



De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de
aanmerkelijkbelanghouder in de Successiewet:
een rechtsvergelijking tussen Nederland en Vlaanderen.

Master Fiscale Economie
Tilburg University

Naam student: J.E.A.R. (Janou) Soers
Studentnummer: U1267002
ANR: 764850
Afstudeerdatum: 25-06-2019

Afstudeerbegeleider: mr. dr. M.J. Hoogeveen
Tweede lezer: prof. dr. S.A. Stevens

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding	5
§ 1.1	Aanleiding	5
§ 1.2	Probleemstelling	8
§ 1.3	Plan van aanpak	8
Hoofdstuk 2	De Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling	9
§ 2.1	Inleiding	9
§ 2.2	Wetgeschiedenis van de bedrijfsopvolgingsregeling	9
§ 2.3	De huidige bedrijfsopvolgingsregeling	12
§ 2.3.1	De vrijstellingen	13
§ 2.3.2	Uitstel van betalingsregelingen	14
§ 2.4	De huidige bedrijfsopvolgingsregeling bij de verkrijging van een aanmerkelijk belang	15
§ 2.4.1	Eisen aan de verkrijging	15
§ 2.4.2	Eisen aan de erflater/schenker	19
§ 2.4.3	Eisen aan de verkrijger	21
§ 2.5	Conclusie	23
Hoofdstuk 3	De Vlaamse gunstmaatregel	24
§3.1	Inleiding	24
§3.2	Wetgeschiedenis van de gunstmaatregel	24
§3.3	De huidige gunstmaatregel	27
§3.4	Het gunstregime bij de verkrijging van een familiale vennootschap	28
§ 3.4.1	Eisen aan de verkrijging	28
§ 3.4.2	Eisen aan de erflater/schenker	30
§ 3.4.3	Eisen aan de verkrijger	32
§ 3.5	Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 4	Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en de Vlaamse gunstmaatregel	35
§ 4.1	Inleiding	35
§ 4.2	Rechtsvergelijking met betrekking tot de ratio's	35
§ 4.3	Rechtsvergelijking met betrekking tot de faciliteiten	37
§ 4.4	Rechtsvergelijking met betrekking tot de verkrijging aandelen een vennootschap	38
§ 4.4.1	De verkrijging	38
§4.4.2	De erflater en schenker	41
§4.4.3	De verkrijger	44

Hoofdstuk 5	Conclusie	48
5.1	Inleiding	48
5.2	Samenvatting.....	48
5.3	Conclusie en aanbevelingen.....	52
Literatuurlijst	56

Lijst met gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
Art.	Artikel
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EESC	Europees Economisch en Sociaal Comité
EIM	Economisch Instituut Midden- en Kleinbedrijf
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad
IW 1990	Invorderingswet 1990
KVK	Kamer van Koophandel
KWEP	Kwartaalblad Estate Planning
MKB	Midden- en kleinbedrijf
MMB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MVT	Memorie van Toelichting
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
Par.	Paragraaf
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Stcrt.	Staatscourant
SW 1956	Successiewet 1956
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv. reg. schenk- en erfbelasting	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
Uitv. besl. SW 1956	Uitvoeringsbesluit SW 1956
VCF	Vlaamse Codex Fiscaliteit
VFP	Vakblad Financiële Planning
Vl. W. Succ.	Vlaamse wetboek van Successierechten
<i>V-N</i>	Vakstudie Nieuws
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

§ 1.1 Aanleiding

Wereldwijd vormen familiebedrijven de ruggengraat van vele economieën.¹ Nederland telde op 1 januari 2016 bijna 278.000 familiebedrijven, wat neerkomt op 71% van alle Nederlandse bedrijven. Deze familiebedrijven zijn goed voor bijna 29% van de werkgelegenheid en realiseerde in 2015 een omzet van 343 miljard euro.² Echter niemand is onsterfelijk, ook de ondernemer niet. Vroeg of laat is de ondernemer genoodzaakt zijn onderneming over te dragen. Uit onderzoek van het Economisch Instituut Midden- en Kleinbedrijf is gebleken dat 45% van de bedrijfsoverdrachten geschiedt binnen de familie, waarbij de voorganger in 75% van de gevallen ouder was dan 50 jaar en in 20% van de gevallen ouder is dan 60 jaar.³ Nu meer dan 400.000 ondernemers ouder zijn dan 55 jaar, zijn er de komende jaren veel bedrijfsoverdrachten te verwachten.⁴ Dit aantal neemt door de vergrijzing van de ondernemerspopulatie de komende jaren alleen maar toe.⁵

Een bedrijfsopvolgingsproces is een complexe aangelegenheid waarbij niet alleen juridische, fiscale en financiële aspecten een rol spelen, maar waarbij ook allerlei emotionele aspecten komen kijken.⁶ Een familiebedrijf is dikwijls het rendement van een levenslange investering van de oprichter. Het overdragen van zo een bedrijf van de ene naar de opvolgende generatie met als gevolg een verandering in leiderschap is dan ook vaak een lastig en emotioneel proces. Meer dan 87% van de directeurs van familiebedrijven geeft aan dat zij bij een bedrijfsoverdracht worstelen met emotionele barrières. Wegens deze barrières wordt een bedrijfsoverdracht nauwelijks gepland of vaak te laat gestart⁷, terwijl een goede en tijdige voorbereiding essentieel is om de slagingskans van een bedrijfsopvolging te maximaliseren.⁸ Onderzoek heeft aangetoond dat van alle faillissementen in Europa, 10% wordt veroorzaakt door het ontbreken van een goede planning.⁹

Bij het schenken, vererven of het verkopen van een onderneming moet de verkrijger of de overdrager in beginsel belasting betalen. Hoeveel en welke belastingen er betaald moet worden, is onder meer afhankelijk van de soort overdracht (schenken, erven of verkopen) en de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Wanneer een onderneming wordt geschonken of indien een onderneming door vererving overgaat, kan de verschuldigde schenk- en erfbelasting leiden tot financiële problemen welke de continuïteit van de onderneming zouden kunnen aantasten. De wetgever heeft het onwenselijk geacht dat een onderneming die door schenking of vererving overgaat, moet worden gestaakt of gedwongen moet worden verkocht. Om deze reden heeft de wetgever al in 1956 een regeling ingevoerd die zag op uitstel van de verschuldigde belasting.¹⁰ De eerste wettelijke vrijstelling, de zogenoemde kwijtscheldingsfaciliteit, werd in 1998 in het leven geroepen.¹¹ In de jaren die volgden, is de

¹ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over familiebedrijven in Europa als bron van nieuwe groei en kwaliteitsvollere banen (*PbEU 2016*, C 13/03), p 1.

² CBS 2017.

³ EIM februari 2004 (Meijaard & Diephuis), p. 4.

⁴ KVK 2017.

⁵ Hoogeveen 2011, par. 5.4.

⁶ Hoogeveen 2011, par. 5.3.

⁷ *Kamerstukken II 2012/13*, 32 637, 76, p. 3.

⁸ Van Praag 2003; Zie ook Ekroth-Manssila 2003 en EIM maart 2005 (De Jong & Van der Velden), p. 7.

⁹ Eindverslag deskundigen-groep EU (BEST-rapportage) 2002.

¹⁰ Art. 65 (oud) SW 1956.

¹¹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, 3, p. 7-9.

bedrijfsopvolgingsregeling vaak gewijzigd en is de faciliteit steeds ruimer geworden. Met ingang van 1 januari 2010 is de faciliteit opnieuw aangepast en is de huidige bedrijfsopvolgingsregeling tot stand gekomen. Het doel van deze wijziging was het creëren van meer eenvoud, meer evenwicht en meer toegankelijkheid. Daarnaast moest de regeling meer toegesneden worden op enkel het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten van ‘echte’ ondernemers.¹²

Over de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is sinds het ontstaan van de regeling veel te doen geweest. Dat is ook niet verwonderlijk, omdat het verschil in belastingdruk tussen het wel of niet kunnen toepassen van deze faciliteiten erg groot is. Sommige belastingplichtigen vinden de regeling zelfs zo aantrekkelijk, dat er allerlei constructies worden bedacht om toch gebruik te kunnen maken van de faciliteiten.¹³ De wetgever heeft echter enkel reële bedrijfsopvolgingen willen faciliteren, wat heeft geleid tot complexe en ingewikkelde wetgeving. De vele rechtspraak van de laatste jaren toont aan dat niet alle voorwaarden om te kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten even duidelijk zijn. Uit onderzoek is gebleken dat maar liefst 30-40% van de werknemers bij de Belastingdienst die zich bezighouden met de schenken en erfbelasting, worden ingezet voor de uitvoering van de bedrijfsopvolgingsregeling.¹⁴

Ook in de fiscale literatuur zijn de meningen over de bedrijfsopvolgingsregeling verdeeld. Critici vinden de bedrijfsopvolgingsregeling ‘te begunstigend’, met name de regelingen van de schenken- en erfbelasting. Zo was de Staatssecretaris van Financiën van mening dat kon worden volstaan met een lager vrijstellingspercentage of met de invoering van een betalingsregeling. Hij kwam tot dit standpunt, omdat uit de gegevens van de Belastingdienst was gebleken dat bij ongeveer 70% van de verkrijgingen krachtens erfrecht, de erfbelasting uit de nalatenschap kon worden voldaan zonder de toepassing van een vrijstelling.¹⁵ Echter, na een storm van kritiek van voornamelijk ondernemers laat het Ministerie van Financiën een week later al weten dat het plan van de staatssecretaris, in ieder geval voorlopig, wordt ingetrokken.¹⁶ Ook Hoogeveen concludeert in haar onderzoek dat de regeling versoerd moet worden en vervangen kan worden door een betalingsregeling.¹⁷ Desgelijks wordt in het SEO-rapport geconcludeerd dat de uitstelregelingen in de Invorderingswet 1990 in de meeste gevallen de financieringsproblemen al wegnemen en een vrijstelling dus overbodig is. In ditzelfde rapport wordt aangehaald dat de bedrijfsopvolgingsregeling discriminerend is, omdat bedrijfsoverdrachten worden bevoordeeld ten opzichte van ander vermogen dat via een schenking of vererving wordt overgedragen.¹⁸ Hoewel het huidige kabinet-Rutte III nog geen plannen lijkt te hebben voor de eerder aangekondigde afschaffing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956¹⁹, houdt de fiscale praktijk er rekening mee dat een versoering van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in aantocht is.²⁰ Onlangs heeft internationaal onderzoek echter aangetoond dat Nederland een middenpositie inneemt in Europa met betrekking tot de verschuldigde erf- en schenkelasting voor bedrijfsoverdrachten.²¹ KPMG waarschuwt dat de kritiek op de bedrijfsopvolgingsregeling is misplaatst en dat Nederland binnen Europa flink uit de pas zou gaan lopen wanneer de bedrijfsopvolgingsregeling versoerd zou worden. In andere Europese landen betalen familiebedrijven immers soms minder of helemaal geen belasting bij een overdracht aan de opvolgende generatie.²²

¹² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, 3, p. 4-5.

¹³ Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5810.

¹⁴ SEO 2014, p. 85.

¹⁵ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 752, N, p. 5.

¹⁶ Broekhuizen en Verbeek, *FD* 1 mei 2014.

¹⁷ Hoogeveen 2011, par. 14.2.2.

¹⁸ SEO 2014, p. 6, 44-45.

¹⁹ Rapport werkgroep Fiscaliteit 2016, p. 125.

²⁰ Rozendal 2018.

²¹ KPMG 2018.

²² Berentsen, *Het Financieel Dagblad* 14 mei 2018.

De betekenis en de belangstelling voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zal door de toenemende vergrijzing in ons land alleen maar groter worden. Het financiële belang van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de schenk- en erfbelasting is voor 2018 geschat op maar liefst 383 miljoen euro.²³ Om deze redenen ben ik nieuwsgierig geworden naar de werking van de faciliteiten in Nederland en de rest van Europa. Nederland is immers niet het enige land in Europa dat faciliteiten ten behoeve van bedrijfsopvolgingen heeft opgenomen in haar wetgeving. Sluiten de Nederlandse faciliteiten aan bij haar doel om liquiditeitsproblemen te voorkomen? En is het in lijn met haar doelstelling om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren? Hoe zien de faciliteiten eruit in andere delen van Europa? En kunnen wij daar misschien iets van leren? Ik heb ervoor gekozen om hierbij de Nederlandse wetgeving te gaan vergelijken met die van Vlaanderen. Het feit dat België is verdeeld in een drietal gewesten met elk hun eigen wetgeving, tarieven, vrijstellingen en faciliteiten, maakt dat er niet gesproken kan worden van de Belgische Successiewet. De reden om enkel het Vlaamse Gewest te bespreken, heeft hoofdzakelijk te maken met de geografische ligging ervan waardoor de kans het grootst is dat de Nederlandse praktijk hiermee in aanraking komt. Het is enerzijds namelijk niet ondenkbaar dat een Nederlandse inwoner te maken krijgt met de Vlaamse schenk- en/of erfbelasting, omdat ze vermogen verkrijgen van hun familielid welke woonachtig is in Vlaanderen. Anderzijds bestaat natuurlijk de kans dat ze zelf, misschien wel om fiscale redenen, naar Vlaanderen emigreren. Daarnaast viel het op dat de wetgever bij de invulling van de Vlaamse bedrijfsopvolgingsregeling er bewust voor heeft gekozen een overdracht bij leven meer te stimuleren dan een overdracht bij overlijden. Hiermee wil de wetgever ondernemers stimuleren om tijdig in hun bedrijfsopvolging te voorzien. Een goed voorbereide bedrijfsopvolging zou immers de continuïteit van de onderneming ten goede moeten komen.²⁴ Dit vond ik een erg interessante zienswijze. In dit onderzoek ga ik dan ook een rechtsvergelijking maken tussen de bedrijfsopvolgingsregeling in Nederland en die van Vlaanderen. Ik kijk hierbij naar de historie en doelstellingen van beide regelingen, ga toelichten hoe de faciliteiten eruitzien en welke knelpunten beide landen ervaren. Uiteindelijk wil ik in mijn conclusie beoordelen of de faciliteiten aansluiten bij de beoogde doelstellingen en of de Vlaamse faciliteit aanknopingspunten biedt om de Nederlandse wetgeving te verbeteren.

²³ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775, 2, p. 42.

²⁴ Parl. St. VI. Parl. 2011/12, stuk 1326/8, p. 15.

§ 1.2 Probleemstelling

Het onderzoek zal ik verrichten aan de hand van de volgende centrale probleemstelling:

In welke mate is de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder in de Successiewet 1956 in lijn met haar doelstellingen om liquiditeitsproblemen te voorkomen en enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Bieden de Vlaamse faciliteiten ter zake van het schenken en vererven van ondernemingen aanknopingspunten om de beoogde doelstellingen van de huidige Nederlandse wetgeving beter te verwezenlijken, en zo ja welke aanpassingen zijn hiervoor dan nodig?

De bovenstaande probleemstelling zal ik beantwoorden aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wat is de wetgeschiedenis en ratio achter de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting?
- Hoe ziet de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling eruit en wat zijn de voorwaarden om te kwalificeren?
- Wat is de wetgeschiedenis en ratio achter de Vlaamse gunstmaatregel?
- Hoe ziet de Vlaamse gunstmaatregel eruit en wat zijn de voorwaarden om te kwalificeren?
- Wat zijn de overeenkomsten en verschillen tussen beide faciliteiten?

Dit literatuuronderzoek richt zich voornamelijk op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de aanmerkelijkbelanghouder welke zijn opgenomen in de Successiewet 1956. Er is bewust voor gekozen de faciliteiten en voorwaarden van de ondernemer niet te bespreken, omdat dit ten koste zou gaan van de diepgang van dit onderzoek.

§ 1.3 Plan van aanpak

In deze thesis worden de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vergeleken met de faciliteiten voor de bedrijfsopvolging die gelden in Vlaanderen. De beantwoording van de bovenstaande deelvragen vindt plaats aan de hand van literatuuronderzoek. Hiervoor wordt onder meer de Nederlandse en Vlaamse wetgeving, de Nederlandse en Vlaamse parlementaire geschiedenis, alsmede de gerelateerde wetenschappelijke literatuur behandeld en geanalyseerd.

In het eerste hoofdstuk is de aanleiding, de probleemstelling en het plan van aanpak omschreven. In hoofdstuk twee wordt verder ingegaan op de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling. Allereerst wordt kort de parlementaire geschiedenis en de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling besproken. Daarna worden de faciliteiten, de voorwaarden en de tarieven ter zake van het vererven of schenken van ondernemingsvermogen toegelicht. In het derde hoofdstuk wordt vervolgens de Vlaamse gunstmaatregel besproken. Hiervoor wordt gekeken naar de parlementaire geschiedenis en de doelstelling van de gunstmaatregel. Daarnaast wordt stilgestaan bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zoals deze gelden in Vlaanderen en de voorwaarden die worden gesteld om te kwalificeren voor deze faciliteiten. In hoofdstuk vier wordt vervolgens een overzicht gegeven van de overeenkomsten en verschillen tussen beide regelingen. In het laatste hoofdstuk wordt ter afsluiting een conclusie gevormd van het geheel en worden aanbevelingen gedaan ten aanzien van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling.

§ 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling centraal. Allereerst wordt in §2.2 in hoofdlijnen de wetgeschiedenis en de ratio achter de bedrijfsopvolgingsregeling besproken. Daarna worden in §2.3 de huidige faciliteiten ten behoeve van het schenken en vererven van ondernemingsvermogen toegelicht. Hieruit blijkt dat de faciliteiten naast vrijstellingen voor de verkrijger en voortzetter ook bestaan uit regelingen ter uitstel van betaling. In §2.4 wordt vervolgens dieper ingegaan op de voorwaarden die worden gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de bedrijfsopvolger. In §2.5 wordt tot slot een korte conclusie gegeven van het geheel.

§ 2.2 Wetsgeschiedenis van de bedrijfsopvolgingsregeling

De faciliteiten die betrekking hebben op bedrijfsopvolging zijn in de loop der jaren behoorlijk uitgebreid en gewijzigd. Al bij de totstandkoming van de Successiewet 1956 was er een regeling opgenomen in de wet welke de problemen rondom een bedrijfsopvolging trachtte te verlichten. Dit betrof destijds een algemene betalingsregeling welke regelde dat in bijzondere gevallen rentedragend uitstel van betaling kon worden verleend.²⁵

In 1979 ontstonden in de Tweede Kamer de eerste geluiden dat de betalingsregeling onvoldoende bescherming bood bij het vererven van ondernemingen. Voornamelijk bij kleine en middelgrote ondernemingen kon de heffing van successierechten tot grote problemen leiden, waardoor zelfs de continuïteit van deze ondernemingen in gevaar kon komen.²⁶ Hoewel de wetgever van mening was dat deze problemen zich in de praktijk nauwelijks voordeden²⁷, werd art. 65 (oud) SW 1956 toch uitgebreid met een specifieke uitstel van betalingsregeling voor de verkrijging van ondernemingsvermogen.²⁸ Deze nieuwe regeling werd in 1981 ingevoerd en bood een rentedragend uitstel voor de verschuldigde erf- en schenkbelasting voor een periode van vijf jaar. Enige voorwaarde voor de toepassing van dit uitstel was dat zonder dit uitstel de voortzetting van de onderneming in gevaar zou komen.²⁹

Niet veel later werd door de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf een rapport uitgebracht waarin werd beschreven dat de heffing van successierechten nog steeds tot grote problemen leidde bij de vererving van MKB-ondernemingen.³⁰ In 1983 werd daarom door de Raad een nieuw wetsvoorstel ingediend waarin werd voorgesteld om de rentedragende betalingsregeling alsnog renteloos te maken.³¹ Met ingang van 1 januari 1985 werd de betalingsregeling van art. 65 (oud) SW 1956 dan ook vervangen door art. 59a (oud) SW 1956 jo. art. 10a (oud) Uitv. besl. SW 1956. Art. 59a (oud) SW 1956 regelde dat ingeval van onvoldoende liquide middelen, vijf jaar renteloos uitstel van betaling werd verleend aan de verkrijger(s). Het voortzetten van de onderneming was voor de toepassing van de faciliteit een vereiste.³² Een volledige vrijstelling werd destijds afgewezen.

²⁵ Art. 65 (oud) SW 1956.

²⁶ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, 9, p. 12.

²⁷ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, 10, p. 22.

²⁸ Art. 65 lid 1 (oud) SW 1956.

²⁹ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, 24.

³⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 17 553, 17.

³¹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226.

³² *Kamerstukken II* 1983/84, 18 226, 3, p. 3-4.

Hoewel in 1993 de invoering van een vrijstelling opnieuw werd afgewezen³³, werd in 1998 (met terugwerkende kracht tot 1 januari 1997) toch de eerste wettelijke vrijstelling opgenomen in de wet.³⁴ Als argument voor het weigeren van de vrijstelling in 1993 voerde de staatssecretaris aan dat een vrijstelling niet past binnen de systematiek van de Successiewet 1956. Op basis van art. 1 (oud) SW 1956 werd namelijk beoogd om de waarde van al hetgeen dat werd verkregen te belasten.³⁵ Toch werden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in 1997 uitgebreid en werd er naast de betalingsregeling een vrijstelling ingevoerd. De invoering van de vrijstelling werd als volgt gemotiveerd:³⁶

‘Wanneer een onderneming door vererving overgaat op de erfgenamen en door één of meer van hen wordt voortgezet, kan het verschuldigde successierecht tot financiële problemen leiden die de continuïteit van de onderneming zouden kunnen aantasten. (...) Vanuit het algemeen sociaal-economisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit.’

Deze voorwaardelijke vrijstelling bepaalde dat de verschuldigde erf- of schenkbelasting over 25% van het verkregen ondernemingsvermogen voorwaardelijk werd kwijtscholden. De voorwaardelijke vrijstelling werd definitief indien de verkregen onderneming door de verkrijger werd voortgezet.³⁷ Bij vererving gold een voortzettingstermijn van vijf jaar en voor de geschonken onderneming gold een termijn van tien jaar. Voor de belasting die na toepassing van de vrijstelling nog was verschuldigd, bleef de renteloze tienjarige betalingsregeling van toepassing.³⁸ De nieuwe faciliteiten zouden volgens de wetgever een bijdrage moeten leveren aan de continuïteit van familiebedrijven.³⁹

Met ingang van 1 januari 2002 is de kwijtscheldingsfaciliteit in de Invorderingswet komen te vervallen en zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten overgeheveld naar de Successiewet. Aanleiding hiervoor was het rapport-Molmaker. In dit rapport kwam de werkgroep Molmaker tot de conclusie dat de bestaande faciliteiten, als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen, op een groot aantal punten wijzigingen vergde. Daarnaast moest de huidige systematiek vereenvoudigd en verbeterd worden.⁴⁰ De nieuwe faciliteit leek op de kwijtscheldingsfaciliteit, maar kende een vrijstellingspercentage van 30%.⁴¹ De budgettaire ruimte was de motivering voor deze verhoging.⁴² Daarnaast werd het voortzettingstermijn verkort van tien naar vijf jaar en werd het uitstel van betaling opnieuw rentedragend. In de jaren daarna zijn de faciliteiten verder verruimd en werd het vrijstellingspercentage nog enkele malen verhoogd, in 2005 naar 50%, in 2006 naar 60% en in 2007 naar 75%. Goed onderbouwde motiveringen voor deze verhogingen zijn niet terug te vinden in de parlementaire geschiedenis. De verhogingen worden iedere keer gerechtvaardigd met ‘signalen uit de praktijk’, overleg met het georganiseerde bedrijfsleven of overleg met belangenorganisaties.⁴³

³³ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 16 juni 1993, nr. AFP93/165, *V-N* 1993, p. 2013, punt. 3.

³⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, 3, p. 8-9.

³⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 16 juni 1993, nr. AFP93/165, *V-N* 1993, p. 2013, punt. 3.

³⁶ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, 3, p. 7.

³⁷ Art. 26 lid 4 (oud) IW 1990 jo. art. 6a (oud) Uitv. reg. IW 1990.

³⁸ Art. 25 lid 9 (oud) IW 1990 jo. art. 6 (oud) Uitv. reg. IW 1990. Men kon geen beroep doen op uitstel van betaling indien er voldoende middelen aanwezig waren om de verschuldigde erf- of schenkbelasting te voldoen.

³⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, 3, p. 7.

⁴⁰ *Rapport Molmaker* 2000.

⁴¹ Art. 35c lid 2 (oud) SW 1956.

⁴² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, 3, p. 4.

⁴³ Van Vijfeijken 2011.

