkelijkbelanghouder die voor minder dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houden, krijgen hierdoor toegang tot de faciliteiten.

Aangezien de wetgever aandelenposities die vergelijkbaar zijn met een IB-ondernemer wil faciliteren, verdient het aanbeveling om aan te sluiten bij de winstgerechtigdheid in plaats van bij het geplaatste aandelenkapitaal, omdat een aandeelhouder die deelt in de winst op dat punt vergelijkbaar is met een IB-ondernemer. Het in hoofdstuk 4 aangedragen winstgerechtigdheidscriterium zou daarom – in ieder geval voor de toepassing van de faciliteiten – moeten gelden voor alle aandeelhouders. Met het winstgerechtigdheidscriterium worden alle aandeelhouders die niet voor ten minste 5% delen in de overwinst die resteert na toekenning van (een) vaste dividendvergoeding(en) in beginsel uitgesloten van de faciliteiten.

Indien de wetgever preferente aandelen wil blijven faciliteren indien sprake is van een reële gefaseerde bedrijfsopvolging verdient het aanbeveling om de vier cumulatieve voorwaarden als volgt aan te passen:

- Het omzettingsvereiste wordt aangescherpt doordat degene die zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen aan het urencriterium moet voldoen;
- het toekenningsvereiste wordt enerzijds aangescherpt en anderzijds versoepelt doordat ten tijde van de omzetting reeds ten minste 5% van gewone aandelenkapitaal aan een ander moet worden toegekend, tenzij de beoogde opvolger al in het bezit is van een dergelijk aandelenpakket;
- het ondernemingsvereiste wordt aangescherpt door te vereisen dat de onderneming ten tijde van omzetting dezelfde onderneming is als ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen;
- het aandeelhouderschapsvereiste wordt gewijzigd in een ondernemersvereiste, zodat de verkrijger van de preferente aandelen daadwerkelijk betrokken is bij het reilen en zeilen van de onderneming;
- de bezitseis ten aanzien van de verkrijging van preferente aandelen die wordt toegepast op de voorafgaande gewone aandelen dient ook te worden uitgebreid naar de verkrijging van indirect gehouden preferente aandelen.

Mijns inziens bewerkstelligen de wijzigingen van de cumulatieve voorwaarden dat de verkrijger van de preferente aandelen bij het sluitstuk van de bedrijfsopvolging als ondernemer betrokken is bij de(zelfde) onderneming. De regeling sluit hierdoor beter aan bij de doelstelling van de wetgever om een gefaseerde bedrijfsopvolging met preferente aandelen te faciliteren indien sprake is van een reële bedrijfsopvolging. De voorgestelde wijziging van het bezitsvereiste zorgt ervoor dat een gelijke behandeling tussen directe en indirecte preferente aandelen ontstaat.

Literatuurlijst

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

A.M.A. de Beer en G. de Jong, 'Tracking stocks en bedrijfsopvolging', Het Register 2013/5.

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

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

A.M.A. de Beer, 'Aandelen als bedrijfsopvolgingsfinanciering', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2.

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

T. Blokland, 'Aspecten van het ontgaan van (aanmerkelijkbelang)belasting', WFR 2000/431.

J. Doornebal en A.C. Rijkers, 'Het nieuwe aanmerkelijk-belangregime', TFO 1996/149.

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

P.H.J. Essers, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

J. Ganzeveld, 'Vage normen in de inkomstenbelasting: enkele bespiegelingen', NTFR 2010/2485.

J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging 2015/2.

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

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

N.M.P. Govers-de Louw en M.M.J. Schuurman-van Nifterik, 'Preferente aandelen en cumulatieve knelpunten bij vererving', VFP 2010/53.

J. Ganzeveld, 'Geactualiseerd verzamelbesluit aanmerkelijk belang', NLF 2018/0802.

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

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

H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'De kwaliteit van het wetgevingsproces: wonderlijke citaten met betrekking tot de nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', KWEP 2010/26.

H. Hoeve en J. Ganzeveld, 'Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen', FTV 2018/28.

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

M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder, belegger of ondernemer?', in *T.C. Hoogwout & P. Kavelaars (red.), Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging, Rotterdam, 2012, p. 23-34.*

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

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

S. van de Kerkhof en P.L.C. Belzer, 'Verslag 35e Fiscale Conferentie: Bedrijfsopvolging', WFR 2013/667.

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

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

H.J. Meijer, 'Naar een redelijke rendementseis voor preferente aandelen in het mkb', NTFR Artikelen 2014/11.

N. de Poel, 'Cumulatief preferente aandelen en het nieuwe verzamelbesluit aanmerkelijk belang', Vp-bulletin 2018/44.

G.F.S. Refuge en S.J.W. Elema, 'Verslag 46ste Fiscale Conferentie DGA/Familiebedrijven', WFR 2019/47.

A.C. Rijkers, 'De fiscale positie van de DGA Aanmerkelijk belang', TFO 2009/76.

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

I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', WFR 2009/1231.

I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

F.M. Werger, 'Verslag promotie drs. E.J.W. Heithuis', WFR 1999/912.

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

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

R.E. Zwier, 'De dubbele identiteit van de aanmerkelijkbelanghouder', WFR 2012/52.

R.E. Zwier, 'De soortbenadering in het aanmerkelijk belang', WFR 2011/978.

Jurisprudentie

Hoge Raad. 28 januari 1959, nr. 13 787, BNB 1959/122

Hoge Raad. 17 maart 1971, nr. 16 473, BNB 1971/95

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

Hoge Raad. 11 mei 1988, nr. 24 918, BNB 1988/289.

Hoge Raad. 14 maart 2003, nr. 37.975, BNB 2003/201.

Hoge Raad. 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 m.nt. R.J. de Vries

Hoge Raad. 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

Hoge Raad. 22 april 2016, BNB 2016/167 m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1961/62, 5 380, nr. 16.

Kamerstukken II 1962/63, 5 380, nr. 19.

Kamerstukken II 1995/96, 24 791, nr. 3.

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, A

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 7

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7.

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

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

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

Kamerstukken II 2008/09, 32 129, nr. 8.

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

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

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15.

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

Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20.

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

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

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

Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7.

Besluiten

Besluit van 30 juni 2010, DGB2010/3599M, Stcrt. 2010, 10512.

Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M.

Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, nr. 15751, BNB 2018/133 m.nt. E.J.W. Heithuis.

Overig

Artikelsgewijs commentaar NDFR, W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, art. 35d SW 1956.

Bijlage bij Beslissing Staatssecretaris van Financiën op Wob-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, 23 juli 2018, kenmerk 2008-0000119906

Commentaar Vakstudie Nieuws, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, V-N 2009/50.2.

Ernst & Young Accountants, Vergelijking IFRS met Nederlandse wet- en regelgeving, editie 2018, te raadplegen via: <https://www.expertbibliotheek.nl/rapport/ey/vergelijking-ifrs-met-nederlandse-wet-en-regelgeving-2018/5382>.