Tot slot zijn per 1 januari 2010 de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten opnieuw gewijzigd en is de huidige bedrijfsopvolgingsregeling tot stand gekomen. Doel van deze wijziging was het creëren van meer eenvoud, evenwicht en toegankelijkheid. Daarnaast moest de regeling meer toegesneden worden op het enkel faciëren van reële bedrijfsoverdrachten; ‘niet minder, maar ook niet meer.’⁴⁴ De wetgever beoogt met de bedrijfsopvolgingsregeling aan te sluiten bij de ‘bedrijfsopvolging in de economische praktijk’.⁴⁵ Om deze doelstellingen te realiseren, is getracht zo min mogelijk verschil in wetgeving te maken tussen bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en in de aanmerkelijkbelangsfeer, tussen bedrijfsoverdrachten tijdens leven en die als gevolg van overlijden en tussen directe en indirect gehouden aandelen in een vennootschap. Verder heeft de wetgever ervoor gekozen om het IB-ondernemingsbegrip ook te hanteren bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap, zodat de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in dat opzicht rechtsvormneutraal werd.⁴⁶

Ook deze keer werd de rechtvaardigingsgrond achter de wetwijziging niet uitvoerig beschreven. De wetgever noemde (wederom) dat zonder bedrijfsopvolgingsfaciliteiten de continuïteit van ondernemingen in gevaar kan komen. Enkel een verruiming van de uitstelregeling werd onvoldoende bevonden.⁴⁷ In de MvT werd de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling als volgt geformuleerd:⁴⁸

‘Kern van de regeling is dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten’.

De ratio werd in de NV verder afgebakend: ‘Verder is het uitdrukkelijk de bedoeling om ook bepaalde gefaseerde bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Uit deze visie blijkt dat het niet de bedoeling is om iedere verkrijging van vermogen (...) te faciliteren. Hoe wenselijk het verschaffen van kapitaal aan ondernemers mogelijk ook is, de faciliteiten zijn daarvoor niet bedoeld; er is nu eenmaal geen sprake van een bedrijfsopvolging.’⁴⁹ Daarnaast geeft de wetgever nadrukkelijk aan dat de bedrijfsopvolgingsregeling niet bedoeld is om familievermogen dat niet kwalificeert als ondernemingsvermogen, onbelast binnen de familie te laten vererven.⁵⁰

Bij de herziening van de bedrijfsopvolgingsregeling in 2010 werd in eerste instantie een vrijstellingspercentage van negentig procent voorgesteld. Dit is later bij amendement gewijzigd in een 100%-vrijstelling voor zover de waarde van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft, niet groter is dan €1.000.000. Indien de waarde van de achterliggende onderneming dit bedrag te boven gaat, wordt het meerdere voor 83% vrijgesteld. Door het restant ‘slechts’ vrij te stellen tegen 83% wordt de verhoging naar 100% gecompenseerd en is het amendement budget neutraal.⁵¹ Met deze wijziging werd beoogd het MKB meer te laten profiteren van de vrijstelling dan de grote ondernemingen.⁵² Relatief gezien profiteren kleine ondernemingen immers meer van de 100%-vrijstelling dan de grotere.⁵³

⁴⁴ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, 9, p. 17.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, 3, p. 5.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, 3, p. 4-5.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, 9, p. 18.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, 3, p. 4-5.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 390, 9, p. 17.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 390, 13, p. 27.

⁵¹ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 390, 79, p. 3.

⁵² *Kamerstukken II 2009/10*, 31 390, D, p. 7.

⁵³ De Beer en Hoozeveld 2016, p. 1.

Kort samengevat bepaalt de huidige faciliteit dat ondernemingsvermogen tot een bedrag van €1.084.851⁵⁴ is vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. Over het resterende ondernemingsvermogen wordt een vrijstelling verleend van 83%.⁵⁵ Het restant is belast met schenk- en erfbelasting. Dit belaste gedeelte kwalificeert wel voor tien jaar rentedragend uitstel van betaling.⁵⁶ De vrijstellingen zijn in beginsel voorwaardelijk en worden definitief op het moment dat de verkrijger heeft voldaan aan de voortzettingsvereisten van art. 35e SW 1956. In de volgende paragraaf worden de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitgebreider toegelicht.

§ 2.3 De huidige bedrijfsopvolgingsregeling

Zoals blijkt uit voorgaande paragraaf heeft de wetgever de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het leven geroepen om te voorkomen dat door de heffing van erf- en schenkbelasting de continuïteit van een onderneming in gevaar komt.⁵⁷ Art. 1 SW 1956 bepaalt immers dat indien krachtens schenking of erfrecht ondernemingsvermogen wordt verkregen, de verkrijger daarover schenk- of erfbelasting verschuldigd is. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn opgenomen in art. 35b tot en met art. 35f SW 1956 juncto art. 25 lid 12 en 13 Invorderingswet 1990 en bepalen dat indien de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of schenking plaatsvindt, op verzoek van de verkrijger voorwaardelijke vrijstellingen worden verleend voor het verkregen ondernemingsvermogen. Voorwaarde hierbij is dat het ondernemingsvermogen wordt verkregen binnen het kader van een reële bedrijfsopvolging. Zo een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel omschreven als: ‘een overdracht van een "onderneming" door een "ondernemer", die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming "als ondernemer voortzet"’.⁵⁸ In art. 35b lid 5 SW 1956 wordt voorts het volgende onder een reële bedrijfsopvolging verstaan:

‘Een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c, van een erfflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in art. 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in art. 35e.’

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bestaan naast vrijstellingen voor degene die de onderneming verkrijgen en voortzetten, ook uit regelingen ter uitstel van betaling. In beginsel kan iedere verkrijger van ondernemingsvermogen een beroep doen op de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling. De wet stelt namelijk geen eisen aan verwantschap tussen de erfflater/schenker en de verkrijger van het ondernemingsvermogen.⁵⁹ Echter, omdat de faciliteiten enkel worden verleend ingeval van een schenking of een vererving, zal er over het algemeen altijd sprake zijn van een nauwe verwantschap tussen de erfflater/schenker en de verkrijger. Het is namelijk niet waarschijnlijk dat een schenking of vererving plaatsvindt aan een ‘echte derde’.⁶⁰ De bedrijfsopvolgingsregeling wordt in deze paragraaf nader uitgewerkt.

⁵⁴ Cijfer 2019.

⁵⁵ Art. 35b e.v. SW 1956.

⁵⁶ Art. 25 lid 12 IW 1990.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 688, 3, p. 2.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 18.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 103.

⁶⁰ Zie ook: Hoogeveen, 2012A, p. 24, Verstijnen 2009, par. 1.2.4 en de Beer 2009, par. 2.4.1.

§ 2.3.1 De vrijstellingen

In de huidige Successiewet zijn drie voorwaardelijke vrijstellingen opgenomen welke bepalen dat het verkregen ondernemingsvermogen, op verzoek van de verkrijger, geheel of gedeeltelijk wordt vrijgesteld. Met ingang van 1 januari 2010 is de omvang van deze vrijstelling deels afhankelijk geworden van de waarde van de objectieve onderneming. Aangezien de waarde van de objectieve onderneming beoordeeld dient te worden vanuit de positie van de erflater of schenker, behoren mede de onroerende zaken die deel uitmaken van het buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen en de onroerende zaken die door de erflater/schenker op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 ter beschikking zijn gesteld aan de vennootschap tot deze objectieve onderneming.⁶¹ De introductie van het begrip objectieve onderneming heeft dus tot gevolg dat ook het ondernemingsvermogen van anderen dan de schenker of erflater van belang is voor de 100%-vrijstelling. Doel hiervan is misbruik van de wet voorkomen en gelijkheid realiseren tussen de vererving of schenking van een enkele IB-onderneming aan de ene kant en een concern van vennootschappen aan de andere kant.

In bedrijfseconomische zin zou de objectieve onderneming bestaan uit al het vermogen dat dienstbaar is aan de onderneming. De wetgever heeft voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling er op twee punten voor gekozen om niet bij deze bedrijfseconomische werkelijkheid aan te sluiten. Allereerst is het begrip ‘objectieve onderneming’ ontleend aan de inkomstenbelasting, waardoor aangesloten wordt bij het ondernemingsbegrip van art. 3.2 Wet IB 2001 en de daarbij horende vermogensetiketteringsregels.⁶² Dit heeft tot gevolg dat keuzevermogen dat tot het privévermogen is geëtiketteerd niet tot de objectieve onderneming behoort. Ten tweede behoren ingeval van buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen alleen ter beschikking gestelde onroerende zaken tot de objectieve onderneming.⁶³ Ander buitenvennootschappelijk vermogen kan wel kwalificeren als ondernemingsvermogen, maar behoort dus niet tot de objectieve onderneming.⁶⁴

Het verkregen ondernemingsvermogen dient vervolgens in aanmerking genomen te worden naar de waarde in het economische verkeer.⁶⁵ Deze waarde economisch verkeer wordt in de jurisprudentie omschreven als ‘de prijs die kan worden behaald na de best voorbereide koop, op het meest geschikte moment aan de meestbiedende koper’.⁶⁶ Doorgaans is deze gelijk aan de waarde going concern. Echter, art. 21 lid 12 SW 1956 bepaalt dat bij de waardering van een onderneming rekening gehouden moet worden met de rentabiliteit van de onderneming.⁶⁷ Wanneer er sprake is van onderrentabiliteit kan het zijn dat de going-concernwaarde lager is dan de liquidatiewaarde. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij slecht renderende ondernemingen die zijn gevestigd op een toplocatie.⁶⁸ In zulke gevallen dient de waarde van het ondernemingsvermogen gesteld te worden op de hogere liquidatiewaarde.⁶⁹ Het is echter onwenselijk om tegen deze hogere liquidatiewaarde te belasten als de verkregen onderneming wordt voortgezet. De hogere liquidatiewaarde wordt immers nog niet gerealiseerd. De wetgever heeft daarom voor deze gevallen een vrijstelling opgenomen, welke bepaalt dat de belasting die wordt toegerekend

⁶¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, 79, p. 2 en laatste volzin art. 35b SW 1956 juncto art. 7 lid 3 Uitv. reg. schenk- en erfbelasting.

⁶² Toelichting Uitv. reg. schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, *Stcrt.* 2009, 20619, p. 10.

⁶³ Op basis van art. 35b lid 1 laatste volzin SW 1956 jo. art. 7 lid 1 Uitv. reg. schenk- en erfbelasting.

⁶⁴ De Beer en Hooegeveen 2016.

⁶⁵ Art. 21 lid 1 SW 1956.

⁶⁶ Zie o.a. HR 6 maart 1963, nr. 14 995, *BNB* 1963/113.

⁶⁷ Martens & Sonneveldt 2013, par. 6.7.

⁶⁸ Martens & Sonneveldt 2013, par. 7.8.4; Roelen 2007, par. 5; Hoogwout 2012, par. 3.5.

⁶⁹ Art. 21 lid 13 SW 1956.

aan het verschil tussen de hogere liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern voor 100% voorwaardelijk wordt vrijgesteld.⁷⁰

Daarnaast geldt een voorwaardelijke 100%-vrijstelling voor zover de totale going-concernwaarde van de objectieve onderneming €1.084.851 niet te boven gaat.⁷¹ Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd. Als de waarde van de objectieve onderneming groter is dan €1.084.851 wordt het resterende verkregen ondernemingsvermogen tegen 83% voorwaardelijk vrijgesteld.⁷² Belangrijk hierbij is dat de 100%-vrijstelling niet per verkrijger, maar per objectieve onderneming wordt verleend. Bij meerdere verkrijgers betekent dit dat de omvang van de 100%-vrijstelling evenredig is aan het verkregen aandeel in de objectieve onderneming. Overigens is voor de toepassing van de 83%-vrijstelling de omvang van de objectieve onderneming niet van belang, maar wordt er enkel gekeken naar de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen.

§ 2.3.2 Uitstel van betalingsregelingen

Naast de voorwaardelijke vrijstellingen heeft de wetgever ook nog faciliteiten ter uitstel van betaling opgenomen in de wet. Deze faciliteiten bepalen dat indien de verkrijger van het ondernemingsvermogen na toepassing van de vrijstellingen nog erfbelasting verschuldigd is, op basis van art. 36b lid 2 SW 1956 een verzoek kan doen tot uitstel van betaling. Dit uitstel wordt verleend voor een periode van tien jaar en is rentedragend.⁷³ Eenzelfde uitstelregeling geldt voor de verkrijger die erf- of schenkbelasting verschuldigd is over de verkrijging van een vordering op een medeverkrijger die wel ondernemingsvermogen heeft verkregen.⁷⁴ Zowel de verschuldigde belasting als de rente moeten worden betaald nadat de periode van tien jaar is verstreken. Tot 1 januari 2012 kende de invorderingsfaciliteit een renteloos karakter. Na deze datum is de faciliteit rentedragend geworden, omdat de wetgever wilde voorkomen dat van de uitstelfaciliteit gebruik werd gemaakt in gevallen waarin het niet noodzakelijk is.⁷⁵ Het uitstel van betaling wordt beëindigd zodra de verkrijger niet meer voldoet aan het voortzettingsvereiste van art. 35e SW, ingeval van faillissement of schuldsanering betreffende de verkrijger of indien de vordering wordt voldaan.⁷⁶

⁷⁰ Art. 35b lid 1 sub b onder 1° SW 1956.

⁷¹ Art. 35b lid 1 sub b onder 2° SW 1956.

⁷² Art. 35b lid 1 sub b onder 3° SW 1956.

⁷³ Art. 25 lid 12 IW 1990.

⁷⁴ Art. 25 lid 13 IW 1990.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, 3, p. 47.

⁷⁶ Art. 25, lid 12 en 13, IW 1990.

§ 2.4 De huidige bedrijfsopvolgingsregeling bij de verkrijging van een aanmerkelijk belang

Uit paragraaf 2.2 is duidelijk geworden dat de wetgever met de wijziging van de bedrijfsopvolgingsregeling uitsluitend verkrijgingen wil faciliteren die plaatsvinden binnen het kader van een reële bedrijfsopvolging. Zo een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel omschreven als ‘een overdracht van een "onderneming" door een "ondernemer", die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming "als ondernemer voortzet". Hierbij maakt het niet uit of de onderneming rechtstreeks of door middel van bijvoorbeeld een BV wordt gedreven.’⁷⁷ Uit deze omschrijving volgt dat er eisen worden gesteld aan zowel de verkrijging, de erflater/schenker en de bedrijfsopvolger. Die eisen worden in deze paragraaf besproken.

§ 2.4.1 Eisen aan de verkrijging

Voordat een beroep gedaan kan worden op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is het van belang dat de verkrijger ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW 1956 verkrijgt. Het te kwalificeren ondernemingsvermogen heeft bij de wijziging van de bedrijfsopvolgingsregeling in 2010 een grote verandering ondergaan. Deze herziening had onder meer ten doel om zoveel mogelijk rechtsvormneutraliteit te bewerkstelligen tussen bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelang sfeer. Daarnaast moest zo min mogelijk onderscheid bestaan tussen een direct en een indirect gehouden aanmerkelijk belang in een vennootschap.⁷⁸ In art. 35c SW 1956 juncto art. 8 Uitvoeringsregeling S&E is bepaald wat voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling onder ondernemingsvermogen verstaan dient te worden. In de wet zijn vier verschillende ‘categorieën’ ondernemingsvermogen opgenomen. In deze sub paragraaf wordt de verkrijging van vermogensbestanddelen besproken.

Naast aandelen en winstbewijzen worden onder de term vermogensbestanddelen ook koopopties, lidmaatschapsrechten in een coöperatie, het recht van vruchtgebruik en blooteigendom begrepen.⁷⁹ Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling is het van belang dat deze vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker tot een (indirect) aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 hebben behoord, want alleen dan kan er volgens de wetgever gesproken worden van een ondernemer.⁸⁰ In beginsel betekent dit dat de aandeelhouder minimaal 5% van de aandelen van het geplaatste kapitaal dient te bezitten.⁸¹ Aansluiting bij het geplaatste kapitaal is eenvoudig, maar heeft als keerzijde dat de situatie zich kan voordoen dat belastingplichtigen niet als aanmerkelijkbelanghouder kwalificeren terwijl zij economisch gezien wel een belang van 5% hebben, of andersom.⁸²

Aangezien de wetgever heeft beoogd zo min mogelijk onderscheid te maken tussen verkrijgingen in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelang sfeer⁸³, moet het lichaam waarin het belang wordt verkregen een onderneming drijven als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid houden als bedoeld in art. 3.3 lid 1 sub a Wet IB.⁸⁴ De vraag of er sprake is van een onderneming dient bepaald te worden aan de hand van de regels die daarvoor gelden in de inkomstenbelasting. Nadat is vastgesteld dat in het lichaam een onderneming wordt gedreven, moet worden bepaald met welk vermogen de BV

⁷⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, 9, p. 18-19.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, 3, p. 5 en *Kamerstukken II 2009/10*, 32 130, 3, p. 5.

⁷⁹ Art. 35c lid 8 SW 1956 juncto art. 4.3-4.5a Wet IB 2001.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, 9, p. 20-21.

⁸¹ Art. 4.6 Wet IB 2001.

⁸² Hoogeveen en Lindenhof 2016, par. 3.2, Ganzeveld 2013 en Zwier 2011, par. 2.1.

⁸³ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, 3, p. 42-43.

⁸⁴ Art. 35c lid 1 sub c Wet SW 1956.

of NV deze onderneming drijft. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn immers enkel van toepassing op het vermogen dat nodig is voor het drijven van de onderneming, waardoor duurzaam overtollig vermogen niet kwalificeert. Om dit te bepalen, dient aangesloten te worden bij de vermogensetiketteringsregels uit de inkomstenbelasting. Voor het keuzevermogen geldt echter een uitzondering. Vennootschappen kennen door de fictie van art. 2 lid 5 Wet Vpb 1969 geen keuzevermogen, waardoor de wetgever heeft bepaald dat al het vermogen dat in de IB-sfeer zou kwalificeren als keuzevermogen wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Beleggingsvermogen⁸⁵ kwalificeert daarentegen niet tot het ondernemingsvermogen, maar wordt op basis van de vermogensetiketteringsregels aangemerkt als privévermogen.⁸⁶ Hoewel het uitgangspunt is dat enkel ondernemingsvermogen kwalificeert, is om iedere kleine discussie tussen de verkrijger en de inspecteur te voorkomen, bepaald dat een deel van het beleggingsvermogen bij fictie wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen.⁸⁷ Eventueel aanwezig beleggingsvermogen kwalificeert daarom enkel als beleggingsvermogen indien het de waarde van 5% van het aanwezige objectieve ondernemingsvermogen overstijgt. In de literatuur is de nodige kritiek te vinden op de 5%-beleggingsmarge. Zo zijn Van Vijfeijken & Gubbels van mening dat met de beleggingsmarge van 5% een onnodige inbreuk wordt gemaakt op de beoogde rechtsvormneutraliteit van de regeling. Bij de vererving van een IB-onderneming kan immers ook discussie ontstaan over de vraag of de liquide middelen moeten worden geëtiketteerd als ondernemings- of het beleggingsvermogen. Aan de IB-ondernemer komt daarentegen geen marge van 5% toe, waardoor er een onderscheid blijft bestaan tussen de IB en de ab-ondernemer.⁸⁸ Daarnaast zal er in de praktijk, ondanks de 5%-beleggingsmarge, nog steeds veel discussie bestaan over de omvang van het ondernemingsvermogen.⁸⁹ Mijns inziens bestaat er gezien bovenstaande argumenten geen reden om beleggingsvermogen te laten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.⁹⁰

In de praktijk komt het regelmatig voor dat niet de aandelen in de werkmaatschappij worden verkregen, maar de aandelen in de holding. Een holding drijft doorgaans geen onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001, wat zou betekenen dat de bedrijfsopvolgingsregeling in de regel niet van toepassing zou zijn. Indirect is de verkrijger echter wel gerechtigd tot de actieve werkmaatschappij. Aangezien de wetgever een indirect en direct gehouden aanmerkelijk belang zoveel mogelijk gelijk heeft willen behandelen⁹¹, is bepaald dat indien de ondernemer een indirect aanmerkelijk belang heeft in een werkmaatschappij die een materiële onderneming drijft, de bezittingen en schulden van deze werkmaatschappij worden toegerekend aan de houdstervennootschap.⁹² Het zou namelijk niet van belang moeten zijn of de aandeelhouder de aandelen rechtstreeks via een actieve vennootschap houdt of via een holding. De beoordeling of er sprake is van ondernemingsvermogen of beleggingsvermogen vindt vervolgens plaats op het niveau van de holding. Vormt het belang in de werkmaatschappij geen indirect aanmerkelijk belang, dan wordt dit deel aangemerkt als beleggingsvermogen.

⁸⁵ Met het begrip 'beleggingsvermogen' wordt het saldo van de beleggingen en de daarvoor aangegane schulden bedoeld. Het gaat dus om vermogen dat blijvend overtollig is (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, 3, p. 43).

⁸⁶ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 705, 23, p. 14.

⁸⁷ *Kamerstukken I 2009/10*, 31 930, D, p. 34.

⁸⁸ Van Vijfeijken & Gubbels 2018, S&E.11.2.0.D.f.

⁸⁹ Stevens 2010.

⁹⁰ Zie ook: Van Vijfeijken & Gubbels, S&E.11.2.0.D.f., Stevens 2010, de Wijkerslooth-Lhoëst 2009 en Hoogeveen 2004, par. 6.7.3.

⁹¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, 3, p. 45.

⁹² Art. 35c lid 5 sub a SW 1956.

De omstandigheid kan zich echter voordoen dat een direct of indirect gehouden aanmerkelijk belang voor de schenking, de vererving of het huwelijk wel voldeed aan de omvang van 5%, maar door overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht verwatert naar een belang kleiner dan 5%. Dit zou betekenen dat de verkrijgers van deze aandelen niet kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Met name bij familiebedrijven zou dit tot grote problemen kunnen leiden.⁹³ Daarom is in art. 35c lid 5 sub b SW 1956 een extra toerekeningsmogelijkheid opgenomen die ziet op de verwatering van directe en indirecte belangen. Op basis van deze regeling kan toerekening van de bezittingen van de werkmaatschappij aan de holding onder voorwaarden ook plaatsvinden indien het indirecte belang in de werkmaatschappij kleiner is dan 5%, maar groter is dan 0,5%. In de literatuur is door enkele auteurs kritiek geuit op deze toerekeningsregeling. Het is volgens hen ondenkbaar dat bij een zodanig klein belang de onderneming in gevaar komt.⁹⁴ Ik sluit mij aan bij Hoogeveen en Lindenhof dat een betalingsregeling in deze situatie beter zou passen.⁹⁵

Daarnaast kwalificeert de verkrijging van een aanmerkelijk belang bestaande uit preferente aandelen enkel indien deze is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Volgens de Staatssecretaris van Financiën kan de verkrijger van preferente aandelen slechts worden gezien als een kapitaalverstrekker, omdat deze in feite niets anders is dan een financier.⁹⁶ In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt verder opgemerkt dat houders van preferente aandelen niet de ondernemers zijn waarvoor de faciliteiten zijn bedoeld.⁹⁷ Op de hoofdregel dat de preferente aandeelhouder niet als ondernemer kan worden beschouwd, maakt de wetgever een uitzondering voor die situaties waarin de verkrijging van preferente aandelen is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Alleen in deze gevallen bestaat er volgens de wetgever voldoende rechtvaardiging om toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te verlenen.⁹⁸ Hiervoor is het allereerst van belang dat de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen. Ten tweede moet de omzetting tot preferente aandelen gepaard zijn gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander. Ten derde moet de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben een kwalificerende onderneming of medegerechtigheid hebben gedreven ten tijde van de omzetting. Tot slot is het van belang dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds aanmerkelijkbelanghouder was van de gewone aandelen welke zijn uitgegeven op het moment van de omzetting in preferente aandelen. Soortgelijke voorwaarden gelden ook voor indirect gehouden preferente aandelen.⁹⁹ Met deze vier voorwaarden tracht de wetgever enkel reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren.¹⁰⁰ Wordt niet aan bovenstaande voorwaarden voldaan, dan kwalificeert de verkrijging van preferente aandelen niet voor de faciliteiten. Stevens vindt het vanuit het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit onterecht dat aan de preferente aandeelhouder nadere voorwaarden worden gesteld. De belasting over de heffing van preferente aandelen kan immers net zo goed een bedreiging vormen voor de continuïteit van ondernemingen.¹⁰¹

Daarnaast zijn er in de literatuur uiteenlopende meningen te vinden over de preferente aandeelhouder en zijn functie als kapitaalverstrekker. Zo is Hoogeveen van mening dat de preferente aandeelhouder niet te vergelijken is met een ondernemer, omdat hij niet volledig meedeelt in alle vermogensmutaties

⁹³ *Kamerstukken II* 2009/10, 31930, 16, p. 12.

⁹⁴ Zie o.a.: van Vijfeijken 2011, Van Vijfeijken en Gubbels 2018, S&E.11.2.0.D.e en de Wijkerslooth-Lhoëst 2010.

⁹⁵ Hoogeveen en Lindenhof 2017.

⁹⁶ O.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 43 en *Kamerstukken I* 2009/10, 32 128, E, p. 7.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, 9, p. 97.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 43.

⁹⁹ Art. 35b lid 5 juncto art. 8 lid 3 Uitv. reg. schenk- en erfbelasting.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 5.

¹⁰¹ Stevens 2010.

van de onderneming.¹⁰² Ook Meijer & Denneboom stellen dat de preferente aandeelhouder wel degelijk een ander risico loopt dan de gewone aandeelhouder.¹⁰³ Door andere wordt juist betoogd dat de preferente aandeelhouder wel vergelijkbaar is met een gewone aandeelhouder.¹⁰⁴ Zo stelt Tigelaar-Klootwijk dat de preferente aandeelhouder niet als concurrente schuldeiser wordt gezien en ook zeggenschapsrechten kan hebben, waardoor hij niet zomaar beschouwd kan worden als kapitaalverstrekker.¹⁰⁵ Verder merken van Vijfeijken en Gubbels op dat het opmerkelijk is dat een 5%-pakket preferente aandelen voor de toepassing van de Wet IB 2001 kwalificeert onder de aanmerkelijkbelangregeling, maar niet deelt in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹⁰⁶

Tot slot kwalificeren vermogensbestanddelen die dienstbaar zijn aan de onderneming, maar niet ingebracht zijn in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven, niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Hierop is voor de ter beschikking gestelde onroerende zaken een uitzondering gemaakt. De wetgever heeft er bewust voor gekozen om de faciliteit te beperken tot enkel ter beschikking gestelde onroerende zaken, omdat er voor andere ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen minder aanleiding zou zijn om deze in privé te houden. Onroerende zaken vertegenwoordigen vaak een hoge waarde en beëindiging van de terbeschikkingstelling kan leiden tot afrekening in de inkomstenbelasting. Daarnaast zou de regeling met een uitbreiding van andere vermogensbestanddelen zowel wetstechnisch als in de uitvoering te ingewikkeld worden.¹⁰⁷ In de literatuur is enige kritiek te vinden op het feit dat enkel ter beschikking gestelde onroerende zaken kwalificeren voor de faciliteiten.¹⁰⁸ Ook andere vermogensbestanddelen kunnen immers een grote waarde vertegenwoordigen. Stevens is van mening dat de uitsluiting zich slechts zou moeten beperken tot vermogensbestanddelen die niet van reële betekenis zijn voor het drijven van een onderneming.¹⁰⁹ Om te kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsregeling is het van belang dat de verkrijging van een ter beschikking gestelde onroerende zaak¹¹⁰ dienstbaar is aan de onderneming van de betrokken vennootschap.¹¹¹ Daarnaast geldt de voorwaarde dat de verkrijger de ter beschikking gestelde onroerende zaak gelijktijdig moet hebben verkregen met enig belang in de vennootschap waaraan de onroerende zaak ter beschikking wordt gesteld. Immers, alleen dan is volgens de wetgever sprake van vermogen dat wordt verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging.¹¹²

¹⁰² Hoogeveen 2012B, p. 32-33.

¹⁰³ Meijer & Denneboom 2014, par. 2.

¹⁰⁴ Zie o.a.: Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 217, De Beer 2010, par. 5.1.2.2 en De Wijkerslooth-Lhoëst 2009, p. 515.

¹⁰⁵ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 217.

¹⁰⁶ Van Vijfeijken & Gubbels 2018, S&E.11.2.0.D.c.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 45.

¹⁰⁸ De Beer en Hoogeveen 2016A en Stevens 2010.

¹⁰⁹ Stevens 2010, par. 4.5.

¹¹⁰ Onder een onroerende zaak wordt op basis van art. 35c lid 7 mede verstaan appartementsrechten, rechten van opstal, erfpacht of vruchtgebruik op onroerende zaken, dan wel de economische eigendom van onroerende zaken of genoemde rechten.

¹¹¹ Art. 35c lid 1 sub d.

¹¹² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, 9, p. 101.

§ 2.4.2 Eisen aan de erflater/schenker

Naast eisen aan het verkregen ondernemingsvermogen zijn ook eisen gesteld aan de overdragende ondernemer. Art. 35d SW 1956 bepaalt dat de schenker en erflater op het moment van overdracht of overgang moeten voldoen aan het bezitsvereiste. Dit bezitsvereiste vereist dat de verkregen aandelen bij de schenker of erflater gedurende een periode van minimaal vijf respectievelijk een jaar tot een aanmerkelijk belang hebben behoord en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende deze bezitsperiode een onderneming dreef of een medegerechtigheid bezat.¹¹³ De reden voor het onderscheid tussen schenkingen en overlijden is te rechtvaardigen met het feit dat een schenking te plannen is.¹¹⁴ Het doel van de bezitseis is tweeledig. Allereerst beoogt de bezitseis enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Daarnaast kent de bezitseis een anti-misbruikarakter, waarmee oneigenlijk gebruik van de faciliteiten wordt beoogd te voorkomen.¹¹⁵ Zonder deze bezitsperiode zou immers belast vermogen van de toekomstige erflater in het zicht van overlijden omgezet kunnen worden in onbelast ondernemingsvermogens, zonder dat er sprake is geweest van een reële bedrijfsuitoefening en dus een reële bedrijfsoverdracht.¹¹⁶ De wetgever heeft er bewust voor gekozen om geen algemene tegenbewijsregeling op te nemen in de wet, wat in de literatuur door enkelen wordt betreurd.¹¹⁷ Nu bestaat immers de kans dat reële bedrijfsoverdrachten worden uitgesloten van de faciliteiten, zonder dat er sprake is van misbruik. Wel staan in art. 9 Uitv. reg. schenk- en erfbelasting een aantal uitzonderingen op dit bezitsvereiste, waardoor in een aantal situaties alsnog aanspraak gemaakt kan worden op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten terwijl er strikt genomen niet wordt voldaan aan het bezitsvereiste.¹¹⁸ Daarnaast leidt de bezitseis tot problemen bij bepaalde fictieve erfrechtelijke verkrijgingen, omdat het ondernemingsvermogen dat bij fictie wordt verkregen al tot het vermogen van de verkrijger behoort. Als gevolg hiervan kan niet worden voldaan aan de bezitseis, terwijl uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de bedrijfsopvolgingsregeling ook heeft willen laten gelden bij ondernemingsvermogen dat bij fictie is verkregen.¹¹⁹ Art. 35d SW 1956 zou naar mijn mening op dit punt dan ook aangepast moeten worden.¹²⁰

Ten behoeve van ter beschikking gestelde onroerende zaken eist art. 35d lid 1 sub d SW 1956 dat de schenker gedurende een periode van vijf jaren tot de schenking resultaat genoot met betrekking tot de onroerende zaak en de onroerende zaak gedurende deze vijf jaar dienstbaar was aan de onderneming van de vennootschap. Voor de erflater geldt een bezitstermijn van een jaar tot het overlijden. Op deze bezitseis bestaat in de literatuur enige kritiek, omdat er op deze manier ongelijkheid wordt gecreëerd tussen enerzijds ter beschikking gestelde onroerende zaken en anderzijds de tot het ondernemingsvermogen behorende onroerende zaken. Daarnaast kan deze bezitseis ontlopen worden door kort voor de schenking of de vererving de onroerende zaak alsnog in de vennootschap te brengen of de vennootschap de onroerende zaak zelf te laten verwerven.¹²¹

¹¹³ Art. 35d lid 1 sub c Wet SW 1956.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 7.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 103.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 19.

¹¹⁷ O.a. Stevens 2010, par. 5, de Beer 2009, par. 6 en de Wijkerslooth-Lhoëst 2010, par. 5.1.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 103.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 9, p. 106 en het besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *V-N* 2013/8.17, par. 3.5.

¹²⁰ Zie ook: Hoogwout 2018, par. 2, Ganzeveld en van Gijlswijk 2017, Dijkstra 2016 en Hoogeveen 2016.

¹²¹ Zie o.a. de Beer 2009 en de Beer 2015.

Om meer aan te sluiten bij het faciëren van reële bedrijfsopvolgingen, is het ten aanzien van de erflater en schenker van belang dat wordt verkregen van een ‘echte’ ondernemer.¹²² De wetgever heeft hiervoor aansluiting gezocht bij het aanmerkelijkbelangbegrip. Tigelaar-Klootwijk en de Beer constateren dat het vanuit de continuïteit van een onderneming bezien eigenlijk niet relevant zou moeten zijn of wordt verkregen van een ondernemer of van een niet-ondernemer, immers ook bij de verkrijging van een belang van minder dan 5% kan de continuïteit door het betalen van de verschuldigde erf- en schenkbelasting in gevaar komen.¹²³ Echter, afgevraagd kan worden of de continuïteit bij de verkrijging van zulke kleine belangen wel wordt bedreigd.¹²⁴ Naar mijn mening is dat namelijk niet het geval.

Van een aanmerkelijk belang is sprake indien de belastingplichtige minimaal 5% van de aandelen in het geplaatste kapitaal in zijn bezit heeft. Aanleiding voor de aansluiting bij het ab-begrip is gestoeld op de gedachte dat een aandeelhouder met een belang van 5% vergelijkbaar is met een ondernemer.¹²⁵ Tot 1997 was er slechts sprake van een aanmerkelijk belang indien de aandeelhouder minimaal 33,33% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de vennootschap in zijn bezit had. Verlaging naar een percentage van 5% is in de wetgeschiedenis gemotiveerd met het argument dat de veelvuldig plaatsvindende geknutselde constructies de noodzaak meebrachten om een nieuw evenwicht te vinden tussen de aandeelhouders als ondernemer en als belegger.¹²⁶ Mijns inziens is een belang van 5% echter onvoldoende om te kunnen spreken van een ‘echte’ ondernemer. Een aandeelhouder met een belang van slechts 5% heeft immers maar een beperkte invloed in de bedrijfsvoering van de vennootschap. De betrokkenheid van zo een aandeelhouder is naar mijn mening niet te vergelijken met de betrokkenheid van de IB-ondernemer bij zijn IB-onderneming. Ik sluit mij aan bij de mening van de Beer dat slechts het houden van 5% van de aandelen geen goede maatstaf is om te kunnen spreken van een ‘echte’ ondernemer. Het enkel hebben van zo een (klein) economisch belang in een vennootschap is niet in lijn met de gedachte van de wetgever ‘dat reële bedrijfsoverdrachten wel gefaciliteerd worden en andere gevallen niet’.¹²⁷ Zoals door de Beer, naar mijn mening terecht, wordt opgemerkt, wordt door aansluiting bij het ab-begrip geen rekening gehouden met de feitelijke zeggenschap en betrokkenheid van de aandeelhouder in de vennootschap.¹²⁸ Voordeel van het ab-begrip als criterium voor het ondernemerschap is dat de toepassing ervan erg praktisch en uitvoerbaar wordt. Hoewel het natuurlijk beter zou zijn om per geval de intentie van de aandeelhouder te toetsen¹²⁹, is het begrijpelijk dat de wetgever daaraan uit uitvoeringstechnische overwegingen niet aan wil beginnen. Het zou daarom naar mijn idee beter zijn om het percentage van 5% te verhogen naar bijvoorbeeld 20%. Ondanks dat het stellen van een grens altijd in zekere mate arbitrair blijft, kan bij een groter belang beter verdedigd worden dat de aandeelhouder daadwerkelijk belang heeft bij de activiteiten van de vennootschap en dat hij de aandelen in mindere mate als belegging beschouwt.¹³⁰ Stubbe pleit er zelfs voor om terug te gaan naar het oude aanmerkelijkbelangbegrip, waarbij de aandeelhouder minimaal een derde van de aandelen in de vennootschap dient te hebben.¹³¹

¹²² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, 9, p. 20.

¹²³ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 212-213 en de Beer 2009.

¹²⁴ Zie ook: de Wijkerslooth-Lhoëst 2010, par. 3.7 en Van Vijfeijken & Gubbels 2018, S&E.11.2.0.D.b.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, 9, p. 20-21.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, 3, p. 4-5.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 6.

¹²⁸ De Beer 2010, par. 5.1.

¹²⁹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 393.

¹³⁰ Heithuis 1999, p. 325. Zie in gelijke zin: Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 393.

¹³¹ J.P.M. Stubbe, Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet, *NTRF-B* 2008/3.

Daarnaast wordt vanaf het begin in de wetteksten verwezen naar de aanmerkelijkbelanghouder in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001.¹³² Dit heeft tot gevolg dat de soort aanmerkelijkbelanghouder in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001 wordt gezien als een ‘echte’ ondernemer, terwijl deze niet eens beschikt over 5% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van een vennootschap. Het meetrek aanmerkelijk belang (ex art. 4.10 Wet IB 2001) wordt vervolgens weer uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, omdat de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder volgens de wetgever niet vergelijkbaar is met een IB-ondernemer.¹³³ Deze uitzondering was in eerste instantie ook opgenomen voor de fictief aanmerkelijkbelanghouder (ex art. 4.11 Wet IB 2001), maar deze fictieve aanmerkelijkbelanghouder is onder druk van belangenorganisaties alsnog als kwalificerende ondernemer aangemerkt hoewel ook deze niet voldoet aan het 5%-criterium.¹³⁴ Daarnaast kwalificeren zelfs koopopties voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Vanuit de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten enkel te laten gelden voor ondernemers is het opmerkelijk dat koopopties kwalificeren. Zeker omdat het onzeker is of deze opties daadwerkelijk worden uitgeoefend.¹³⁵ Naar mijn mening kan geen goede verklaring gegeven worden voor de beperking van meetrekaanmerkelijkbelanghouders in de bedrijfsopvolgingsregeling. Ik begrijp dat de wetgever beperkingen wenst aan te brengen met betrekking tot de groep kwalificerende ondernemers, echter dient hij hierin wel consequent te zijn.

§ 2.4.3 Eisen aan de verkrijger

Ten slotte worden er ook nog eisen gesteld aan de verkrijger van het ondernemingsvermogen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn immers in beginsel voorwaardelijk en worden pas definitief verleend op het moment dat de verkrijger heeft voldaan aan het voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956. Dit voortzettingsvereiste houdt in dat de verkrijger de verkregen onderneming minimaal vijf jaar lang volledig dient voort te zetten. Dit betekent dat de verkrijger zijn verkregen aanmerkelijkbelangaandelen gedurende deze vijfjaarsperiode niet (deels) mag vervreemden.¹³⁶ De wetgever is namelijk van mening dat in zo een situatie de verkrijger de positie van de erflater/schenker niet feitelijk voortzet en daarom niet kan worden beschouwd als bedrijfsopvolger.¹³⁷ Daarnaast wordt ook in strijd met het voortzettingsvereiste gehandeld indien het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben, ophoudt uit de onderneming of medegerechtigheid winst te genieten.¹³⁸ Om te bepalen of er sprake is van ‘ophouden winst te genieten’ dient in beginsel aangesloten te worden bij het stakings- en vervreemdingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Van dit begrip kan afgeweken worden indien de specifieke aard van de bedrijfsopvolgingsregeling daarom vraagt. Zo werkt de stakingsfictie van art. 3.63 Wet IB 2001 bijvoorbeeld niet door naar de bedrijfsopvolgingsregeling. Verder vormen ook een omvorming van de verkregen aandelen in preferente aandelen en een inperking van de winst- of waarde gerechtigheid door bijvoorbeeld verlettering van de aandelen beëindigingsgronden.¹³⁹ Indien op enig moment niet meer aan deze voorwaarden wordt voldaan, worden de faciliteiten naar rato ingetrokken.¹⁴⁰ Bovenstaande voorwaarden zijn door de toerekeningbepaling van art. 35c lid 5 SW 1956 eveneens van toepassing op de verkrijging van een indirect gehouden aanmerkelijk belang.

¹³² Hoogeveen en Lindenhof 2017.

¹³³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 44 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 20-21.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 21 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, 3, p. 40-41.

¹³⁵ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 213.

¹³⁶ Art. 35e lid 1 sub c onder 1° SW 1956.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 46.

¹³⁸ Art. 35e lid 1 sub c onder 3° SW 1956.

¹³⁹ Art. 35e lid 1 sub c onder 2° SW 1956.

¹⁴⁰ Art. 35b lid 6 SW 1956.

Zoals eerder al is toegelicht kan met betrekking tot de verkrijging van preferente aandelen enkel een beroep gedaan worden op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit indien deze aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Daarnaast bepaalt art. 35e lid 5 SW 1956 tevens dat de verkrijger van preferente aandelen ook zijn gewone aandelenbezit, welke is verkregen bij aanvang van de gefaseerde bedrijfsopvolging, niet mag vervreemden tijdens de voortzettingstermijn. Wanneer de verkrijger deze gewone aandelen (gedeeltelijk) vervreemdt, worden de faciliteiten naar evenredigheid ingetrokken. De reden voor deze toevoeging aan de voortzettingseis wordt in de parlementaire geschiedenis als volgt toegelicht: ‘alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd, waaronder de gefaseerde bedrijfsopvolging. In het geval van de verkrijging van preferente aandelen betekent dit dat deze aandelen moeten zijn ontstaan bij de start van de gefaseerde bedrijfsopvolging, waarbij de beoogde opvolger 5% aanmerkelijkbelanghouder werd. Hiermee is de beoogde opvolger vanaf dat moment als ondernemer bij de vennootschap betrokken. Deze betrokkenheid moet gedurende de voortzettingsperiode blijven bestaan. Dit betekent dus ook dat hij zijn gewone aandelenbezit niet mag vervreemden gedurende de voortzettingsperiode. Doet hij dat wel, dan verliest hij zijn status van ondernemer en worden de faciliteit voor de verkregen preferente aandelen worden.’¹⁴¹

Ook aan de ter beschikking gestelde onroerende zaken worden in de wet nadere voorwaarden gesteld. Om de faciliteiten te behouden, is het van belang dat de onroerende zaak gedurende de periode van vijf jaar dienstbaar blijft aan de onderneming van de vennootschap waarin de aandelen direct of indirect zijn verkregen en dat de verkrijger de onroerende zaak ter beschikking blijft stellen aan deze onderneming.¹⁴² Wanneer hier niet langer meer aan wordt voldaan, worden de faciliteiten ingetrokken. Omdat de wetgeving niet eist dat de opvolger aanmerkelijkbelanghouder wordt, is het voldoende als er materieel sprake is van het ter beschikking stellen van een onroerende zaak. Het is niet vereist dat de voortzetter ten aanzien van het pand ook wordt belast op grond van art. 3.92 Wet IB 2001.¹⁴³

Verder zijn er ook aan de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen een aantal specifieke uitzonderingen opgenomen in art. 10 Uitv. reg. schenk- en erfbelasting. In deze uitzonderingsgevallen wordt formeel weliswaar niet voldaan aan het voortzettingsvereiste, maar wordt de onderneming materieel gezien wel voortgezet. In deze gevallen worden de faciliteiten onder voorwaarden toch niet teruggenomen. Als voorbeeld kan de juridische fusie of splitsing worden genoemd. Op grond van art. 35e lid 2 SW 1956 juncto art. 4.16 lid 1 sub d Wet IB 2001 worden deze rechtshandelingen aangemerkt als een fictieve vervreemding. Bepaald is echter dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing blijft, mits deze juridische fusie of splitsing geruisloos plaatsvindt.¹⁴⁴ Daarnaast wordt er ook een uitzondering gemaakt indien de verkrijger van het ondernemingsvermogen binnen de voortzettingstermijn overlijdt. De faciliteiten blijven dan van rechtswege in stand, ondanks het feit dat anderen dan de oorspronkelijk verkrijger gerechtigd worden tot de onderneming.¹⁴⁵

Tot slot is het voortzettingstermijn van de uitstel van betalingsregelingen gekoppeld aan het verleende uitstel van betaling van tien jaar. Dit houdt in dat om de faciliteit te behouden het van belang is dat er minimaal tien jaar voortgezet dient te worden, waarbij de termijn van tien jaar begint te lopen op de dag na het einde van het kalenderjaar waarin de verkrijging heeft plaatsgevonden.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, 13, p. 29.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 44.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 103.

¹⁴⁴ Art. 10 lid 1 sub d Uitv. reg. schenk- en erfbelasting.

¹⁴⁵ Art. 10 lid 6 Uitv. reg. schenk- & Erfbelasting.

¹⁴⁶ Art. 6a en art. 6b lid 2 Uitv.reg. IW 1990.

§ 2.5 Conclusie

Uit het overzicht van parlementaire geschiedenis blijkt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de loop der jaren behoorlijk zijn veranderd en zijn uitgebreid. Al in 1956 was er een algemene betalingsregeling opgenomen in de Successiewet welke de problemen rondom een bedrijfsopvolging trachtte te verlichten. Hoewel de wetgever een specifieke bedrijfsopvolgingsfaciliteit in eerste instantie afwees, ging hij in 1981 toch overstag en werd de eerste bedrijfsopvolgingsregeling ingevoerd. In de jaren daarna hebben vele uitbreidingen plaatsgevonden. De ratio achter de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is door de jaren heen min of meer hetzelfde gebleven. De bedrijfsopvolgingsregeling werd door wetgever telkens gerechtvaardigd op grond van het argument dat de heffing van schenk- en erfbelasting niet een reële bedrijfsopvolging in de weg mag staan. De huidige bedrijfsopvolgingsregeling, welke vanaf 2010 geldt, heeft verder tot doel de oude regeling eenvoudiger, evenwichtiger en toegankelijker te maken. Daarnaast kwam de nadruk meer te liggen op het enkel faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten.

Kort samengevat bepaalt de huidige faciliteit dat de totale going-concernwaarde van de objectieve onderneming tot een bedrag van €1.084.851 in zijn geheel is vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. Indien de liquidatiewaarde van de onderneming hoger is dan de waarde going concern, dan is ook dit verschil volledig vrijgesteld. Over het resterende ondernemingsvermogen wordt een vrijstelling verleend van 83%. Het restant is belast met schenk- en erfbelasting. Dit belaste gedeelte van het ondernemingsvermogen kwalificeert wel voor tien jaar rentedragend uitstel van betaling. Zowel de vrijstellingen als de regelingen ter uitstel van betaling zijn in beginsel voorwaardelijk en worden pas definitief op het moment dat de verkrijger heeft voldaan aan het voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956. Dit voortzettingsvereiste houdt in dat de verkrijger de verkregen onderneming minimaal vijf jaar in zijn geheel dient voortzetten.

§3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de Vlaamse gunstmaatregel besproken. Sinds de invoering van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten vormen de successierechten in Vlaanderen een regionale belasting.¹⁴⁷ Dit betekent dat alle drie de gewesten¹⁴⁸ de bevoegdheid hebben hun eigen fiscale regime te bepalen. In deze thesis wordt echter enkel stil gestaan bij de Vlaamse bedrijfsopvolgingsregeling. In §3.2 wordt allereerst de wetgeschiedenis van het Vlaamse gunstregime besproken, waarbij voornamelijk gekeken wordt naar de ontwikkeling en de ratio. Vervolgens wordt in §3.3 de Vlaamse gunstmaatregel toegelicht. De eisen die worden gesteld aan de verkrijging, de schenker/erflater en de opvolger worden besproken in §3.4. In §3.5 wordt tot slot een korte conclusie gegeven van het geheel.

§3.2 Wetgeschiedenis van de gunstmaatregel

Tot eenentwintig jaar geleden kende Vlaanderen nog geen specifieke regeling voor de schenking en vererving van ondernemingen. De overdracht van Vlaamse ondernemingen en aandelen werden in die tijd, net als alle andere activa, belast tegen een tarief van 30% of 80%.¹⁴⁹ In 1994 kwam vanuit de Europese Commissie het verzoek om overdrachten van familiale ondernemingen en vennootschappen niet langer meer fiscaal te belemmeren.¹⁵⁰ Dit verzoek heeft in 1997 geleid tot de invoering van de gunstmaatregel.¹⁵¹ Vanaf dat moment regelde art. 60bis Vl. W. Succ. (oud) dat de verkrijging van een familiale onderneming of van aandelen in een familiale vennootschap krachtens erfrecht werden belast tegen een vlak verlaagd tarief van 3%. Met deze gunstmaatregel wilde de decreetgever drie doelstellingen realiseren. De eerste en tevens ook belangrijkste doelstelling was het bevorderen van de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen om daarmee een duurzame werkgelegenheid te realiseren. Progressieve tarieven zouden investeringen namelijk afremmen. Ten tweede moest de verlaging van het successierecht ervoor zorgen dat de drempel tot het doen van aangifte werd verlaagd, waardoor minder aandelen in anonimiteit gehouden zouden worden en zo dus minder aangiften werden verzuimd. Ten slotte moest het verlaagde tarief ingewikkelde fiscale constructies met het oog op het vermijden van erfbelasting overbodig maken.¹⁵²

Om in aanmerking te komen voor dit verlaagde tarief diende een drietal voorwaarden vervuld te worden. De eerste voorwaarde betrof de 50% participatievoorwaarde, welke bepaalde dat de erflater een aandelenbezit van minimaal 50% in de familiale vennootschap diende te hebben, want alleen dan was volgens de decreetgever sprake van voldoende betrokkenheid en een risicovolle investering.¹⁵³ Daarnaast diende de verkregen onderneming vanwege continuïteitsdoelstellingen minimaal vijf jaar voortgezet te worden. Tot slot diende in de drie jaar voorafgaand aan de overdracht en in de vijf jaar na

¹⁴⁷ Art. 3 van de Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten.

¹⁴⁸ Het Vlaamse Gewest, het Waals Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

¹⁴⁹ Een tarief van 30% gold bij de schenkingen en verervingen in de rechte lijn. Er diende 80% belasting betaald te worden indien er sprake was van 'vreemden'.

¹⁵⁰ Aanbeveling Europese Commissie van 7 december 1994, Nr. L 385/14.

¹⁵¹ Art. 21 van het Vlaamse Decreet van 20 december 1996 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting van 1997, B.S. 31 december 1996.

¹⁵² *Gedr.St.* Vl.Parl. 1996-97, nr. 428/1, p. 7 – 8.

¹⁵³ *Gedr.St.* Vl.Parl. 1996-97, nr. 428/1, p. 8.

het overlijden minstens vijf Vlaamse werknemers in de onderneming of in de vennootschap te hebben gewerkt.¹⁵⁴ Twee jaar later werd het 3%-tarief overigens vervangen door een volledige vrijstelling.¹⁵⁵

Met ingang van 1 januari 1999 werd het ook mogelijk om de onderneming of de aandelen tijdens leven voordelig over te dragen. Familiebedrijven konden vanaf dat moment geschonken worden tegen een verlaagd tarief van 3%.¹⁵⁶ Aanleiding was wederom de Europese Commissie die de lidstaten verzocht om de overdracht van ondernemingen te vereenvoudigen.¹⁵⁷ Door de strenge voorwaarden en de strikte toepassing van de wet werd de regeling inzake bedrijfsscheningen nauwelijks toegepast.¹⁵⁸ De regeling werd in 2003 dan ook verspoeld en aantrekkelijker gemaakt.¹⁵⁹ Zo werd onder andere het tarief verder verlaagd naar 2%.¹⁶⁰ Dit mocht echter niet baten. Uit een grondige evaluatie van het Steunpunt beleidsrelevant Onderzoek Fiscaliteit & Begroting bleek dat de gunstmaatregel slecht enkele keren per jaar werd toegepast. Zo werd in 2009 de gunstmaatregel bij overlijden bijvoorbeeld maar 76 keer verleend.¹⁶¹ Volgens de onderzoekers waren de complexiteit van de regeling, de onzekerheid over de toepassing van de regeling en onvoldoende bekendheid bij de burger hiervoor de redenen.¹⁶² Als gevolg is de gunstmaatregel in 2012 een grondige wijziging ondergaan. De nieuwe gunstmaatregel moest eenvoudiger worden en meer rechtszekerheid voor de burger bieden. Dit werd onder andere gerealiseerd door de voorwaarden van het schenken en vererven van ondernemingsvermogen gelijk aan elkaar te stellen.

In het decreet van 23 december 2011 werd de wijziging van het gunstregime door de Vlaamse decreetgever nader toegelicht. De hoofddoelstelling was nog steeds het bevorderen van de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen om zo een duurzame tewerkstelling te realiseren:¹⁶³

‘Het Vlaamse Gewest draagt de continuïteit van Vlaamse ondernemingen hoog in het vaandel. (...) Ook nu nog is het een belangrijke doelstelling van het Vlaamse Gewest om de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen te bevorderen en zo een duurzame tewerkstelling te garanderen.’

Echter, naast de veronderstelling dat te hoge schenkings- en successierechten de continuïteit van de ondernemingen in gevaar zouden brengen, was uit studies gebleken dat ook het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen in gevaar brachten:¹⁶⁴

‘Voordien werd de nadruk gelegd op een verlaging en nadien vrijstelling van successierechten, vermits er van de premisse werd uitgegaan dat vooral hoge rechten de continuïteit van de onderneming in gevaar konden brengen. Uit studies blijkt evenwel dat het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten, doordat de bedrijfsleider deze niet aan een opvolger heeft (kunnen) overbrengen, de continuïteit van de onderneming tevens in gevaar kunnen brengen.’

¹⁵⁴ Art. 60bis VI. W. Succ. (oud). Dit betrof de tewerkstellingsregeling.

¹⁵⁵ Decreet van 22 december 1999 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2000, *B.S.* 30 december 1999.

¹⁵⁶ Art. 68 van de Wet van 22 december 1998 houdende fiscale en andere bepalingen, *BS* 15 januari 1999.

¹⁵⁷ *Gedr.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1690/1, p. 22.

¹⁵⁸ Vraag van De Clipelle 16 mei 2002, nr. 2107 en antwoord van het Senaat 5 november 2002, p. 3490.

¹⁵⁹ *Gedr.St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1690/1, p. 22.

¹⁶⁰ Decreet van 27 juni 2003 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2003, *BS* 12 september 2003 en Decreet van 19 december 2003 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2004, *BS* 31 december 2003.

¹⁶¹ Rapport SOFB, p. 16.

¹⁶² Rapport SOFB, p. 7.

¹⁶³ *Gedr.St.* VI. Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 24.

¹⁶⁴ *Gedr.St.* VI. Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 24.

Onderzoek wees uit dat de continuïteit van de onderneming in gevaar zou kunnen komen indien de bedrijfsleider wegvalt en deze niet heeft voorzien in opvolging. Onder de oude regeling werd door veel ondernemers de bedrijfsopvolging uitgesteld, omdat het vererven van een familiebedrijf zonder de heffing van successierechten kon gebeuren terwijl de schenking van aandelen was belast met een registratierecht van 3%.¹⁶⁵ De decreetgever heeft onder de nieuwe gunstmaatregel een overdracht bij leven dan ook willen stimuleren boven een overdacht bij overlijden. Dit heeft ertoe geleid dat vanaf 1 januari 2012 een verlaagd tarief van toepassing is voor verkrijgingen krachtens erfrecht en een volledige vrijstelling van belasting geldt bij schenkingen van familiale ondernemingen en aandelen van familiale vennootschappen. Met deze vrijstelling in schenkingsrechten wil de decreetgever bedrijfsleiders verleiden om actief over hun opvolging na te denken en hiervoor tijdig de nodige stappen te zetten, zoals onder meer het overdragen van zoveel mogelijk kennis.¹⁶⁶ Echter, afgevraagd kan worden hoe effectief dit geringe tariefsvoordeel tussen een overdracht bij leven en een overdracht bij overlijden is, zo is ook Hoozevee van mening.¹⁶⁷

In het geval dat iemand komt te overlijden en de onderneming door vererving overgaat, wordt in een opvangnet voorzien door de verlaagde tarieven van de successierechten te laten gelden. Tussen echtgenoten, samenwonenden en familieleden in de rechte lijn geldt een tarief van 3%. In alle andere gevallen springt het tarief naar 7%. Dit sluit aan bij de hoofddoelstelling van de gunstmaatregel, namelijk het stimuleren van de continuïteit van ondernemingen:¹⁶⁸

‘Als er voor een overdracht van een familiale onderneming wordt gewacht tot de pater familias komt te overlijden, dan kan dat de continuïteit van de familiale onderneming nog altijd in het gedrang brengen. Daarom wordt er overgestapt naar een maatregel die stelt dat alles vervroegd wordt en dat er wordt vrijgesteld bij een schenking van de familiale onderneming, (...). Ingeval iemand komt te overlijden voor de schenking, wordt er in een opvangnet voorzien door middel van een verlaging van de successierechten van 3 percent in rechte lijn en 7 percent in andere gevallen.’

Tot slot heeft de Vlaamse decreetgever met de Vlaamse Codex Fiscaliteit¹⁶⁹ van 13 december 2013 een poging ondernomen om bijna alle Vlaamse belastingen te verzamelen in een codex. Doel hiervan was het stroomlijnen van de terminologie en de procedurele aspecten.¹⁷⁰ Vanaf 1 januari 2015 heeft de Vlaamse belastingadministratie (VLABEL) ook de dienst van de belastingen voor de successierechten en de registratierechten overgenomen van de federale overheid.¹⁷¹ Dit had tot gevolg dat Vlaanderen bevoegd is geworden voor het vaststellen, het innen en het controleren van de erf- en schenkbelasting. De registratie- en successierechten zijn hierdoor niet langer terug te vinden in het VI. W. Succ en VI. W. Reg, maar werden overdragen naar de VCF. Dit waren voornamelijk formele wijzigingen, materieel is toen nauwelijks iets gewijzigd aan de regeling. In de komende paragrafen worden de regels met betrekking tot de overdracht van familiebedrijven uitgebreid besproken.

¹⁶⁵ De Groot 2012, p. 111.

¹⁶⁶ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 24.

¹⁶⁷ Hoozevee 2012A, p. 21.

¹⁶⁸ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/8, p. 8.

¹⁶⁹ Hierna: VCF.

¹⁷⁰ Peeters en Smet 2015, p. 1.

¹⁷¹ GwH 30 oktober 2013, nr. 141/2013, *BS* 2 januari 2014.

§3.3 De huidige gunstmaatregel

Op 1 januari 2012 is in het Vlaamse Gewest een nieuwe regeling in werking getreden met betrekking tot het vererven en schenken van familiale ondernemingen en vennootschappen. Zoals blijkt uit de voorgaande paragraaf heeft de decreetgever deze gunstmaatregel in het leven geroepen om te voorkomen dat door de heffing van te hoge schenkings- en successierechten en onvoldoende voorbereide opvolgers de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen in gevaar komt.¹⁷² Art. 2.7.1.0.1. en art. 2.8.1.0.1. VCF bepalen immers dat indien er krachtens erfrecht of schenking een onderneming wordt verkregen, de verkrijger daarover erf- of schenkbelasting verschuldigd is.¹⁷³ Deze erfbelasting kan oplopen tot een tarief van 27% bij een verkrijging in de rechte lijn en tussen partners, en tot maar liefst 65% bij alle andere personen.¹⁷⁴ Het tarief van de schenkbelasting voor schenkingen van roerende zaken bedraagt 3% bij schenkingen in de rechte lijn en tussen partners, en 7% voor schenkingen aan alle andere personen.¹⁷⁵

De nieuwe regeling wijkt op een aantal punten af van de regeling zoals die gold tot 1 januari 2012. Een cruciaal verschil is dat een overdracht bij overlijden niet langer gunstiger wordt behandeld dan een overdracht bij schenking, maar dat het tegenovergestelde het geval is. Hiermee wil de decreetgever ondernemers stimuleren om hun ondernemingsvermogen al tijdens leven over te dragen aan hun opvolgers. De gunstmaatregel met betrekking tot de schenking van familiale ondernemingen en vennootschappen is opgenomen in art. 2.8.6.0.3 tot en met 2.8.6.0.7 VCF en bepaalt dat indien aan bepaalde voorwaarden¹⁷⁶ is voldaan, de familiale onderneming of vennootschap geschonken kan worden zonder de heffing van schenkbelasting. Om gebruik te kunnen maken van de vrijstelling dient de schenking te worden verricht bij authentieke notariële akte.¹⁷⁷ Een schenking via handgift of bankgift kwalificeren niet voor de gunstmaatregel, ook al worden deze later alsnog via een notariële akte geregistreerd. In de akte moeten de partijen uitdrukkelijk verzoeken om toepassing van de vrijstelling en dienen ze aan te geven voor welke van de geschonken goederen toepassing van de vrijstelling wordt gevraagd.¹⁷⁸

De gunstmaatregel met betrekking tot de vererving van een familiale onderneming of vennootschap is opgenomen in art. 2.7.4.2.2 tot en met 2.7.2.4.2 VCF. Indien aan alle voorwaarden is voldaan, geldt bij een verkrijging in de rechte lijn en bij een verkrijging tussen partners¹⁷⁹ een verlaagd tarief van 3%. In alle andere gevallen geldt een tarief van 7%. Dit tarief wordt geheven over de netto verkrijging¹⁸⁰, welke bij de verkrijging van een familiale vennootschap bestaat uit de waarde van de aandelen van de vennootschap verminderd met de schulden.¹⁸¹

¹⁷² *Gedr.St.* Vl. Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 24.

¹⁷³ Art. 2.7.2.0.1 en 2.8.2.0.1 VCF bepalen dat de belastingplichtige degene is die erfgenaam, legataris of begiftigde is.

¹⁷⁴ Art. 2.7.4.1.1, §1 VCF.

¹⁷⁵ Art. 2.8.4.1.1, §2 VCF.

¹⁷⁶ Deze voorwaarden worden in §3.4 nader besproken.

¹⁷⁷ Art. 2.8.6.0.4 VCF.

¹⁷⁸ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 40.

¹⁷⁹ Dit kan de echtgenoot en wettelijk of feitelijk samenwonende partner zijn. Bij de feitelijk samenwonende partner is het vereist dat hij op de dag van het openvallen van de nalatenschap minstens 3 jaar ononderbroken met de erflater/schenker heeft samengewoond en een gemeenschappelijke huishouding heeft gevoerd. Zie: Vlaamse Omzendbrief 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 4 en 5.

¹⁸⁰ Art. 2.7.4.2.2 VCF.

¹⁸¹ Decuypere & Ruysseveldt 2017, p. 1154.

§3.4 Het gunstregime bij de verkrijging van een familiale vennootschap

In tegenstelling tot eerdere wetgeving zijn de voorwaarden bij een verkrijging krachtens schenking en erfrecht van het huidige gunstregime gelijk aan elkaar. In deze paragraaf worden de voorwaarden besproken die worden gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de verkrijger van de familiale vennootschap.

§ 3.4.1 Eisen aan de verkrijging

Naast familiale ondernemingen kwalificeren ook familiale vennootschappen voor de Vlaamse gunstmaatregel. Aangezien in dit onderzoek de ab-houder centraal staat, worden de voorwaarden van de familiale onderneming verder niet toegelicht. In de Vlaamse wetgeving is neergelegd dat van een familiale vennootschap sprake is indien de familiale vennootschap de uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwactiviteit of een vrij beroep tot doel heeft en deze ook daadwerkelijk uitoefent.¹⁸² Een dergelijk doel moet in eerste instantie blijken uit de statuten van de vennootschap. Het louter opnemen van een activiteit als omschreven in art. 2.7.4.2.2, §2, 2° en art. 2.8.6.0.3, §2, 2° VCF in de statuten is niet voldoende. De vennootschap dient de activiteit ook daadwerkelijk uit te oefenen.¹⁸³ De decreetgever heeft bewust voor deze benadering gekozen, om op deze manier enkel vennootschappen die een maatschappelijke meerwaarde creëren te laten kwalificeren voor de vrijstelling en het verlaagde tarief. Private personen die hun privévermogen onderbrengen in vennootschappen zonder hiermee enige economische meerwaarde te creëren, worden dus, mijns inziens terecht, van de gunstmaatregel uitgesloten.¹⁸⁴ Ook vennootschappen die louter managementactiviteiten uitvoeren, kunnen niet als actieve familiale vennootschap worden beschouwd.¹⁸⁵

Ten aanzien van de familiale vennootschap is het verder van belang dat de vennootschap een reële economische activiteit uitoefent. Familiale vennootschappen zonder reële economische activiteit worden immers in beginsel¹⁸⁶ uitgesloten van de vrijstelling of het verminderd tarief, ook al voldoen ze wel aan de overige voorwaarden.¹⁸⁷ Wat de decreetgever precies onder een ‘reële economische activiteit’ verstaat, wordt niet verder uitgewerkt. Wel blijkt uit art. 2.7.4.2.2, §2, 2° en art. 2.8.6.0.3, §2, 2° dat er in ieder geval een vermoeden bestaat dat er geen sprake is van een reële economische activiteit indien:

- ‘uit de balansposten van de goedgekeurde (geconsolideerde) jaarrekening van minstens een van de drie boekjaren die voorafgaan aan de datum van de authentieke akte van schenking, cumulatief blijkt dat :
- a) de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen een percentage uitmaken dat gelijk is aan of lager is dan 1,50 % van de totale activa;
 - b) de terreinen en gebouwen meer dan 50 % uitmaken van het totale actief. De begiftigde kan het tegenbewijs daarvan leveren.’

Om de waarde van de balansposten te bepalen, wordt gekeken naar de gepubliceerde (geconsolideerde) jaarrekeningen van de drie boekjaren voorafgaand aan het moment van overlijden of schenken. Indien blijkt dat gedurende een van deze drie boekjaren cumulatief aan beide criteria wordt voldaan, wordt de

¹⁸² Art. 2.7.4.2.2, §2, 2° en art. 2.8.6.0.3, §2, 2° VCF.

¹⁸³ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 13.

¹⁸⁴ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

¹⁸⁵ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

¹⁸⁶ Er gelden uitzonderingen met betrekking tot holdingstructuren.

¹⁸⁷ Art. 2.7.4.2.2, §2, 2°, derde en vierde volzin en art. 2.8.6.0.3, §2, 2°, derde en vierde volzin VCF.

vennootschap geacht geen reële economische activiteit te bezitten en wordt deze derhalve uitgesloten van de gunstmaatregel. De belastingplichtige krijgt hierbij wel nog de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.¹⁸⁸ De Vlaamse decreetgever wil hiermee voorkomen dat vennootschappen waarin enkel privévermogen is ingebracht, ook kwalificeren voor toepassing van de gunstmaatregel.¹⁸⁹ Deze hebben immers geen economische finaliteit.¹⁹⁰ Hierdoor bestaat echter de kans dat de vennootschap het ene jaar wel kwalificeert als familiale vennootschap en het andere jaar niet meer. Daarnaast heeft dit vaak tot gevolg dat nieuw opgerichte vennootschappen worden beschouwd als vennootschappen zonder reële economische activiteiten.

Ook holdingvennootschappen kunnen onder voorwaarden genieten van de gunstmaatregel.¹⁹¹ De Vlaamse decreetgever maakt onderscheid tussen actieve en passieve holdingvennootschappen, waarbij een actieve holdingvennootschap een vennootschap is die naast het houden van participaties in haar dochtervennootschappen, zelf een van de kwalificerende activiteiten uit art. 2.7.4.2.2, §2, 2° of art. 2.8.6.0.3, §2, 2° VCF uitoefent. Hierbij dient opgemerkt te worden dat het slechts uitvoeren van het management over de groep niet wordt gezien als (voldoende) economische activiteit. Zou de holding deze managementactiviteiten combineren met bijvoorbeeld personeelsbeheer, dan zou er wel sprake kunnen zijn van een (voldoende) economische activiteit.¹⁹² Wanneer de holding een reële economische activiteit uitoefent, wordt de holding opzichzelfstaand beschouwd als een familiale vennootschap, waardoor de volledige waarde van de aandelen in de holding kwalificeert voor de gunstmaatregel.¹⁹³ De decreetgever heeft immers bepaald dat bij een actieve holdingvennootschap geen verdere balans- en activiteitentoets plaatsvindt, waardoor de activiteiten van de onderliggende vennootschappen niet van belang zijn. Dit heeft tot gevolg dat, ook al ontplooit de holding zelf minimale economische activiteiten, de faciliteiten ook van toepassing zijn op alle vennootschappen die onder de actieve holdingvennootschap hangen, inclusief hun beleggingsvermogen.¹⁹⁴ Omdat er enkel gekeken wordt naar de activiteiten op het niveau van de houdstervennootschap is de gunstmaatregel erg misbruikgevoelig. Dit is merkwaardig gezien de ratio achter de gunstmaatregel. Hierin geeft de Vlaamse decreetgever juist aan dat hij met de gunstmaatregel ingewikkelde fiscale constructies met het oog op het vermijden van belasting tegen wil gaan.¹⁹⁵

Passieve holdings, welke louter aandelen van vennootschappen aanhouden en die zelf geen kwalificerende activiteit uitoefenen, kunnen eveneens kwalificeren voor de vrijstelling of het verlaagde tarief. Voorwaarde is wel dat de holdingvennootschap op het moment van schenken of overlijden ten minste een rechtstreekse participatie van minimaal 30% heeft in een dochtervennootschap die wel een nijverheids-, handels-, ambachts-, landbouwactiviteit heeft of een vrij beroep uitoefent. Deze participatie dient minimaal drie jaar door de holding aangehouden te worden, waarbij het niet vereist is dat dit de oorspronkelijk dochtervennootschap moet zijn.¹⁹⁶ Doordat wettekst vereist dat er sprake moet zijn van een rechtstreekse participatie in een actieve vennootschap, kan de gunstmaatregel bij een tussenholding niet toegepast worden. Hoewel in de literatuur wordt betreurd dat vennootschappen met een dubbele holdingstructuur van de gunstmaatregel worden uitgesloten¹⁹⁷, laat de decreetgever duidelijk weten dat dergelijke constructies niet moeten worden gefaciliteerd: ‘in het geval van holdingvennootschappen

¹⁸⁸ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 18 – 19.

¹⁸⁹ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/8, p. 9.

¹⁹⁰ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

¹⁹¹ Art. 2.7.4.2.2, §2, 2°, lid 2 VCF.

¹⁹² Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 12-13.

¹⁹³ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 21.

¹⁹⁴ Van de Ven en Schulpens 2012, p. 4.

¹⁹⁵ *Gedr.St.* VI.Parl. 1996-97, nr. 428/1, p. 7 – 8.

¹⁹⁶ Art. 2.7.4.2.3, §2, 1° en art. 2.8.6.0.6, §2, 1° VCF.

¹⁹⁷ Herten en Coppens 2012, p. 35.

wordt enkel rekening gehouden met de directe dochter, en niet met onderliggende klein- of achter...kleindochters'.¹⁹⁸ Dit uitgangspunt wordt in de Omzendbrief nogmaals benadrukt.¹⁹⁹

Verder is het voor de passieve holding van belang dat de participatievoorwaarde²⁰⁰ op het niveau van de holding wordt vervuld en is het cruciaal dat de groep een reële economisch activiteit²⁰¹ uitoefent. De vraag of er sprake is van een reële economische activiteit wordt getoetst op het niveau van de geconsolideerde jaarrekening van de holding, waarin wel weer alle dochter- en kleindochtermaatschappijen worden meegenomen. De vrijstelling of het verlaagd tarief wordt vervolgens beperkt tot de waarde van de aandelen van de holding in de onderliggende actieve (klein)dochtervennootschappen²⁰², waarbij de waarde van de aandelen van actieve familiale dochters wordt meegenomen. Deze benadering wijkt dus af van die bij de actieve holdingvennootschap, waarbij de toepassing van het tarief zich ook uitstrekt tot dochtervennootschappen die geen reële economische activiteit uitoefenen.

§ 3.4.2 Eisen aan de erflater/schenker

De gunstmaatregel is enkel van toepassing op de 'Vlaamse schenker en erflater'. Dit betekent dat de fiscale woonplaats van de erflater of schenker zich moet bevinden in het Vlaamse Gewest.²⁰³ De heffingsbevoegdheid wordt op basis van het lokalisatiecriterium namelijk toegewezen aan het gewest waar de schenker of erflater op het moment van overlijden of schenken zijn fiscale woonplaats heeft. Wanneer er echter een wijziging van woonplaats heeft plaatsgevonden in de vijf jaar voorafgaand aan het overlijden of de schenking, dan geldt de regeling van het gewest waar de erflater/schenker in die periode het langst heeft gewoond.²⁰⁴

Daarnaast is het van belang dat de vennootschap een familiaal karakter kent en voldoet aan de participatievoorwaarde. Art. 2.7.4.2.2, §1 en art. 2.8.6.0.3, § 1 VCF bepalen dat er sprake is van dit familiale karakter indien op het moment van overlijden of schenken ten minste 50% van de aandelen in volle eigendom, in blote eigendom of in vruchtgebruik toebehoren aan de schenker/erflater en/of zijn familie.

Onder de familie van de schenker of erflater rekent de decreetgever de volgende personen²⁰⁵:

- De echtgenoot/echtgenote van de erflater/schenker. Met de echtgenoot/echtgenote wordt de wettelijk en feitelijk samenwonende partner gelijkgesteld, indien zij drie jaar onafgebroken met de erflater/schenker hebben samengewoond en een gemeenschappelijke huishouding hebben gevoerd.
- De verwanten in de rechte lijn van de erflater/schenker (bijv. kinderen, ouders), alsook hun partners.
- De zijverwanten van de erflater/schenker tot en met de tweede graad (broers en zussen), alsook hun partners.
- De kinderen van broers en zussen van de erflater/schenker.

¹⁹⁸ *Gedr.St.* VI. Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

¹⁹⁹ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 26.

²⁰⁰ Art. 2.8.6.0.3, §1, 2° en 2.7.4.2.2, §1, 2° VCF.

²⁰¹ Art. 2.8.6.0.3, §2, 1° derde lid en 2.7.4.2.2, §2, 1°, derde lid VCF.

²⁰² Art. 2.7.4.2.2, § 3 en art. 2.8.6.0.3, § 3 VCF.

²⁰³ Voor de territoriale afbakening van het Vlaamse gewest, zie *supra* nr. 2.128.

²⁰⁴ Wet 7 maart 2002, *B.S.*, 19 maart 2002.

²⁰⁵ Art. 2.7.4.2.2, §2, 4° en art. 2.8.6.0.3, §2, 4° VCF.

De decreetgever geeft voor een aandelenbezit van minimaal 50% de volgende verklaring:²⁰⁶

‘Situaties waarbij de controle verspreid wordt over verschillende familietakken, zodat binnen elke familietak slechts een kleinere participatie aanwezig is (...), worden in dit kader bewust niet gevisieerd (...). Deint het aandelenbezit verder uit over de familie, dan verdwijnt in zekere mate de betrokkenheid en het risiconiveau (door de spreiding) (...).’

Ik trek hieruit de conclusie dat de decreetgever met de participatievoorwaarde voornamelijk een onderscheid heeft willen aanbrengen tussen de aandeelhouder als belegger enerzijds en de aandeelhouder als ondernemer anderzijds en, hoewel dit nu wel het geval is, niet zozeer de familiale ondernemingen heeft willen bevoordelen ten opzichte van andere ondernemingen.²⁰⁷

Sinds 2012 heeft de decreetgever ook een verlichte participatievoorwaarde opgenomen in de wet. Het is sindsdien voldoende indien de schenker/erflater en zijn familie een aandelenbezit van 30% van de aandelen in volle eigendom hebben, op de voorwaarde dat schenker/erflater samen met één andere aandeelhouder en zijn familie het volle eigendom heeft van minimaal 70% van de aandelen van de vennootschap, of wanneer hij samen met twee andere aandeelhouders en hun familie de volle eigendom heeft van minimaal 90% van de aandelen van de vennootschap.²⁰⁸ Als tweede en derde aandeelhouder kwalificeren enkel natuurlijke personen.²⁰⁹ Hoewel de decreetgever in 1996 nog van mening was dat enkel bij een aandelenbelang van vijftig procent sprake was van voldoende betrokkenheid, controle en een risicovolle investering, is de kwalificerende familiegroep dus aanzienlijk uitgebreid.²¹⁰ De decreetgever laat niet veel los over zijn motivatie voor deze uitbreiding. Hij geeft slechts aan dat ‘deze invulling van de participatievoorwaarde gelijkaardig is aan deze die geldt in de Verenigde Staten’.²¹¹

Als gevolg van deze participatievoorwaarde kunnen er problemen ontstaan indien de schenker zijn aandelenbelang geleidelijk wil overdragen aan zijn opvolger(s). Omdat de wet het niet verplicht stelt dat alle activa aan een persoon of bij een enkele schenking geschonken dienen te worden, is het mogelijk om de aandelen gefaseerd te schenken.²¹² Echter, bij elke nieuwe schenking dient opnieuw aan de participatievoorwaarde te worden voldaan. De decreetgever heeft een uitzondering voor dergelijke situaties jammer genoeg afgewezen.²¹³ Een gefaseerde bedrijfsopvolging zou namelijk de continuïteit van de onderneming ten goede kunnen komen, indien de kennis en ervaring in fases overgedragen kan worden op de opvolger(s).

Onder het begrip ‘aandeel’ wordt verder verstaan: ‘elk deelbewijs met stemrecht dat een deel van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigt’.²¹⁴ Deze ‘kapitaalaandelen’ vertegenwoordigen de volste rechten van de aandeelhouders, namelijk het stemrecht, het recht op uitkering van dividend en het recht op de verdeling van netto activa van de vennootschap bij een eventuele vereffening.²¹⁵ In tegenstelling tot het oude art. 140bis waarin alle maatschappelijke rechten in een vennootschap kwalificeerden, is deze nieuwe omschrijving is stuk strenger. Als gevolg hiervan komen vorderingen, zoals rekening-

²⁰⁶ *Gedr.St.* VI.Parl. 1996-97, nr. 428/1, p. 8.

²⁰⁷ Zie ook: Hoogeveen 2012A, p. 5.

²⁰⁸ Art. en 2.7.4.2.2, §2° en art. 2.8.6.0.3, §2° VCF.

²⁰⁹ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 10.

²¹⁰ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

²¹¹ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

²¹² Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 6. Tevens bevestigd door VLABEL in Standpunt nr. 17031 dd. 15.05.2017.

²¹³ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/18, p. 4.

²¹⁴ Art. 2.8.6.0.3, §2, 3° VCF en art. 2.7.4.2.2, § 2, 3° VCF.

²¹⁵ Decuyper & Ruysseveldt 2017, p. 599.

courantvorderingen en winstbewijzen niet langer meer voor een vrijstelling of vermindering in aanmerking. De decreetgever beoogt immers in eerste instantie de continuïteit van ondernemingen te garanderen. De continuïteit van een onderneming hangt grotendeels samen met de controle binnen de onderneming. Om controle over te kunnen dragen is het vereist dat men over deze controle beschikt. De Vlaamse decreetgever heeft er daarom voor gekozen om de eis te stellen dat deelbewijzen gekoppeld dienen te zijn aan stemrecht.²¹⁶

Tot slot stelt de gunstmaatregel de voorwaarde dat enkel aandelen kwalificeren welke zijn uitgegeven door een familiale vennootschap waarvan de werkelijke leiding zich bevindt in een van de staten van de EER. Deze voorwaarde kan worden verklaard vanuit de doelstelling van de gunstmaatregel die onder andere ziet op het elimineren van ingewikkelde fiscale constructies.

§ 3.4.3 Eisen aan de verkrijger

Om de vrijstelling of het verlaagde tarief te behouden, eisen art. 2.7.4.2.3 en art. 2.8.6.0.6 VCF dat na de schenking of het overlijden nog een vijftal voorwaarden vervuld dienen te worden. Na de termijn van drie jaar controleert de Vlaamse Belastingdienst aan de hand van de (geconsolideerde) jaarrekeningen of de verkrijger(s) aan alle voorwaarden heeft (hebben) voldaan.²¹⁷ Wanneer een of meerdere van deze voorwaarden worden geschonden, of niet langer meer worden vervuld, gaat de vrijstelling en het voordeel van de tariefsverlaging geheel of gedeeltelijk verloren en zijn alsnog de normale tarieven van de erf- en schenkbelasting van toepassing.²¹⁸ Dit is ook het geval wanneer er sprake is van overmacht door bijvoorbeeld ziekte, overlijden of faillissement.²¹⁹ De voortzettingseis van drie jaar is immers een harde eis.

Voor een familiale vennootschap is het allereerst van belang dat de activiteiten minimaal drie jaar na de datum van de authentieke akte van schenking of na het overlijden onafgebroken worden voortgezet.²²⁰ Een loutere omschrijving van het maatschappelijk doel in de statuten van de onderneming is onvoldoende om aan te tonen dat aan deze eis wordt voldaan.²²¹ Aangezien in de wettekst niet uitdrukkelijk is aangegeven dat de aanvankelijke activiteit behouden moet blijven, mag tijdens deze periode van drie jaar ook een andere kwalificerende activiteit worden voortgezet. Oorspronkelijk ontstond hierover nog discussie. Om aan deze discussie definitief een einde te maken is de wetgeving per 1 januari 2015 gewijzigd van ‘de activiteit’ naar ‘een activiteit’. Daarnaast is, in tegenstelling tot de schenker, de begunstigde niet verplicht de activiteiten van de onderneming zelf voort te zetten. De onderneming kan dus, zonder verval van de faciliteiten, overgedragen worden aan bijvoorbeeld het personeel of een derde.²²² Dit maakt het voor de verkrijger mogelijk om de aandelen te verkopen aan een ander. Hierbij is het natuurlijk wel van belang dat de koper blijft voldoen aan de gestelde voorwaarde in de wet.

²¹⁶ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

²¹⁷ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 35.

²¹⁸ Art. 2.7.4.2.4 en art. 2.8.6.0.7 VCF.

²¹⁹ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 26.

²²⁰ Art. 2.7.4.2.3, §2,1° VCF en art. 2.8.6.0.6, §2,1° VCF.

²²¹ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 26.

²²² Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 33.

Ten tweede moet de vennootschap een reële economische activiteit blijven uitoefenen. De Vlaamse decreetgever heeft bewust enkel die vennootschappen willen bevoordelen die een bijdrage leveren aan de markteconomie. In de omzendbrief wordt dan ook nadrukkelijk vereist dat, de vennootschappen waarvan de aandelen onder de gunstmaatregel zijn overgedragen, de reële activiteit ook na de overdracht van aandelen dienen te blijven uitvoeren.²²³

Als derde dient voor elk van de drie jaren een (geconsolideerde) jaarrekening opgemaakt te worden. Daarnaast eisen art. 2.7.4.2.3, §2, 4° VCF en art. 2.8.6.0.6, §2, 4° VCF dat de zetel van werkelijke leiding van de familiale vennootschap gedurende drie jaar vanaf het moment van schenking of overlijden binnen de EER wordt behouden. Om te blijven genieten van de gunstmaatregel is het tot slot nog van belang dat het kapitaal van de vennootschap, waarvan de aandelen onder de gunstmaatregel werden overgedragen, behouden blijft. Dit betekent dat het kapitaal van de familiale vennootschap in de eerste drie jaar na de schenking of het overlijden niet mag dalen door een uitkering of door een terugbetaling.²²⁴ Deze voorwaarde heeft de Vlaamse decreetgever opgenomen om misbruik te voorkomen.²²⁵

In de wet worden geen nadere voorwaarden gesteld aan de mate van verwantschap tussen de schenker/erfgenaam en de verkrijger van de activa. Dat betekent dus dat de vrijstelling of het verlaagde tarief door iedere begunstigde kan worden genoten, ongeacht zijn graad van verwantschap met de schenker of de erflater. Dit lijkt tegenstrijdig te zijn met de eis dat de gunstmaatregel alleen geldt voor familiale ondernemingen, omdat de onderneming ook overgedragen kan worden aan personen buiten de familie.

²²³ Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 35.

²²⁴ Art. 2.7.4.2.3, §2, 3° en art. 2.8.6.0.6, §2, 3°.

²²⁵ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 26.

§ 3.5 Tussenconclusie

Op 1 januari 2012 is in het Vlaamse Gewest een nieuwe regeling in werking getreden die betrekking heeft op het vererven en schenken van familiale ondernemingen en vennootschappen. Het hoofddoel van deze gunstmaatregel is het bevorderen van de continuïteit van ondernemingen om zo een duurzame tewerkstelling te realiseren. Echter, naast de veronderstelling dat te hoge schenkings- en successierechten de continuïteit van de ondernemingen in gevaar zouden brengen, is uit studies gebleken dat ook het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen in gevaar brachten. Dit heeft ertoe geleid dat vanaf 1 januari 2012 een volledige vrijstelling van belasting geldt bij schenkingen van familiale ondernemingen en aandelen van familiale vennootschappen en ‘slechts’ een verlaagd tarief van toepassing is voor verkrijgingen krachtens erfrecht. Met de vrijstelling van schenkingsrechten wil de decreetgever bedrijfsleiders verleiden om actief over hun opvolging na te denken en hiervoor tijdig de nodige stappen toe te zetten. Het verlaagde tarief voor successierechten fungeert hierbij als opvangnet in de gevallen waar de bedrijfsleider overlijdt, voordat men tot een schenking is overgegaan. Tussen echtgenoten, samenwonenden en familieleden in de rechte lijn geldt een tarief van 3% over de waarde van de aandelen verminderd met de schulden. In alle andere gevallen springt het tarief naar 7%.

Om de voordelen van het gunstregime te kunnen genieten, is het van belang dat de familiale vennootschap een reële economische activiteit uitoefent en een familiaal karakter kent. Om de vrijstelling of het verlaagde tarief te behouden, moeten de activiteiten van de vennootschap minimaal drie jaar onafgebroken worden voortgezet. Verder moet de vennootschap gedurende drie jaar een reële economische activiteit blijven uitoefenen, moet de zetel van werkelijke leiding binnen de EER worden behouden, moet drie jaar lang een (geconsolideerde) jaarrekening opmaakt worden en moet het kapitaal van de vennootschap behouden blijven. Indien er aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan, gaat de vrijstelling en het voordeel van de tariefsverlaging geheel of gedeeltelijk verloren en zijn de normale tarieven van de erf- en schenkbelasting alsnog van toepassing.

§ 4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en de Vlaamse gunstmaatregel besproken. In dit hoofdstuk staat een rechtsvergelijking tussen beide regelingen centraal, waarbij de belangrijkste overeenkomsten en verschillen worden toegelicht. Allereerst wordt in §4.2 gekeken naar de ratio's van beide regelingen. In §4.3 worden de overeenkomsten en verschillen van beide faciliteiten besproken. Vervolgens wordt in §4.4 een vergelijking gemaakt tussen de voorwaarden die in beide landen worden gesteld aan de verkrijging, aan de erflater/schenker en aan de verkrijger. Tot slot wordt in §4.5 een korte conclusie gegeven van bovenstaande.

§ 4.2 Rechtsvergelijking met betrekking tot de ratio's

Bij de vergelijking van de ratio's achter het Nederlandse en Vlaamse bedrijfsopvolgingsbeleid valt op dat beide wetgevers de faciliteiten motiveren met het argument dat de heffing van schenk- en/of erfbelasting geen belemmering mag vormen voor de continuïteit van rendabele ondernemingen. Beide landen vinden het onwenselijk dat een onderneming gedwongen moet worden gestaakt of moet worden verkocht om de belasting bij schenking of vererving te kunnen voldoen, zonder dat de resultaten van de onderneming daartoe aanleiding geven. Vlaanderen gaat hierin nog een stap verder door te stellen dat met de gunstmaatregel ook een duurzame tewerkstelling gewaarborgd dient te worden. Met inachtneming van deze doelstelling(en), vraag ik me af waarom er geen faciliteiten bestaan voor de ondernemer die een onderneming koopt. Deze kopers krijgen namelijk geen subsidie vanuit de overheid voor de aanschaf van hun onderneming. Ze moeten daarentegen op de financieringsmarkt aan een (duur) krediet zien te komen om de overnamesom te kunnen financieren. Ik sluit mij aan bij Hoogeveen dat de oorzaak van de financieringsbehoefte irrelevant zou moeten zijn bij het toekennen van financieringen bij bedrijfsopvolgingen. De voorwaardelijke vrijstellingen en uitstel van betalingsregelingen bij vererving en schenking van ondernemingsvermogen zorgen nu voor een concurrentievervalsing tussen ondernemers in Nederland. Daarnaast kan het ook voorkomen dat door de vrijstellingen die gelden bij schenking en vererving slecht rendabele ondernemingen blijven voortbestaan en dat bewust wordt gekozen voor een opvolger binnen de familie, ook al is deze opvolger niet de meest geschikte kandidaat.

226

In Nederland geldt bovenstaande doelstelling al sinds de invoering van de Successiewet in 1956. De faciliteiten zelf zijn daarentegen in de loop der jaren aan heel wat wijzigingen onderworpen geweest. De faciliteit is gewijzigd van een algemene betalingsregeling welke zorgde voor een rentedragend uitstel van betaling naar een 100%-vrijstelling voor zover de totale going-concernwaarde van de objectieve onderneming €1.084.851 niet te boven gaat. In de Nederlandse parlementaire geschiedenis zijn echter geen goed onderbouwde motiveringen te vinden voor de invoering van de vrijstelling en de steeds verdere verruiming ervan. Zo werd de verhoging van de vrijstelling in 2002 bijvoorbeeld gemotiveerd met het argument dat daar ruimte voor was in het budget.²²⁷ In de literatuur wordt door enkele beweerd

²²⁶ Hoogeveen 2011, par. 13.3.2 en par. 13.4.5.2, Hoogeveen 2012A, p. 18 en Hoogeveen 2012C, p. 18.

²²⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, 3, p. 4.

dat de vrijstellingen hun doel voorbijschieten en dat een uitstelregeling ook zou volstaan.²²⁸ Het nut en de noodzaak van de faciliteiten is immers nooit onderzocht, waardoor het onduidelijk is of het veronderstelde liquiditeitsprobleem zich wel echt voordoet.²²⁹

Naast de gedachte dat successierechten geen bedreiging mogen vormen voor de continuïteit van Nederlandse ondernemingen, is de nadruk met de wetwijziging van 2010 komen te liggen op het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen²³⁰ en heeft de wetgever met de gedifferentieerde vrijstelling beoogd het MKB-bedrijf meer te laten profiteren van de faciliteiten dan de grotere ondernemingen.²³¹ Tot slot heeft de wetgever in de wetgeschiedenis ook aangegeven dat er ‘zo min mogelijk verschil moet worden gemaakt tussen overdrachten in de winstsfeer en die in de aanmerkelijk belang sfeer, tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van het overlijden en tussen directe en indirecte (via holding) gehouden aandelen in een vennootschap’.²³² Op dit punt wijkt de Nederlandse faciliteit af van die van Vlaanderen. De Vlaamse wetgever heeft namelijk bewust een verschil in belasting aangebracht tussen de overdracht bij leven en de overdracht bij overlijden. Vanaf 1 januari 2012 bestaat in Vlaanderen namelijk de gedachte dat naast de heffing van erf- en schenkbelasting ook de slecht voorbereide ondernemer en het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten bij de opvolger de continuïteit van Vlaamse ondernemingen bij bedrijfsoverdrachten in gevaar kunnen brengen. Vlaanderen kent vanaf 2012 dus een nevendoelstelling, welke het stimuleren van ondernemers om vroegtijdig over te gaan tot een goede voorbereiding van hun bedrijfsopvolging tot doel heeft. Deze doelstelling moet bereikt worden met een volledige vrijstelling van schenkingsrechten. Echter, afgevraagd kan worden hoe effectief dit geringe tariefsvoordeel is. Een tariefsvoordeel van slechts 3% heeft naar mijn mening een weinig stimulerend effect, zo is ook Hoogveen van mening.²³³ Daarbij komt dat het belastingvoordeel ten goede komt aan de verkrijger en niet aan de ondernemer, waardoor er voor de ondernemer dus geen fiscale incentive bestaat om zijn onderneming vroegtijdig te schenken. Tevens kan gedacht worden aan de situatie waarin de ondernemer alles met betrekking tot zijn bedrijfsopvolging heeft geregeld, maar toch overlijdt voordat hij tot de schenking is over kunnen gaan. De verkrijgers worden dan alsnog tegen het hogere tarief belast, terwijl de overdrager wel goed heeft nagedacht over zijn opvolging. Hoewel de wijziging van de gunstmaatregel in eerste instantie een groot succes was (van slechts 300 schenkingen in 2011 naar 1.591 in 2014), was het succes van korte duur. In 2017 was het aantal schenkingen namelijk weer teruggelopen naar 797.²³⁴

Daarnaast heeft de Vlaamse decreetgever ook aangegeven dat met de gunstmaatregel de drempel tot het doen van aangifte moet worden verlaagd en dat ingewikkelde (buitenlandse) instructies overbodig moeten worden.²³⁵ Tot slot wil ook Vlaanderen enkel bedrijfsoverdrachten faciliteren waarbij er sprake is van een echte onderneming. Anders dan Nederland, spreekt Vlaanderen hierbij van ondernemingen die een maatschappelijke meerwaarde creëren.²³⁶

²²⁸ Hoogveen 2002, p. 303 e.v., Stubbé 2008 p. 16 e.v., de Wijkerslooth-Lhoëst 2008 en de Haan 2009, par. 5.

²²⁹ Hoogveen 2011, p. 29.

²³⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, 3, p. 4-5.

²³¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, 79.

²³² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 4-5.

²³³ Hoogveen 2012A, p. 21.

²³⁴ Moens en Cleeren, *De Tijd* 24 augustus 2018.

²³⁵ *Gedr.St.* VI.Parl. 1996-97, nr. 428/1, p. 7 – 8.

²³⁶ *Gedr. ST.* VI. Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

§ 4.3 Rechtsvergelijking met betrekking tot de faciliteiten

De Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bestaan uit uitstel van betalingsregelingen en voorwaardelijke vrijstellingen, waarbij deze voorwaardelijke vrijstellingen bepalen dat op verzoek van de verkrijger het verkregen ondernemingsvermogen geheel of gedeeltelijk wordt vrijgesteld van belasting. Allereerst wordt een vrijstelling van 100% verleend voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern. Hoewel het bedrijfseconomisch gezien inefficiënt is om verlieslijdende ondernemingen te laten voortbestaan, begrijp ik dat de wetgever deze vrijstelling heeft opgenomen in de wet. Indien een onderneming wordt voortgezet, is het onterecht om uit te gaan van de hogere liquidatiewaarde. De hogere liquidatiewaarde wordt door de voortzetting van de onderneming immers niet gerealiseerd.²³⁷ Daarnaast geldt er een 100%-vrijstelling voor zover de totale going-concernwaarde van de objectieve onderneming €1.084.851²³⁸ niet te boven gaat. Op basis van art. 21 lid 1 SW 1956 moet het verkregen ondernemingsvermogen in aanmerking genomen worden naar de waarde in het economische verkeer, welke doorgaans gelijk is aan de waarde going concern. Indien de waarde van de onderneming hoger is dan €1.084.851 wordt het meerdere vrijgesteld tegen 83%. Zoals al eerder aangegeven, heeft de wetgever deze gedifferentieerde vrijstelling opgenomen in de wet om het MKB-bedrijf meer van de vrijstelling te laten profiteren dan de grotere bedrijven. Begrijpelijk, want uit onderzoek is gebleken dat de financieringsproblemen bij deze kleine ondernemingen het grootst zijn.²³⁹ De uitvoering van de wetgeving is door deze gedifferentieerde vrijstelling echter onnodig complex geworden, wat in eerste instantie ook de reden was voor de staatssecretaris om de gedifferentieerde vrijstelling te ontraadden.²⁴⁰ De berekening an sich is geen probleem, maar met name de gebrekkige formulering omtrent de omvang van het ondernemingsvermogen zorgt voor moeilijkheden. Ik ben het dan ook eens met de Beer, Hoogeveen en Heithuis dat de gedifferentieerde vrijstelling beter teruggebracht kan worden naar een vrijstellingspercentage of een verlaagd tarief net als in Vlaanderen.²⁴¹ Voor hetgeen niet wordt vrijgesteld, kunnen uitstel van betalingsregelingen worden verleend waardoor de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt.

Naast deze voorwaardelijke vrijstellingen kent de bedrijfsopvolgingsregeling nog een tweetal faciliteiten ter uitstel van betaling. Deze betalingsregelingen zijn erg toegankelijk en voorzien in een rentedragend uitstel van de verschuldigde schenk- of erfbelasting voor een periode van tien jaar. De betalingsregelingen passen naar mijn mening goed bij de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling, namelijk het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij ondernemingen die door middel van schenking of vererving zijn overgegaan op de opvolgers. Daarnaast zorgt het rentedragende karakter ervoor dat de faciliteit enkel toegepast zal worden in de gevallen waarin de verkrijger over onvoldoende liquide middelen bezit. De Vlaamse gunstmaatregel bestaat daarentegen enkel uit een voorwaardelijke vrijstelling en een verlaagd tarief en kent geen specifieke uitstel van betalingsregelingen bij de vererving van ondernemingen. Wel is er in de Vlaamse wetgeving een algemene betalingsfaciliteit opgenomen, welke bepaalt dat de belastingplichtige kan verzoeken om spreiding van betaling van belasting indien de financiële situatie daarom vraagt. Dit verzoek moet gemotiveerd worden en dient bewijskrachtige elementen te bevatten met betrekking tot de financiële toestand van de verzoeker.²⁴² De mate van toegankelijkheid tot de Vlaamse betalingsregeling is dus een stuk beperkter.

²³⁷ Zie in gelijke zin: Hoogeveen 2012C, p. 19.

²³⁸ Cijfer 2019.

²³⁹ Hoogeveen 2011, par. 6.3.4 en par. 6.4.5.

²⁴⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, 60, p. 6-7.

²⁴¹ Heithuis 2010, De Beer en Hoogeveen 2016 en de Beer en Hoogeveen 2016A.

²⁴² Art. 3.4.8.0.1. VCF.

Verder maakt de Vlaamse decreetgever onderscheid tussen de verkrijging van een familiale vennootschap middels schenking en middels vererving. Bij een schenking geldt een volledige vrijstelling, terwijl bij een verkrijging krachtens erfrecht een verlaagd tarief van 3% respectievelijk 7% geldt. Deze verschuldigde erfbelasting dient berekend te worden over de netto verkrijging, welke bij de familiale vennootschap bestaat uit de waarde van de aandelen van de vennootschap verminderd met de schulden. Omdat Vlaanderen uitgaat van de netto verkrijging en niet van waarde in het economische verkeer, kent Vlaanderen geen vrijstelling voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern. In Nederland kennen we dit onderscheid tussen schenken en vererven niet. Het verschil in belasting is te verklaren vanuit de doelstelling van Vlaamse decreetgever, namelijk het stimuleren van ondernemers om hun onderneming tijdig over te dragen. Echter, zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven kan afgevraagd worden hoe effectief het geringe tariefsvoordeel is.

§ 4.4 Rechtsvergelijking met betrekking tot de verkrijging aandelen een vennootschap

§ 4.4.1 De verkrijging

Zoals uit de hoofdstukken twee en drie is gebleken, stellen beide landen eisen aan de verkrijging van ondernemingsvermogen. Zo stelt de Vlaamse gunstmaatregel eisen aan de activiteiten die de familiale vennootschap dient uit te oefenen. Deze activiteitentoets bepaalt dat de vennootschap de uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts-, of landbouwbedrijf of vrij beroep tot doel moet hebben. De decreetgever heeft bewust voor deze invulling gekozen, omdat hij enkel vennootschappen met maatschappelijke meerwaarde wil laten kwalificeren voor de faciliteiten.²⁴³ Als gevolg hiervan worden vennootschappen waarvan de activiteiten louter bestaan uit passief handelen uitgesloten. Ook de Nederlandse wetgever wil enkel reële bedrijfsopvolgingen faciliteren, maar om deze doelstelling te bereiken worden er door de bedrijfsopvolgingsregeling geen nadere eisen gesteld aan de soort activiteiten die de vennootschap dient uit te oefenen. Wel is het van belang dat het lichaam waarin het belang wordt verkregen een onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in art. 3.3 lid 1 sub a Wet IB. Hierdoor zullen, net als in Vlaanderen, activiteiten die louter bestaan uit passief handelen niet kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Immers, wil bijvoorbeeld vermogensbeheer aangemerkt worden als een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 dan moet er sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer²⁴⁴ en dient de arbeid naar haar aard en omvang gericht te zijn op het behalen van een meer dan normaal rendement.²⁴⁵ Hieruit kan geconcludeerd worden dat de Vlaamse activiteitentoets niet tot specifieke beperkingen leidt in vergelijking met de Nederlandse wetgeving.

In de praktijk komt het echter niet snel voor dat de vennootschap waarvan de aandelen vererven of worden geschonken zelf een materiële onderneming drijft in de zin van art. 3.2 Wet IB. Dikwijls wordt deze materiële onderneming gedreven door een of meerdere (klein)dochtermaatschappijen, waarin de verkregen holding een aanmerkelijk belang heeft. Dit zou in de regel betekenen dat de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing zijn. Echter, door de toerekeningsregels²⁴⁶ kunnen de faciliteiten in deze situaties toch worden toegepast. Deze regels bepalen namelijk dat bij een indirect gehouden aanmerkelijk belang in een werkmaatschappij, de bezittingen en schulden van deze werkmaatschappij worden toegerekend aan de holdingvennootschap. Vervolgens wordt op het niveau van de holdingvennootschap getoetst of een onderneming wordt gedreven en zo ja met welk vermogen. Op deze manier kunnen de aandelen toch vererven of worden geschonken met toepassing van de

²⁴³ *Gedr.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

²⁴⁴ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB 1994/319*.

²⁴⁵ HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N 1976*, p. 860-864.

²⁴⁶ Art. 4.17a lid 5 Wet IB 2001 en art. 35c lid 5 SW 1956.

bedrijfsopvolgingsregeling. Zonder deze toerekeningsregels zou de verkrijging van een indirect belang nadeliger worden behandeld dan de verkrijging van een direct belang in een actief lichaam²⁴⁷, wat strijdig zou zijn met de doelstelling van de wetgever.

Ook in Vlaanderen kunnen holdingvennootschappen kwalificeren voor de faciliteiten, echter maakt de decreetgever daar onderscheid tussen actieve en passieve holdingvennootschappen. Bij actieve holdingvennootschappen kwalificeert de volledige waarde van de aandelen in de holding voor de gunstmaatregel, terwijl de passieve holdingvennootschap alleen kwalificeert voor de faciliteiten indien deze beschikt over een rechtstreekse participatie van minimaal 30% in een actieve dochtervennootschap. Doordat de decreetgever de eis stelt van een rechtstreekste participatie kan de gunstmaatregel bij passieve holdingvennootschappen welke zijn gestructureerd met een tussenholding niet worden toegepast. Dit is een groot verschil met de regeling die geldt voor actieve holdingvennootschappen en heeft, mijns inziens, een onwenselijke uitkomst. In de praktijk komen op grond van familiale of bedrijfseconomische redenen dubbele holdingstructuren juist vaak voor. Indien een concern meerdere aandeelhouders heeft, is het immers niet ondenkbaar dat deze aandeelhouders via een persoonlijke holding hun eigen dividendpolitiek voeren.²⁴⁸ Een oplossing zou gevonden kunnen worden in een herstructurering van het concern, zodat de holdingvennootschap zelf aangemerkt wordt als een familiale vennootschap en de faciliteit dus van toepassing is op het totale vermogen van de holding. Dit is erg omslachtig en bovendien worden er dan juist weer fiscale constructies opgezet terwijl de decreetgever deze met de invoering van de gunstmaatregel juist wilde voorkomen. Naar mijn mening moet er geen verschil zijn tussen direct en indirect gehouden aandelen in een vennootschap en moeten (klein)dochtervennootschappen ook meegenomen worden in de beoordeling of er sprake is van een familiale vennootschap.

In Nederland kwalificeert vervolgens enkel het verkregen ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsregeling. Beleggingsvermogen is niet noodzakelijk voor de bedrijfsvoering en kan daarnaast over het algemeen snel liquide worden gemaakt. Op dit uitgangspunt heeft de wetgever een uitzondering gemaakt. Om vele kleine discussies met de inspecteur over de omvang van het ondernemingsvermogen te voorkomen, is bepaald dat 5% van het beleggingsvermogen bij fictie wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Hoewel de wetgever heeft aangegeven zo min mogelijk verschil in wetgeving te willen maken tussen overdrachten in de winstsfeer en in de aanmerkelijkbelangsfere, wordt door deze 5%-beleggingseis een onnodige inbreuk gemaakt op de beoogde rechtsvormneutraliteit. Daarnaast wordt de discussie over de omvang van het ondernemingsvermogen met de 5%-beleggingseis niet opgelost. Hoewel de doelstelling van de 5%-marge begrijpelijk is, werkt deze dus anders uit. Naar mijn mening is het dan ook beter om de 5%-marge af te schaffen.²⁴⁹

Vlaanderen maakt daarentegen geen onderscheid tussen de verkrijging van beleggings- en ondernemingsvermogen. Dit betekent dat beleggingsvermogen gewoon kwalificeert voor de toepassing van de vrijstelling of het verlaagde tarief. Op basis van de gunstmaatregel wordt immers enkel gekeken naar de activiteit van de holdingvennootschap. Kwalificeert de activiteit van de holdingvennootschap onder de activiteitsvoorwaarde en is er daarnaast sprake van een reële economische activiteit, dan valt het gehele vermogen van de vennootschap onder de gunstmaatregel. Dit heeft tot gevolg dat indien de holdingvennootschap zelf economische activiteiten ontplooit, ook al zijn deze slechts minimaal, de faciliteiten ook van toepassing zijn op het beleggingsvermogen van de holdingvennootschap. Indien de

²⁴⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 45.

²⁴⁸ Herten en Coppens 2012, p. 35.

²⁴⁹ Zie ook: Van Vijfeijken & Gubbels 2018, S&E.11.2.0.D.f., Stevens 2010, de Wijkerslooth-Lhoëst 2009 en Hoogeveen 2004.

holding zelf geen kwalificerende activiteit uitoefent, wordt per dochtervennootschap getoetst of de vennootschap voldoende actief is en of er niet te veel passieve vermogensbestanddelen in het vermogen aanwezig zijn. Vervolgens kwalificeert enkel de waarde van aandelen in de actieve dochtervennootschappen voor de gunstmaatregel. Deze benadering wijkt dus af van die bij de actieve holdingvennootschap, waarbij de toepassing van het tarief zich ook uitstrekt tot dochtervennootschappen die geen reële economische activiteit uitoefenen. Dit leidt niet alleen tot een ongelijke behandeling tussen een actieve en passieve vennootschap, maar zorgt tevens voor een aanzienlijke administratielast. Daarnaast maakt dit de gunstmaatregel erg misbruikgevoelig. Naar mijn mening is het faciliteren van beleggingsvermogen dan ook strijdig met de doelstelling van de decreetgever, namelijk het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen die een maatschappelijke meerwaarde creëren en het overbodig maken van fiscale constructies. Dat het passieve vermogen verkregen kan worden onder een verlaagd tarief of een vrijstelling heeft immers niets te maken met het niet belemmeren van de continuïteit van ondernemingen. Daarbij komt dat fiscale constructies hierdoor juist in de hand worden gewerkt. Het zou beter zijn dat Vlaanderen, net als Nederland, een onderscheid maakt tussen beleggings- en ondernemingsvermogen en voor de toekenning van de faciliteiten enkel aansluit bij de waarde van het ondernemingsvermogen. Overigens is een soortgelijke faciliteit als geldt in Vlaanderen een aantal jaar geleden in Duitsland in strijd verklaard met de Grondwet.²⁵⁰

Verder geldt in Nederland dat de verkrijging van een aanmerkelijk belang dat bestaat uit preferente aandelen enkel wordt gefaciliteerd indien de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.²⁵¹ Vanuit het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het terecht dat de bedrijfsopvolgingsregeling extra voorwaarden stelt aan de verkrijging van preferente aandelen. Immers, de ratio achter de bedrijfsopvolgingsregeling is dat de faciliteiten enkel toegepast moeten kunnen worden indien er sprake is van een ‘echte’ ondernemer binnen een ‘reële bedrijfsoverdracht’. Vanuit de visie dat de preferente aandeelhouder slechts kan worden gezien als kapitaalverstrekker, omdat deze in feite niets anders is dan een financier²⁵² en daarnaast niet volledig meedeelt in alle vermogensmutaties van de onderneming is het mijns inziens terecht dat de preferente aandelen van de faciliteiten worden uitgesloten, tenzij deze zijn verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.²⁵³ Echter, doordat de wetgever strikte voorwaarde stelt aan de preferente aandeelhouder en niet heeft voorzien in een tegenbewijsregeling, kan het in de praktijk voorkomen dat situaties die zijn gericht op een gefaseerde bedrijfsopvolging niet onder het toepassingsbereik van de faciliteiten vallen, omdat niet aan alle voorwaarden wordt voldaan. Zo noemen de Beer en Hoogeveen als voorbeeld de situatie waarin de gewone aandelen eerst worden uitgegeven aan de ouders om vervolgens deze aandelen met uitsluitingsclausule te kunnen schenken aan bijvoorbeeld hun kinderen.²⁵⁴ In deze situatie wordt niet voldaan aan de voorwaarde dat de omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander, wat betekent dat de faciliteiten niet toegepast kunnen worden, terwijl er wel sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Vlaanderen kent daarentegen geen specifieke regeling voor de verkrijging van preferente aandelen. Onder het begrip aandeel wordt namelijk ‘elk deelbewijs met stemrecht dat een deel van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigt’

²⁵⁰ Bundesverfassungsgericht 17 december 2014, 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50.

²⁵¹ Vanwege de beperkte omvang van dit onderzoek wordt er niet verder ingegaan op de vraag of dat het juist is dat de preferente aandeelhouder wordt beschouwd als belegger en op de vraag of dat het terecht is dat een aanmerkelijk belang bestaande uit preferente aandelen recht heeft op de faciliteiten indien deze zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.

²⁵² *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, 3, p. 43.

²⁵³ Zie ook Hoogeveen 2012B, par. 4.4.

²⁵⁴ De Beer en Hoogeveen 2019.

verstaan.²⁵⁵ Hiermee is het toepassingsbereik van de Vlaamse gunstmaatregel een stuk ruimer. Aangezien preferente aandelen aan beide voorwaarden voldoen, kwalificeren deze voor de gunstmaatregel. Ook Vlaanderen zou door voorwaarden te stellen aan de preferente aandelen beter kunnen bewerkstelligen dat de faciliteiten enkel van toepassing zijn op reële bedrijfsopvolgingen en derhalve niet voor beleggers openstaan.

Tot slot kwalificeren in Nederland ook de ter beschikking gestelde onroerende zaken voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, mits deze dienstbaar zijn aan de onderneming die in de vennootschap wordt gedreven en de verkrijger de ter beschikking gestelde onroerende zaak gelijktijdig heeft verkregen met enig belang in de vennootschap. In Vlaanderen daarentegen kwalificeren enkel aandelen voor de faciliteiten, waardoor de ter beschikking gestelde onroerende zaken niet in aanmerking komen voor de vrijstelling of het verlaagde tarief. Naar mijn mening is het jammer dat Vlaanderen geen soortgelijke regeling als Nederland heeft ingevoerd voor ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen. Deze vermogensbestanddelen kunnen immers een grote waarde vertegenwoordigen en van reële betekenis zijn voor het drijven van de vennootschap. Bovendien komen de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen overeen met een ondernemer die rechtstreeks een vermogensbestanddeel aanschaft voor zijn onderneming. In het laatste geval kwalificeert de onroerende zaak wel, maar bij een ter beschikkingstelling niet.

§4.4.2 De erflater en schenker

Naast eisen aan de verkrijging stellen beide landen ook eisen aan de overdragende ondernemer. Om voor de bedrijfsopvolgingsregeling te kwalificeren is het allereerst van belang dat er sprake is van een Nederlandse schenker of erflater. Ook in Vlaanderen geldt dat de gunstmaatregel enkel van toepassing is indien de fiscale woonplaats van de schenker of erflater op het moment van schenken of overlijden zich bevindt in het Vlaamse gewest.

Misschien wel het meest opvallende verschil tussen de Nederlandse en Vlaamse faciliteit is dat de bedrijfsopvolgingsregeling geen waarde hecht aan een familiaal karakter bij de vererving en schenking van vennootschappen. Hoewel de wetgever in de parlementaire geschiedenis enkele keren heeft aangegeven dat hij met de bedrijfsopvolgingsregeling de continuïteit van familieondernemingen wenst te waarborgen²⁵⁶, zijn er in de wet geen eisen opgenomen met betrekking tot dit familieaspect. In de Vlaamse faciliteit staat dit familieaspect juist centraal. Immers, is er geen sprake van een familiale vennootschap en wordt er niet voldaan aan de participatievoorwaarde, dan kan er geen aanspraak gemaakt worden op de vrijstelling of op het verlaagde tarief. De reden waarom de Vlaamse decreetgever ervoor heeft gekozen enkel vennootschappen met een familiaal karakter te faciliteren, wordt niet duidelijk toegelicht. Uit de parlementaire geschiedenis kan enkel opgemaakt worden dat de decreetgever met de participatievoorwaarde heeft willen bewerkstelligen dat er in ieder geval sprake is van voldoende betrokkenheid en van een risicovolle investering.²⁵⁷ Als gevolg hiervan worden vennootschappen welke niet voldoen aan de participatievoorwaarde uitgesloten van de gunstmaatregel, terwijl ook deze ondernemingen zorgen voor continuïteit en een duurzame werkgelegenheid.

²⁵⁵ Art. 2.8.6.0.3, §2, 3° VCF en art. 2.7.4.2.2, § 2, 3° VCF.

²⁵⁶ O.a. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 688, 3, p. 2, 7 en *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, 1, p. 15.

²⁵⁷ *Gedr.St. VI.Parl. 1996-97*, nr. 428/1, p. 8.

Vervolgens is het voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling van belang dat wordt verkregen van een aanmerkelijkbelanghouder. De wetgever heeft er bewust voor gekozen aan te sluiten bij het ab-begrip, omdat hij enkel reële bedrijfsoverdrachten wil faciliteren. Van zo een reële bedrijfsoverdracht is volgens de wetgever alleen sprake indien wordt verkregen van een echte ondernemer. Uitgangspunt van de aanmerkelijkbelangregeling is dat een aandeelhouder met een belang van 5% in de vennootschap vergelijkbaar is met een ondernemer.²⁵⁸ Mijns inziens is een belang van 5% echter onvoldoende om te kunnen spreken van een 'echte' ondernemer. Een aandeelhouder met een belang van slechts 5% heeft immers maar een beperkte invloed in de bedrijfsvoering van de vennootschap. Bovendien is de betrokkenheid van een aandeelhouder met slechts 5% van de aandelen niet vergelijkbaar met de betrokkenheid van de IB-ondernemer bij zijn IB-onderneming. Het enkel hebben van zo een klein economisch belang in een vennootschap is niet in lijn met de gedachte van de wetgever dat reële bedrijfsoverdrachten wel gefaciliteerd worden en andere gevallen niet.²⁵⁹ In mijn optiek zou de wetgever het percentage van 5% dan ook moeten verhogen naar bijvoorbeeld 20%. Ondanks dat het stellen van een grens altijd in zekere mate arbitrair blijft, kan bij een groter belang beter verdedigd worden dat de aandeelhouder daadwerkelijk belang heeft bij de activiteiten van de vennootschap en in mindere mate de aandelen beschouwt als belegging.²⁶⁰ Daarnaast kwalificeren onder de huidige regeling zelfs koopopties, de fictief aanmerkelijkbelanghouder en de soortaanmerkelijkbelanghouder, terwijl deze niet eens beschikken over een belang van 5%. In deze situaties kan er naar mijn mening al helemaal niet gesproken worden van een 'echte ondernemer'. Bovendien kan afgevraagd worden of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor zulke kleine belangen noodzakelijk zijn en of de continuïteit van een onderneming door het betalen van erf- of schenkbelasting bij zulke kleine belangen wel in gevaar komt. In mijn optiek is dat niet het geval. En mocht dat wel zo zijn, waarom kan dan niet worden volstaan met de uitstel van betalingsregelingen.

In Vlaanderen wordt naar mijn idee beter bereikt dat enkel reële bedrijfsopvolgingen toepassing kunnen genieten van de faciliteiten. Zo is bepaald dat stemrecht vereist is alvorens je kan spreken van een aandeel.²⁶¹ Nederland stelt dit vereiste met betrekking tot het stemrecht niet, slechts een economisch belang in de vennootschap is voldoende. Dit heeft tot gevolg dat in Nederland ook winstbewijzen en koopopties een aanmerkelijkbelangpositie kunnen opleveren, terwijl zij op geen enkele manier de winstgevendheid van de vennootschap beïnvloeden. Vanuit de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten enkel te laten gelden voor 'echte' ondernemers is het opmerkelijk dat koopopties kwalificeren. Zeker omdat het onzeker is of deze opties daadwerkelijk worden uitgeoefend.²⁶² Bovendien heeft de wetgever deze groep uitdrukkelijk aangemerkt als beleggers.²⁶³ Waarom hebben deze dan wel toegang nodig tot de faciliteiten?²⁶⁴ Hoewel de Vlaamse decreetgever niet heeft bepaald hoeveel stemrecht de aandelen dienen te bevatten, is het naar mijn idee wel een goede manier om te realiseren dat de erflater of schenker ook daadwerkelijk invloed heeft kunnen uitoefenen en betrokken is geweest bij de bedrijfsuitoefening van de vennootschap. De bedrijfsopvolgingsregeling zou daarom in mijn optiek, net als de Vlaamse gunstmaatregel, moeten bepalen dat een aandeel slechts kwalificeert voor faciliteiten indien er stemrecht aan is verbonden. Als gevolg hiervan zullen winstbewijzen en koopopties niet meer kwalificeren. Naar mijn mening terecht, want deze beïnvloeden op geen enkele manier de winstgevendheid van de vennootschap.

²⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 20-21.

²⁵⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 3, p. 6.

²⁶⁰ Heithuis 1999, p. 325. Zie in gelijke zin: Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 393.

²⁶¹ Art. 2.8.6.0.3, §2, 3° VCF en art. 2.7.4.2.2, §2, 3° VCF.

²⁶² Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 213.

²⁶³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 101-102.

²⁶⁴ De Beer 2010, par. 5.1.2.

De aanscherping van het ondernemersvereiste zou gecompenseerd kunnen worden met de introductie van een soortgelijke familiale participatievoorwaarde zoals geldt in Vlaanderen, zodat ook vanuit het perspectief van de familie in haar geheel naar de omvang van het aandelenbezit wordt gekeken. In de praktijk is het immers niet ondenkbaar dat de situatie bestaat waarin het directe belang in de holding verwatert door verervingen naar bijvoorbeeld de kinderen. Door deze verwatering van aandelenbelangen aan de top van het familiebedrijf bestaat de kans dat het aandelenbelang zodanig over een familie is verspreid, dat er geen recht meer bestaat op de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De invoering van een familiaal aanmerkelijk belang kan ertoe leiden dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toch van toepassing zijn indien de familie gezamenlijk een direct of een indirect belang van minimaal 51%²⁶⁵ van de aandelen met stemrecht van de vennootschap in hun bezit hebben. Deze benadering in lijn met de aanbevelingen van de Europese Commissie. In 1994 kwam vanuit de Europese Commissie namelijk al het verzoek om overdrachten van familiale ondernemingen en vennootschappen niet langer meer fiscaal te belemmeren.²⁶⁶ In een recentere aanbeveling van het Europees Economisch en Sociaal Comité wordt opnieuw opgeroepen om, met name op fiscaal terrein, de wettelijke regelingen betreffende de intergenerationele overdracht van familiebedrijven te verbeteren om op deze manier liquiditeitsproblemen te voorkomen. Er wordt door EESC zelfs gepleit om het begrip ‘familiebedrijf’ op te nemen in het wettelijke systeem.²⁶⁷ De invoering van deze familiale participatievoorwaarde is dus niet strijdig met de huidige ratio en zou er juist voor kunnen zorgen dat de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling beter wordt bereikt.

Om oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te voorkomen, is in de bedrijfsopvolgingsregeling een bezitsvereiste opgenomen. Dit vereiste bepaalt dat de ondernemer zijn vennootschap gedurende een bepaalde periode gedreven moet hebben, alvorens de verkrijger van het ondernemingsvermogen een beroep kan doen op de faciliteiten in de Successiewet. Bij schenking geldt dat de verkregen aandelen bij de schenker gedurende een periode van minimaal vijf jaar tot een aanmerkelijk belang moeten hebben behoord en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende deze bezitsperiode een onderneming dreef of een medegerechtigheid bezat. Voor vererving geldt een periode van een jaar. Hoewel de wetgever heeft aangegeven bedrijfsopvolgingen bij leven en bij overlijden zoveel mogelijk gelijk te willen behandelen, wordt met het bezitsvereiste dus een inbreuk gemaakt op dit streven. Daarnaast zou de wetgever een algemene tegenbewijsregeling moeten opnemen in de wet. Zonder een dergelijke regeling bestaat de kans dat reële bedrijfsoverdrachten worden uitgesloten van de faciliteiten, zonder dat er sprake is van misbruik.²⁶⁸ Ondanks dat ook Vlaanderen enkel reële bedrijfsoverdrachten wil faciliteren, is het voor toepassing van de gunstmaatregel niet vereist dat de aandelen voorafgaand aan de schenking of het overlijden een bepaalde periode onafgebroken in het bezit van de schenker of de erfplater zijn geweest. Toetsing aan de hierboven besproken participatievoorwaarde vindt enkel plaats op het moment van schenken of overlijden. Wat er voor of na dit tijdstip gebeurt, is voor de toepassing van de faciliteiten niet van belang. Aangezien de Vlaamse decreetgever met de gunstmaatregel wil bereiken dat ervaring, knowhow en contacten worden overgedragen²⁶⁹, vind ik het opvallend dat aan de erfplater of schenker geen bezitsvereiste wordt gesteld. Met een bezitseis zou beter bereikt kunnen worden dat er ook daadwerkelijk kennis en ervaring

²⁶⁵ Ik heb ervoor gekozen om hierbij aan te sluiten bij de omschrijving van het begrip familiebedrijf dat wordt aanbevolen door de deskundigengroep van de Europese Commissie. In deze aanbeveling wordt aangeknoopt bij ‘de meerderheid van de stemmen’, ofwel minimaal 51% van de stemrechten. Zie Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over familiebedrijven in Europa als bron van nieuwe groei en kwaliteitsvollere banen (*PbEU 2016, C 13/03*), p. 3.

²⁶⁶ Aanbeveling Europese Commissie van 7 december 1994, Nr. L 385/14.

²⁶⁷ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over familiebedrijven in Europa als bron van nieuwe groei en kwaliteitsvollere banen (*PbEU 2016, C 13/03*), p. 2-3.

²⁶⁸ Zie ook: Stevens 2010, par. 5 en de Beer 2009, par. 6.3.

²⁶⁹ *Gedr.St. Vl. Parl.* 2011-12, nr. 1326/1, p. 24.

overgedragen kan worden. In de situatie dat de erflater of schenker de vennootschap slechts een maand in zijn bezit heeft, zal er namelijk weinig kennis overgedragen kunnen worden.

Tevens wordt er ten aanzien van de overdrager geen zeggenschap, betrokkenheid of winstgerechtigheid geëist. Het enkel houden van 5% van de aandelen gedurende een bepaalde periode is voldoende om toepassing te kunnen genieten van de faciliteiten. Vanuit de gedachte van de wetgever dat enkel 'echte' ondernemers binnen een 'reële bedrijfsopvolging' van de faciliteiten zouden moeten kunnen profiteren, hadden nadere eisen aan de erflater/schenker voor de hand gelegen. In mijn optiek kan immers moeilijk van een ondernemer worden gesproken indien deze aandelen worden gehouden zonder dat er verder sprake is van enige zeggenschap en betrokkenheid. Door eisen te stellen aan de rol van deze erflater en schenker binnen de feitelijke ondernemingsuitoefening kan beter bereikt worden dat enkel reële bedrijfsopvolgingen worden gerealiseerd.²⁷⁰ De invoering van het boven besproken stemrechtvereiste kan hier al gedeeltelijk aan bijdragen. Daarnaast zouden de aandelen minimaal recht moeten geven op een winstafhankelijk vergoeding, waarmee wordt bereikt dat de aandeelhouder ook daadwerkelijk een risico loopt.

§4.4.3 De verkrijger

Tot slot worden in deze paragraaf de voorwaarden die worden gesteld aan de verkrijger vergeleken. Art. 36 SW 1956 bepaalt allereerst dat de schenk- en erfbelasting wordt geheven van de verkrijger van de vermogensbestanddelen. Vervolgens bepaalt art. 1 SW 1956 dat de woonplaats van de schenker of erflater ten tijde van het schenken/overlijden bepalend is, waardoor het niet van belang is waar de verkrijger van de vermogensbestanddelen op het moment van de schenking of vererving woont. De wet stelt verder geen eisen aan de verwantschap tussen de erflater/schenker en de verkrijger, waardoor de bedrijfsopvolgingsregeling in beginsel openstaat voor iedere verkrijger van ondernemingsvermogen. Echter, omdat de Nederlandse faciliteit enkel wordt verleend indien er sprake is van een schenking of een vererving van ondernemingsvermogen, is er over het algemeen altijd sprake van enige verwantschap. Ook de gunstmaatregel stelt geen nadere voorwaarden aan de mate van verwantschap. Dit lijkt tegenstrijdig te zijn met de eis dat de gunstmaatregel enkel geldt voor familiale ondernemingen, omdat de onderneming hierdoor ook overgedragen kan worden aan personen buiten de familie.

Daarnaast dient zowel de Nederlandse als de Vlaamse verkrijger te voldoen aan de voortzettingvereisten alvorens de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten definitief worden verleend. Immers, wordt aan deze voortzettingvereisten niet (volledig) voldaan, dan worden de faciliteiten naar rato ingetrokken en zijn alsnog de normale tarieven van de erf- en schenkbelasting van toepassing. De sanctie is voor beide landen dus gelijk. In Nederland kennen we echter een voortzettingstermijn van vijf jaar, terwijl in Vlaanderen een voortzetting van drie jaar al voldoende is. Deze voortzettingseis is nodig om slechts reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, maar ook het behoud van de werkgelegenheid is gebaat bij een verplichte termijn. De Vlaamse termijn van drie jaar is in mijn ogen echter te kort om de ruime faciliteit te rechtvaardigen. In Nederland wordt door sommige een termijn van vijf jaar zelfs al als te kort beschouwd.²⁷¹ De voortzettingseis in Vlaanderen is daarnaast een harde eis. Dit betekent dat de faciliteiten ook worden ingetrokken in het geval er sprake is van overmacht door bijvoorbeeld ziekte, overlijden of faillissement.²⁷² Het valt te betreuren dat Vlaanderen in dergelijke gevallen niet net als Nederland heeft voorzien in een aantal uitzonderingssituaties.²⁷³

²⁷⁰ Zie ook: de Beer 2010, par. 5.1.

²⁷¹ Zie o.a.: de Wijkersloot-Lhoëst 2009, par. 6.2.

²⁷² Gedr.St. VI.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 26.

²⁷³ Art. 10 Uitv. Reg. schenk- en erfbelasting.

Het Nederlandse voortzettingsvereiste houdt verder in dat de verkrijger de aandelen of de winstbewijzen gedurende vijf jaar lang niet geheel of gedeeltelijk mag vervreemden. Daarnaast geldt dat de verkrijger de aandelen niet mag omzetten in preferente aandelen of andere aandelen met een beperkte winst- of waarde gerechtigheid. Naast eisen aan de verkrijger stelt de bedrijfsopvolgingsregeling ook eisen aan het lichaam waarop de verkregen vermogensbestanddelen betrekking hebben. Hierbij is het van belang dat het lichaam gedurende de voortzettingsperiode winst blijft genieten uit de onderneming of uit de medegerechtigheid. Dit betekent dat het concern vijf jaar lang zijn deelnemingen niet mag verkopen, zonder dat dit leidt tot een intrekking van de faciliteiten. De faciliteiten worden ook ingetrokken indien er ten aanzien van de verkoopopbrengsten een voornemen bestaat om deze gelden te (her)investeren in de bestaande onderneming. In zulke situaties zouden de faciliteiten naar mijn mening niet moeten worden ingetrokken. Ik sluit mij aan bij Stevens dat het binnen de ratio van de regeling past dat de faciliteiten pas moeten worden ingetrokken op het moment dat de verkoopopbrengsten de ondernemings sfeer verlaten.²⁷⁴ Nu wordt de verkrijger van het ondernemingsvermogen namelijk beperkt in zijn optimale bedrijfsstrategie. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de verkregen ondernemingsactiviteiten niet meer winstgevend zijn, echter vanwege de sanctie toch worden voortgezet.

De Vlaamse regeling is een stuk soepeler met veranderingen binnen het verkregen ondernemingsvermogen tijdens de voortzettingstermijn. De gunstmaatregel stelt namelijk dat de verkregen familiale vennootschap haar activiteiten ten minste drie jaar lang dient voort te zetten, waarbij het niet uitmaakt of dit de activiteiten zijn die door de erflater/schenker zijn overgedragen of dat dit andere activiteiten betreffen dan omschreven in art. 2.7.4.2.2 en art. 2.8.6.0.3 VCF. Slechts is van belang dat er sprake is van een onafgebroken activiteit binnen de onderneming. Ook is het niet relevant wie de aandelen houdt gedurende deze driejaarsperiode. Er wordt ten aanzien van de verkrijger namelijk geen persoonlijke voortzetting geëist, wat het dus mogelijk maakt om de aandelen te verkopen of over te dragen aan een ander zonder verval van de faciliteiten. Voordeel van de Vlaamse regeling is dat de onderneming overgedragen kan worden indien de verkrijger geen geschikte opvolger blijkt te zijn, maar de regeling werkt ook misbruik in de hand. Zonder de eis van persoonlijke voortzetting is het namelijk mogelijk om eenvoudig onbelast vermogen te schenken, door de onderneming eerst te schenken aan een naaste welke de onderneming vervolgens meteen weer kan doorverkopen.²⁷⁵ Het doel van de faciliteit, het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, wordt dan niet bereikt. Door de verkrijger wordt immers geen enkel aandeel geleverd aan de instandhouding van de onderneming, waardoor de faciliteiten in zulke situaties niet zouden moeten gelden. Bovendien komen er liquide middelen vrij bij de verkoop van de onderneming wat het mogelijk maakt om de schenk- en erfbelasting te voldoen. Verder kan de verkoop ertoe leiden dat er niet meer gesproken kan worden van een familiale onderneming. In beginsel worden er dus eisen gesteld aan het familiale karakter van de onderneming, maar vervolgens is het binnen de voortzettingstermijn mogelijk om de onderneming te vervreemden aan een derde. Dit maakt de beperking tot enkel familiale onderneming minder effectief.²⁷⁶

In Vlaanderen geldt daarnaast een aanvullende eis met betrekking tot het behoud van kapitaal. Deze voorwaarde bepaalt dat het kapitaal van de familiale vennootschap in de eerste drie jaar na de schenking of het overlijden niet mag dalen door een uitkering of door een terugbetaling. Voor Nederland is het niet nodig om een soortgelijke voorwaarde te stellen, omdat onder de bedrijfsopvolgingsregeling enkel ondernemingsvermogen kwalificeert.

²⁷⁴ Stevens 2008.

²⁷⁵ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat in Vlaanderen de verkoopopbrengst ook via een handgift belastingvrij geschonken kan worden, op voorwaarde dat dit minimaal drie jaar voor het overlijden plaatsvindt.

²⁷⁶ Hoogeveen 2012A, p. 25.

Ik vind het verder jammer dat de wetgever geen eisen stelt aan de verkrijger van het ondernemingsvermogen op het gebied van zeggenschap, betrokkenheid en winstgerechtigheid. In de parlementaire geschiedenis is immers aangegeven dat de faciliteiten enkel van toepassing zouden moeten zijn op reële bedrijfsopvolgingen, waarbij de bedrijfsopvolger de onderneming als ondernemer dient voort te zetten. Om van een 'echte' ondernemer te kunnen spreken zou er naar mijn idee in ieder geval sprake moeten zijn van een bepaalde mate van zeggenschap, betrokkenheid en winstgerechtigheid in de onderneming.²⁷⁷ Voorts is in de parlementaire geschiedenis bepaald dat er enkel van een ondernemer gesproken kan worden indien de vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker tot een (indirect) aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 hebben behoord.²⁷⁸ Vreemd genoeg wordt dit aanmerkelijk belang begrip niet doorgetrokken naar de verkrijger van de vermogensbestanddelen. De wet stelt zelfs helemaal geen eisen aan de minimale hoeveelheid ondernemingsvermogen die door de verkrijger verkregen dient te worden. Hierdoor valt zelfs de situatie dat de verkrijger 1% van de aandelen verkrijgt van een erflater/schenker die beschikte over 100% van de aandelen onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In mijn optiek zou de wetgever voor de verkrijger van de vermogensbestanddelen dan ook hetzelfde ondernemersbegrip moeten hanteren als dat wordt gebruikt voor de erflater/schenker en zou de verkrijger dus minimaal aanmerkelijkbelanghouder moeten worden. Om ervoor te zorgen dat de verkrijger van het ondernemingsvermogen ook daadwerkelijk invloed kan uitoefenen binnen de onderneming, zou daarnaast aan de verkregen aandelen stemrecht verbonden moeten zijn. Tot slot zouden de aandelen minimaal recht moeten geven op een winstafhankelijk vergoeding. Hiermee wordt bereikt dat de aandeelhouder ook een risico loopt doordat zijn vergoeding op deze manier afhankelijk wordt gesteld van de omvang van de winsten en verliezen van de onderneming. Door te vereisen dat de verkrijger minimaal aanmerkelijkbelanghouder dient te worden en daarnaast eisen te stellen op het gebied van betrokkenheid en winstgevendheid kan beter verdedigd worden dat de faciliteiten enkel in het geval van een reële bedrijfsopvolging toepassing vinden. Op dit moment bestaat immers de situatie dat ook verkrijgers die in feite helemaal geen bedrijfsopvolgers zijn een beroep kunnen doen op de faciliteiten, terwijl de wetgever dit juist wilde voorkomen. De Beer is zelfs van mening dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit de overdracht van aandelen aan niet-bedrijfsopvolgers in de hand werkt, omdat uitsluitend de verkrijger van de aandelen recht heeft op de faciliteiten.²⁷⁹ Het stellen van eisen aan de verkrijger op het gebied van winstgerechtigheid, betrokkenheid en zeggenschap past dus binnen de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

§4.5 Conclusie

Uit dit hoofdstuk blijkt dat hoewel de hoofddoelstelling van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en de Vlaamse gunstmaatregel gelijk is, er toch enkele verschillen tussen beide regelingen bestaan. Zo kent de gunstmaatregel een verschil in behandeling tussen het schenken en vererven van ondernemingsvermogen, terwijl de Nederlandse wetgever juist heeft aangegeven een overdracht bij leven en overlijden zoveel mogelijk gelijk te willen behandelen. Andere verschillen zijn dat de gunstmaatregel geen bezitseis kent en dat beleggingsvermogen in Vlaanderen kwalificeert voor de vrijstelling of het verlaagd tarief. De verschillen tussen beide regelingen heb ik in onderstaand overzicht weergegeven:

²⁷⁷ Zie in gelijke zin: Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 393.

²⁷⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, 9, p. 20-21.

²⁷⁹ De Beer 2009, par. 2.

		Nederland	Vlaanderen
Doelstelling van de faciliteiten		De schenk- of erfbelasting mag geen bedreiging vormen voor de continuïteit van reële bedrijfsoverdrachten	Het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen om zo een duurzame werkgelegenheid te realiseren en het stimuleren van ondernemers om vroegtijdig over te gaan tot een goed voorbereide bedrijfsopvolging
Faciliteiten	Ondernemingsvermogen	100%-vrijstelling tot een bedrag van €1.084.851 (1). Voor het overige vermogen geldt een vrijstelling van 83% (2). 100%-vrijstelling voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern (3).	Bij schenking: volledige vrijstelling. Bij overlijden: verlaagd tarief van 3% of 7% (t.o.v. een tarief van 27/65%), afhankelijk van de mate van verwantschap.
	Beleggingsvermogen	Vrijstelling over 5% van het beleggingsvermogen.	Beleggingsvermogen kwalificeert in zijn geheel voor de faciliteiten
	Uitstel van betalingsregelingen	Ja	Nee, slechts een algemene betalingsfaciliteit.
	Familiaal karakter	Nee	Ja
Verkrijging	Onderneming	Het lichaam waarin het belang wordt verkregen dient een onderneming te drijven of een medegerechtigdheid te houden.	Familiale vennootschap dient te voldoen aan de activiteitsvoorwaarde en een reële economische activiteit uit te oefenen.
	Holding	Het vermogen van een indirect gehouden ab in een werkmaatschappij wordt toegerekend aan de holding.	Actieve holding: faciliteiten zijn van toepassing op alle aandelen. Passieve holding: enkel directe participaties van min. 30% in actieve dochtervennootschappen.
	Preferente aandelen	Preferente aandelen kwalificeren enkel indien deze zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.	Kwalificeren zonder nadere voorwaarden.
	Ter beschikking gestelde onroerende zaken	Kwalificeren, mits dienstbaar aan de onderneming en indien tegelijkertijd verkregen met enig belang in de vennootschap	X
Erflater en schenker	Bezitseis	1 jaar bij overlijden en 5 jaar bij schenken	X
	Minimum belang	5%	30% of 50% samen met de familie
Verkrijger	Voortzettingstermijn	5 jaar door de verkrijger van de aanmerkelijkbelangaandelen. Aandelen mogen gedurende deze periode niet worden vervreemd of omgezet in andere aandelen.	3 jaar (ongeacht de persoon), waarbij het niet van belang is welke activiteiten worden voortgezet en door wie.
	Behoud kapitaal	X	Kapitaal mag in de eerst drie jaren niet dalen door een uitkering of terugbetaling.

5.1 Inleiding

In deze thesis is een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling en de Vlaamse gunstmaatregel. De doelstellingen, faciliteiten, voorwaarden en knelpunten van beide regelingen zijn uitgebreid besproken. In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de probleemstelling: *In welke mate is de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder in de Successiewet 1956 in lijn met haar doelstellingen om liquiditeitsproblemen te voorkomen en enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Bieden de Vlaamse faciliteiten ter zake van het schenken en vererven van ondernemingen aanknopingspunten om de beoogde doelstellingen van de huidige Nederlandse wetgeving beter te verwezenlijken, en zo ja welke aanpassingen zijn hiervoor dan nodig?*

5.2 Samenvatting

De Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn in de loop der jaren aan heel wat wijzigingen onderworpen geweest. Al in 1956 was er een algemene betalingsregeling opgenomen in de Successiewet welke de problemen rondom een bedrijfopvolging trachtte te verlichten. Hoewel de wetgever een specifieke bedrijfsopvolgingsfaciliteit in eerste instantie afwees, ging hij in 1981 toch overstag en werd de eerste bedrijfsopvolgingsregeling ingevoerd. In de jaren daarna hebben vele uitbreidingen plaatsgevonden. De ratio achter de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is echter min of meer hetzelfde gebleven. De faciliteiten zijn telkens opnieuw gerechtvaardigd op grond van het argument dat de heffing van schenk- en erfbelasting niet een reële bedrijfsopvolging in de weg mag staan. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis blijkt de wetgever nadrukkelijk de continuïteit van familieondernemingen heeft willen faciliteren, is het bereik van de bedrijfsopvolgingsregeling niet beperkt tot familieondernemingen. De huidige bedrijfsopvolgingsregeling, welke vanaf 2010 geldt, heeft verder tot doel de oude regeling eenvoudiger, evenwichtiger en toegankelijker te maken. Daarnaast heeft de wetgever aangegeven dat de faciliteiten zo min mogelijk verschil moeten maken tussen ‘overdrachten in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelang sfeer, tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en die als gevolg van het overlijden en tussen directe en indirecte (via holding) gehouden aandelen in een vennootschap.’ Tot slot moest de nadruk meer komen te liggen op het enkel faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten. Zo een reële bedrijfsoverdracht is in art. 35b lid 5 SW 1956 omschreven als: ‘een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erfalter of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35e’.

De huidige faciliteiten bestaan uit een drietal voorwaardelijke vrijstellingen en een tweetal uitstel van betalingsregelingen. Samengevat bepalen deze vrijstellingen dat de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen, op verzoek van de verkrijger, geheel of gedeeltelijk wordt vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. De eerste vrijstelling bestaat uit een 100% vrijstelling voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern. Als tweede geldt er een 100%-vrijstelling voor zover de totale going-concernwaarde van de objectieve onderneming €1.084.851 niet te boven gaat. Ten slotte wordt er over het resterende verkregen ondernemingsvermogen een vrijstelling van 83% verleend. Met deze gedifferentieerde vrijstelling heeft de wetgever beoogt het MKB-bedrijf meer van de vrijstelling te laten profiteren dan de grotere ondernemingen. Hetgeen niet voorwaardelijk wordt

vrijgesteld, komt wel in aanmerking voor tien jaar rentedragend uitstel van betaling. Daarnaast bestaat er nog eenzelfde uitstelregeling voor de verkrijger die erf- of schenkbelasting verschuldigd is over de verkrijging van een vordering op een medeverkrijger die wel ondernemingsvermogen heeft verkregen. Met betrekking tot de uitstel van betalingsregelingen geldt dat zowel de verschuldigde belasting als de rente moeten worden betaald nadat de periode van tien jaar is verstreken.

Ook de Vlaamse gunstmaatregel wordt gemotiveerd met het argument dat de heffing van schenk- en of erfbelasting geen belemmering mag vormen voor de continuïteit van rendabele ondernemingen en de instandhouding van de werkgelegenheid. Echter, naast de veronderstelling dat te hoge schenkings- en successierechten de continuïteit van ondernemingen in gevaar brengen, was uit studies gebleken dat ook het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten bij de opvolger de continuïteit van de Vlaamse ondernemingen bedreigen. Dit heeft ertoe geleid dat in Vlaanderen vanaf 1 januari 2012 een volledige vrijstelling van schenkingsrechten geldt bij de schenking van familiale ondernemingen en bij de schenking van aandelen van familiale vennootschappen. Bij verkrijgingen krachtens erfrecht is een verlaagd tarief van toepassing. Met dit verschil in belasting wil de decreetgever een overdracht bij leven stimuleren boven een overdracht bij overlijden en bedrijfsleiders verleiden om actief over hun opvolging na te denken en hiervoor tijdig de nodige stappen te zetten. Het verlaagde tarief fungeert hierbij als opvangnet voor die gevallen waar de bedrijfsleider overlijdt, voordat men tot een schenking is kunnen overgegaan. Tussen echtgenoten, samenwonenden en in de rechte lijn geldt een tarief van 3% over de waarde van de aandelen verminderd met de schulden. In alle andere gevallen springt het tarief naar 7%. Vlaanderen kent geen specifieke uitstel van betalingsregelingen bij de vererving van ondernemingsvermogen.

Om de voordelen van het gunstregime te kunnen genieten, is het allereerst van belang dat de vennootschap voldoet aan de activiteitsvoorwaarde. Deze voorwaarde houdt in dat de familiale vennootschap de uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwactiviteit of een vrij beroep tot doel moet hebben. Als gevolg hiervan worden vennootschappen waarvan de activiteiten louter bestaan uit passief handelen, uitgesloten van de faciliteiten. Verder dient de familiale vennootschap een reële economische activiteit uit te oefenen. Wat de wetgever precies met een reële economische activiteit bedoelt, wordt niet verder uitgewerkt. Enkel is duidelijk dat geen sprake is van een reële economische activiteit indien uit de balansposten van de jaarrekening blijkt dat de omvang van de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen gelijk zijn of lager zijn dan 1,50% van de totale activa en de terreinen en gebouwen meer dan 50 % uitmaken van het totale actief.

Ook de Nederlandse wetgever wil enkel reële bedrijfsopvolgingen faciliteren, maar om deze doelstelling te bereiken stelt de bedrijfsopvolgingsregeling geen eisen aan het soort activiteiten die de vennootschap dient uit te oefenen. Wel dient het lichaam waarin het belang wordt verkregen een onderneming te drijven of medegerechtigdheid te houden. In de praktijk komt het echter regelmatig voor dat niet de aandelen in de werkmaatschappij, maar de aandelen in de holding worden verkregen. De holding drijft doorgaans geen materiële onderneming, wat zou betekenen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet van toepassing zouden zijn. Voor deze situaties heeft de wetgever de toerekeningregels opgenomen in de wet. Deze regels bepalen dat indien de onderneming een indirect aanmerkelijk belang heeft in een werkmaatschappij die een materiële onderneming drijft, de bezittingen en schulden van deze werkmaatschappij worden toegerekend aan de houdstervennootschap. Op deze manier kunnen holdingvennootschappen alsnog kwalificeren voor de faciliteiten. Ook in Vlaanderen kunnen holdingvennootschappen onder nadere voorwaarden kwalificeren voor de gunstmaatregel. De decreetgever maakt daarbij onderscheid tussen actieve en passieve holdingvennootschappen. Bij actieve holdingvennootschappen komt de volledige waarde van de aandelen in de holding in aanmerking voor

de gunstmaatregel, terwijl de passieve holdingvennootschap alleen kwalificeert voor de faciliteiten indien deze beschikt over een rechtstreekse participatie van minimaal 30% in een actieve dochtervennootschap. Dit betekent dat de gunstmaatregel bij passieve holdingvennootschappen, welke zijn gestructureerd met een tussenholding, niet kan worden toegepast.

De bedrijfsopvolgingsregeling is enkel van toepassing op het vermogen dat nodig is voor het drijven van de onderneming. Als gevolg hiervan kwalificeert beleggingsvermogen niet voor de faciliteiten. Op dit uitgangspunt heeft de wetgever een uitzondering gemaakt. Om vele kleine discussies met de inspecteur over de omvang van het ondernemingsvermogen te voorkomen, is bepaald dat 5% van het beleggingsvermogen bij fictie wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Vlaanderen kent geen onderscheid tussen de verkrijging van beleggings- en ondernemingsvermogen, waardoor beleggingsvermogen in Vlaanderen in zijn geheel kwalificeert voor de faciliteiten. Verder kwalificeren ook ter beschikking gestelde onroerende zaken en de verkrijging van een aanmerkelijk belang bestaande uit preferente aandelen, mits de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging, voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In Vlaanderen kwalificeren enkel aandelen voor de gunstmaatregel. Onder het begrip aandeel wordt verstaan 'elk deelbewijs met stemrecht dat een deel van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigt'. Aangezien preferente aandelen aan beide voorwaarden voldoen, vallen deze in Vlaanderen volledig onder de toepassing van de faciliteiten.

Vervolgens stellen beide landen eisen aan de erflater/schenker. Voor de gunstmaatregel is het van belang dat de familiale vennootschap voldoet aan de participatievoorwaarde. Aan deze participatievoorwaarde wordt voldaan indien op het moment van overlijden of schenken ten minste 50% van de aandelen in volle eigendom, in blote eigendom of in vruchtgebruik toebehoren aan de schenker/erflater en/of zijn familie. Daarnaast kent Vlaanderen sinds 2012 ook een verlichte participatievoorwaarde, welke bepaalt dat onder nadere voorwaarden een aandelenbezit van 30% al kwalificeert. Het is niet vereist dat de aandelen voorafgaand aan de schenking of het overlijden een bepaalde periode onafgebroken in het bezit van de schenker of erflater zijn geweest. Toetsing aan de participatievoorwaarde vindt enkel op het moment van schenken of overlijden plaats. De bedrijfsopvolgingsregeling stelt daarentegen geen eisen aan een familiaal karakter. Enkel is van belang dat wordt verkregen van een aanmerkelijkbelanghouder. Verder dient de overdragende ondernemer te voldoen aan het bezitsvereiste. Dit bezitsvereiste houdt in dat de verkregen aandelen bij de schenker of erflater gedurende een periode van minimaal vijf respectievelijk een jaar tot een aanmerkelijk belang moeten hebben behoord en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende deze bezitsperiode een onderneming dreef of een medegerechtigheid bezat.

De Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn in beginsel voorwaardelijk en worden pas definitief verleend op het moment dat de verkrijger heeft voldaan aan het voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956. Dit voortzettingsvereiste houdt in dat de verkregen onderneming minimaal vijf jaar lang volledig voortgezet dient te worden. Dit betekent dat de verkrijger de aanmerkelijkbelangaandelen gedurende deze periode niet mag vervreemden en het lichaam gedurende deze periode niet mag ophouden winst te genieten. Zowel staking als inkrimping van de ondernemingsactiviteiten zijn in strijd met dit vereiste. Ook een omvorming van de verkregen aandelen in preferente aandelen en een inperking van de winst- of waarde gerechtigheid vormen beëindigingsgronden. Indien op enig moment niet meer aan deze voorwaarden wordt voldaan, worden de faciliteiten naar rato ingetrokken. Ook de gunstmaatregel kent een voortzettingsvereiste, echter om de vrijstelling of het verlaagde tarief te behouden, dienen de activiteiten van de vennootschap slechts drie jaar onafgebroken voortgezet te worden. De begunstigde is niet verplicht de activiteiten van de onderneming zelf voort te zetten. De onderneming kan dus zonder verval van de faciliteiten overgedragen worden. Verder moet de vennootschap gedurende drie jaar een

reële economische activiteit blijven uitoefenen, moet de zetel van werkelijke leiding binnen de EER worden behouden, moet drie jaar lang een (geconsolideerde) jaarrekening opgemaakt worden en moet het kapitaal van de vennootschap behouden blijven. Ook in Vlaanderen geldt, dat indien een of meerdere van deze voorwaarde niet meer worden vervuld, de vrijstelling of het voordeel van de tariefsverlaging geheel of gedeeltelijk verloren gaat. Bovenstaande is samengevat in het onderstaande overzicht:

		Nederland	Vlaanderen
Doelstelling van de faciliteiten		De schenk- of erfbelasting mag geen bedreiging vormen voor de continuïteit van reële bedrijfsoverdrachten	Het bevorderen van de continuïteit van Vlaamse ondernemingen om zo een duurzame werkgelegenheid te realiseren en het stimuleren van ondernemers om vroegtijdig over te gaan tot een goed voorbereide bedrijfsopvolging
Faciliteiten	Ondernemingsvermogen	100%-vrijstelling tot een bedrag van €1.084.851 (1). Voor het overige vermogen geldt een vrijstelling van 83% (2). 100%-vrijstelling voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern (3).	Bij schenking: volledige vrijstelling. Bij overlijden: verlaagd tarief van 3% of 7% (t.o.v. een tarief van 27/65%), afhankelijk van de mate van verwantschap.
	Beleggingsvermogen	Vrijstelling over 5% van het beleggingsvermogen.	Beleggingsvermogen kwalificeert in zijn geheel voor de faciliteiten
	Uitstel van betalingsregelingen	Ja	Nee, slechts een algemene betalingsfaciliteit.
	Familiaal karakter	Nee	Ja
Verkrijging	Onderneming	Het lichaam waarin het belang wordt verkregen dient een onderneming te drijven of een medegerechtigdheid te houden.	Familiale vennootschap dient te voldoen aan de activiteitsvoorwaarde en een reële economische activiteit uit te oefenen.
	Holding	Het vermogen van een indirect gehouden ab in een werkmaatschappij wordt toegerekend aan de holding.	Actieve holding: faciliteiten zijn van toepassing op alle aandelen. Passieve holding: enkel directe participaties van min. 30% in actieve dochtervennootschappen.
	Preferente aandelen	Preferente aandelen kwalificeren enkel indien deze zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.	Kwalificeren zonder nadere voorwaarden.
	Ter beschikking gestelde onroerende zaken	Kwalificeren, mits dienstbaar aan de onderneming en indien tegelijkertijd verkregen met enig belang in de vennootschap	X
Erflater en schenker	Bezitseis	1 jaar bij overlijden en 5 jaar bij schenken	X
	Minimum belang	5%	30% of 50% samen met de familie
Verkrijger	Voortzettingstermijn	5 jaar door de verkrijger van de aanmerkelijkbelangaandelen. Aandelen mogen gedurende deze periode niet worden vervreemd of omgezet in andere aandelen.	3 jaar (ongeacht de persoon), waarbij het niet van belang is welke activiteiten worden voortgezet en door wie.
	Behoud kapitaal	X	Kapitaal mag in de eerst drie jaren niet dalen door een uitkering of terugbetaling.

5.3 Conclusie en aanbevelingen

Uit dit onderzoek kan geconcludeerd worden dat de wetgever met de huidige bedrijfsopvolgingsregeling er grotendeels in is geslaagd zijn doelstellingen te verwezenlijken. Uit bovenstaande blijkt echter dat onder de voorwaarden die worden gesteld aan de verkrijging, de erflater/schenker en de verkrijger ook situaties kwalificeren die niet onontbeerlijk een 'reële bedrijfsopvolging' vormen. Daartegenover staat dat onder de huidige bedrijfsopvolgingsregeling ook situaties denkbaar zijn waarin er juist wel gesproken kan worden van een reële bedrijfsopvolging, maar de faciliteiten desondanks niet toegepast kunnen worden. Binnen de huidige faciliteit zie ik dan ook nog enkele verbeterpunten. Deze verbeterpunten worden hieronder toegelicht.

Het ondernemersvereiste

De bedrijfsopvolgingsregeling is van toepassing op de vermogensbestanddelen die bij de erflater/schenker tot een (in)direct aanmerkelijk belang hebben behoord. Van zo een aanmerkelijk belang is sprake indien de belastingplichtige minimaal 5% van de aandelen in het geplaatste kapitaal in zijn bezit heeft. Aanleiding voor de aansluiting bij het ab-begrip is gestoeld op de gedachte dat een aandeelhouder met een belang van 5% vergelijkbaar is met een ondernemer. Mijns inziens wordt met deze aansluiting afbreuk gedaan aan de ratio achter de bedrijfsopvolgingsregeling, namelijk het enkel faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. In mijn optiek is een belang van slechts 5% onvoldoende om te kunnen spreken van een 'echte' ondernemer binnen een 'reële bedrijfsoverdracht'. Een aandeelhouder met zo een klein belang heeft immers maar een heel beperkte invloed in de bedrijfsvoering van de vennootschap. Bovendien is de betrokkenheid van een dergelijke aandeelhouder niet te vergelijken met de betrokkenheid van de IB-ondernemer bij zijn IB-onderneming. Daarnaast kwalificeren onder de huidige regeling zelfs koopopties, de fictief aanmerkelijkbelanghouder en de soortaanmerkelijkbelanghouder, terwijl deze niet eens beschikken over een belang van 5%. Afgevraagd kan worden of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor zulke kleine belangen noodzakelijk zijn en of de continuïteit van een onderneming door het betalen van erf- of schenkbelasting bij zulke kleine belangen wel in gevaar komt. In mijn optiek is dat niet het geval.

De wetgever zou het percentage van 5% dan ook moeten verhogen naar bijvoorbeeld een percentage van bijvoorbeeld 20%. Bij een verhoogd percentage is er sprake van een zekere mate van betrokkenheid en controle bij de vennootschap en wordt beter bereikt dat de erflater/schenker ook daadwerkelijk een belangrijke zeggenschap heeft binnen de ondernemingsuitoefening, waardoor deze beter vergeleken kan worden met een echte ondernemer. Ondanks dat het stellen van een grens altijd arbitrair blijft, kan bij een groter belang beter verdedigd worden dat de aandeelhouder de aandelen in mindere mate zal beschouwen als belegging. Op deze manier wordt tevens beter aangesloten bij de bedrijfsoverdrachten in de winstsfeer.

Introductie van een familiaal aanmerkelijk belang

De aanscherping van het ondernemersvereiste zou gecompenseerd kunnen worden met de introductie van een soortgelijke familiale participatievoorwaarde zoals geldt in Vlaanderen, zodat ook vanuit het perspectief van de familie in haar geheel naar de omvang van het aandelenbezit wordt gekeken. In de praktijk is het immers niet ondenkbaar dat de situatie bestaat waarin het directe belang in de holding verwatert door verervingen naar bijvoorbeeld de kinderen. Door deze verwatering van aandelenbelangen aan de top van het familiebedrijf bestaat de kans dat het aandelenbelang zodanig over een familie is verspreid, dat er geen recht meer bestaat op de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De invoering van een familiaal aanmerkelijk belang kan ertoe leiden dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toch van toepassing zijn indien de familie gezamenlijk een direct of een indirect belang van minimaal

51% van de aandelen met stemrecht van de vennootschap in hun bezit hebben. Deze benadering is in lijn met de aanbevelingen van de Europese Commissie, welke in 1994 al met het verzoek kwam om overdrachten van familiale ondernemingen en vennootschappen niet langer meer fiscaal te belemmeren. Bovendien zou deze uitbreiding ervoor kunnen zorgen dat de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling, het faciliteren van (alle) reële bedrijfsopvolgingen, beter wordt bereikt, omdat de faciliteiten nu ook open staan voor de aandelenbelangen die zijn verspreid over de familie.

Nadere eisen aan de erflater/schenker

Ondanks dat de wetgever met de bedrijfsopvolgingsregeling enkel reële bedrijfsopvolgingen wil faciliteren, wordt er ten aanzien van de overdrager geen zeggenschap of betrokkenheid geëist. Dit betekent dat de erflater/schenker geen enkele rol hoeft te hebben vervuld binnen de feitelijke ondernemingsuitoefening. Het enkel houden van 5% van de aandelen gedurende een bepaalde periode is voldoende. Vanuit de gedachte van de wetgever dat enkel 'echte' ondernemers binnen een 'reële bedrijfsopvolging' van de faciliteiten zouden moeten kunnen profiteren, hadden nadere eisen aan de erflater/schenker voor de hand gelegen. De bedrijfsopvolgingsregeling zou daarom in mijn optiek, net als de Vlaamse gunstmaatregel, moeten bepalen dat een aandeel slechts kwalificeert voor de faciliteiten indien er stemrecht aan is verbonden. Door te eisen dat aan het aandeel stemrecht verbonden dient te zijn, wordt bereikt dat de erflater of schenker ook daadwerkelijk invloed heeft kunnen uitoefenen en betrokken is geweest bij de bedrijfsuitoefening van de vennootschap. Daarnaast zouden de aandelen minimaal recht moeten geven op een winstafhankelijke vergoeding. Als gevolg hiervan zullen winstbewijzen en koopopties niet meer kwalificeren. Naar mijn mening terecht, want deze beïnvloeden op geen enkele manier de winstgevendheid van de vennootschap.

De gedifferentieerde vrijstelling

De wetgever heeft met de gedifferentieerde vrijstelling beoogd het MKB-bedrijf meer te laten profiteren van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, dan de grotere ondernemingen. De uitvoering van de wetgeving is met de gedifferentieerde vrijstelling echter onnodig complex geworden. De berekening an sich is geen probleem, maar met name de gebrekkige formulering omtrent de omvang van de objectieve onderneming zorgt in de praktijk voor moeilijkheden. In mijn optiek zou de gedifferentieerde vrijstelling beter teruggebracht kunnen worden naar een vrijstellingspercentage of een verlaagd tarief net als in Vlaanderen. Voor hetgeen niet wordt vrijgesteld, kunnen uitstel van betalingsregelingen worden verleend waardoor de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt.

De 5%-beleggingseis

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn enkel van toepassing op het vermogen dat nodig is voor het drijven van de onderneming. Als gevolg hiervan kwalificeert duurzaam overtollig vermogen niet voor de faciliteiten. Op dit uitgangspunt heeft de wetgever een uitzondering gemaakt. Om vele discussies met de inspecteur over de omvang van het ondernemingsvermogen te voorkomen, is bepaald dat 5% van het beleggingsvermogen bij fictie wordt aangemerkt als ondernemingsvermogen. Hierdoor kwalificeert eventueel aanwezig beleggingsvermogen enkel als beleggingsvermogen indien het de waarde van 5% van het aanwezige objectieve ondernemingsvermogen overstijgt. Ik sluit mij aan bij onder andere Van Vijfeijken, Hoogeveen en Stevens die van mening zijn dat het beter zou zijn om deze 5%-beleggingseis af te schaffen. Wanneer is vastgesteld welk vermogen tot de objectieve onderneming moet worden gerekend, zie ik geen reden meer om de faciliteiten te verlenen voor het vermogen dat blijvend overtollig is. Daarnaast is beleggingsvermogen niet noodzakelijk voor de bedrijfsuitvoering en kan het over het algemeen snel liquide worden gemaakt. Bovendien heeft de wetgever aangegeven zo min mogelijk verschil in wetgeving te willen maken tussen overdrachten in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelang sfeer, maar door deze 5%-beleggingseis wordt alsnog een onnodige inbreuk gemaakt

op deze beoogde rechtsvormneutraliteit. Tot slot wordt de discussie over de omvang van het ondernemingsvermogen met de 5%-beleggingseis niet opgelost.

Preferente aandelen

In Nederland geldt dat de verkrijging van een aanmerkelijk belang dat bestaat uit preferente aandelen enkel wordt gefaciliteerd indien deze zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Vanuit het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit en de visie dat de preferente aandeelhouder slechts kan worden gezien als kapitaalverstrekker, omdat deze in feite niets anders is dan een financier en niet volledig meedeelt in alle vermogensmutaties van de onderneming is het mijns inziens terecht dat preferente aandelen van de faciliteiten worden uitgesloten, tenzij deze zijn verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Echter, door de strikte eisen die wetgever stelt aan de preferente aandeelhouder komt het in de praktijk voor dat situaties die gericht zijn op een gefaseerde bedrijfsopvolging niet onder het toepassingsbereik van de bedrijfsopvolgingsregeling vallen, omdat niet aan alle voorwaarden wordt voldaan. Door een tegenbewijsregeling op te nemen in de wet kan beter gerealiseerd worden dat daadwerkelijk alle reële bedrijfsopvolgingen onder de toepassing van de faciliteiten vallen.

Nadere eisen aan de voortzetter

In de parlementaire geschiedenis is meerdere malen aangehaald dat de faciliteiten enkel van toepassing zouden moeten zijn op de bedrijfsopvolger die de onderneming als ondernemer voortzet. Toch worden op het gebied van zeggenschap, betrokkenheid en winstgerechtigheid geen nadere eisen gesteld aan de verkrijger van de vermogensbestanddelen. In mijn optiek zou de wetgever hetzelfde ondernemersbegrip moeten hanteren als dat wordt gebruikt voor de erfflater/schenker, wat betekent dat de verkrijger minimaal aanmerkelijkbelanghouder zou moeten worden. Om ervoor te zorgen dat de verkrijger van het ondernemingsvermogen ook daadwerkelijk invloed kan uitoefenen binnen de onderneming, zou daarnaast aan de verkregen aandelen stemrecht verbonden moeten zijn. Tot slot zouden de aandelen minimaal recht moeten geven op een winstafhankelijke vergoeding, waarmee wordt bereikt dat de aandeelhouder ook daadwerkelijk een risico loopt doordat zijn vergoeding afhankelijk wordt gesteld van de omvang van de winsten en verliezen van de onderneming. Op dit moment bestaat immers de situatie dat ook verkrijgers die in feite helemaal geen bedrijfsopvolgers zijn een beroep kunnen doen op de faciliteiten, terwijl de wetgever dit juist wilde voorkomen. Het stellen van nadere eisen aan de verkrijger op het gebied van winstgerechtigheid, betrokkenheid en zeggenschap past dus binnen de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

Wijziging van het oorspronkelijk verkregen ondernemingsvermogen

De eisen die de Nederlandse wetgever stelt aan de voortzetter met betrekking tot het oorspronkelijk verkregen ondernemingsvermogen zijn naar mijn mening te streng. Nederland zou net als Vlaanderen soepeler moeten omgaan met veranderingen van het verkregen ondernemingsvermogen binnen de voortzettingstermijn. Op basis van de huidige wetgeving worden immers de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten naar rato ingetrokken indien het lichaam binnen vijf jaar ophoudt uit (een deel van) de onderneming winst te genieten. Dit betekent dat het verkregen concern vijf jaar lang zijn deelnemingen niet mag verkopen, zonder dat dit leidt tot een gedeeltelijke intrekking van de faciliteiten. De faciliteiten worden ook ingetrokken indien er ten aanzien van de verkoopopbrengsten een voornemen bestaat om deze gelden te (her)investeren in bestaande of nieuwe activiteiten van de bestaande onderneming, omdat de oude activiteiten bijvoorbeeld niet meer winstgevend zijn. In mijn optiek zou de sanctie zich slechts moeten beperken tot de verkoopopbrengsten die de ondernemingsfeer verlaten. Deze benadering is in overeenstemming met de ratio van de bedrijfsopvolgingsregeling, welke een

onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid en instandhouding van de werkgelegenheid tot doel heeft.

Kortom, de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit voorkomt met zijn ruime vrijstellingen en uitstel van betalingsregelingen liquiditeitsproblemen bij de schenking en vererving van ondernemingsvermogen. Echter, zoals hierboven al is aangegeven, kunnen we lering trekken uit hoe onze zuiderburen de faciliteiten omtrent de bedrijfsopvolging hebben vormgegeven. Met de introductie van een familiaal belang, de invoering van het stemrechtvereiste, het soepeler omgaan met veranderingen van het verkregen ondernemingsvermogen binnen de voortzettingstermijn, het opnemen van een tegenbewijsregeling bij de verkrijging van preferente aandelen, het aanpassen van het ondernemersvereiste, de afschaffing van de gedifferentieerde vrijstelling en de afschaffing van de 5%-beleggingseis zou de bedrijfsopvolgingsfaciliteit beter aansluiten bij de ratio.

Literatuurlijst

De Beer 2007

A.M.A. de Beer, 'De 'niet-beleggingseis'' in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten Successiewet 1956', *WFR* 2007/787.

De Beer 2009

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

De Beer 2009A

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

De Beer 2010

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

De Beer 2015

A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.

De Beer en Hoogeveen 2016

A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (I)', *WFR* 2016/161.

De Beer en Hoogeveen 2016A

A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)', *WFR* 2016/183.

De Beer en Hoogeveen 2019.

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

Berentsen 2018.

L. Berentsen, 'Grote verschillen in Europese belasting bij overdracht familiebedrijven', *Het Financieel Dagblad* 14 mei 2018

Biesmans en Deblauwe 2012

A. Biesmans en R. Deblauwe, "Overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen", *T.Not.* 2012, 328-347.

Broekhuizen & Verbeek 2014.

K. Broekhuizen & J. Verbeek, 'Financiën trekt hogere erfbelasting weer in', *FD* 1 mei 2014.

Decuyper & Ruyseveldt 2017

J. Decuyper & J. Ruyseveldt., *Successierechten 2016-2017*, Antwerpen, Kluwer.

Dijkstra 2011

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

Dijkstra 2016

C.G. Dijkstra, 'Bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing bij fictieve verkrijging op grond van art. 13a SW?!', *FBN* 2016/6

Meijaard en Diephuis 2004

J. Meijaard & B.J. Diephuis, *Bedrijfsoverdrachten in het MKB*, Zoetermeer: EIM februari 2004.

Ekroth-Manssila 2003

K. Ekroth-Manssila, 'Een Europees probleem', *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D29.

Fluijt 2016

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

Ganzeveld 2013

J. Ganzeveld, 'Indirect aanmerkelijk belang: toe aan revisie', *NtFR* 2013/2431.

Ganzeveld en Van Gijlswijk 2017

J. Ganzeveld en M.J.A.M. Van Gijlswijk, 'Bedrijfsopvolgingsregeling: enkele praktijkontwikkelingen', *FTV* 2017/31.

Gijlswijk, Hoogeveen, Peters van Neijenhof, Pijpers, & de Wijkerslooth-Lhoëst 2012

M. J. A. M. Gijlswijk, M.J. Hoogeveen, T.N. Peters van Neijenhof, Y.J.M. Pijpers, & de S.A.M. Wijkerslooth-Lhoëst, '*De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de boedel*', Amsterdam: BDO Private Wealth Tax Fund.

De Groot 2012

D. de Groot, *Handboek successierechten*, Antwerpen: Intersentia 2012

Gubbels 2002

N.C.G. Gubbels, 'De successierechtelijke gevolgen van de vererving van ondernemingsvermogen', *TFO* 2002/157.

De Haan 2009

A. de Haan, De bedrijfsopvolgingsregeling: stimulering of grondslagversmalling? *FED* 2009/81.

Hanegreefs 2011

J.G.A. Hanegreefs, 'Belgische successierechten', *KWEP* 2011/2.

Herten en Coppens 2012.

F. Herten & W. Coppens, "De overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaams Gewest", *AFT*, 2012/11.

Heithuis 1999

E.J.W. Heithuis, Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen (Fiscale monografieën, nr. 89) (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1999.

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis, 'Een ongelukkig amendement', *WFR* 2010/348.

Hoogeveen 2002

M.J. Hoogeveen, Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002, *WPNR* 2002/6485.

Hoogeveen 2004.

M.J. Hoogeveen, Schenken en vererven van ondernemingsvermogen (*FED Fiscale Brochures*), Deventer: Kluwer 2004.

Hoogeveen 2005

M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteit: het ene bedrijfspand is het andere niet', *NtFR* 2005/1045.

Hoogeveen 2011

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

Hoogeveen 2012

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

Hoogeveen 2012A

M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland', *Vakblad Estate Planning* 2012/5.

Hoogeveen 2012B

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

Hoogeveen 2012C

M.J. Hoogeveen, 'Faciliteiten zijn cadeautje voor familiebedrijven', Interview, *Het Register* 2012/1.

Hoogeveen 2016.

M.J. Hoogeveen, 'Fictieve verkrijgingen, de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de bezitsei', *WPNR* 2016/2016.

Hoogeveen 2017

M.J. Hoogeveen, 'Kroniek: de rechter en de BOR', *Het Register* 2017/4.

Hoogeveen en Lindenhof 2017

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

Hoogwout 2012

T.C. Hoogwout, 'Wensen voor een nieuw beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', *FBN* 2012/48.

Hoogwout 2018

T.C. Hoogwout, 'Verkrijging kwalificerend ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956'. *FBN* 2018/3-14.

Janssen 2010

R.L.M.C. Janssen, 'AB-faciliteiten in IB en SW: een paar verschillen', *KWEP* 2010/2.

Kikkert 2003

M.W.L. Kikkert, 'Het belang van soepele overdracht', *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D3.

Martens en Sonneveldt 2013

C.J.M. Martens en F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: SDU 2013.

Meijer & Denneboom 2014

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

Moens en Cleeren 2018.

B. Moens en E. Cleeren, 'Verkoop steeds vaker alternatief voor schenking familiebedrijf', *De Tijd* 24 augustus 2018.

Peeters en Smet 2015

B. Peeters en R. Smet, 'De Vlaamse registratie/ en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015', *AFT* 2015/12.

Van Praag 2003

C.M. van Praag, 'De motivatie van de ondernemer', *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D17.

Roelen 2007

A.W.M. Roelen, 'De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking', *MBB* 2007/3.

Rozendal 2018

A. Rozendal, 'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *NFR Beschouwingen* 2018/7.

Rozendal 2018

A. Rozendal, 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.

Ruyseveldt 2016/2017

J. Ruyseveldt 2016/2017, *Praktijkgids 2016-2017 – Successieplanning*, Artoos Communicatiegroep.

Schuurman-van Nifterik en de Jong 2012

M.M.J. Schuurman-van Nifterik en L.B. de Jong, 'Schenken van (preferente) aandelen', *VFP* 2012/38.

Stevens 2008

S.A. Stevens, 'Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit', *WFR* 2008/339.

Stevens 2010

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

Stubbé 2008

J.P.M. Stubbé, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet', *FBN* 2008/2.

Thomassen 2002

A.J. Thomassen, *Familiebedrijven in Nederland. Een schets van de feiten en cijfers*, Tilburg: Centrum voor het familiebedrijf 2002.

Tigelaar-Klootwijk 2013

Tigelaar-Klootwijk, Y.M., 'Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (diss. Rotterdam)', *Fiscale monografieën 141*, Deventer 2013.

Tigelaar-Klootwijk 2014

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De (on)rechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling', *WFR* 2014/972.

Van de Ven en Schulpen 2012

K.M.L.L. van de Ven en R. Schulpen, 'Nieuwe bedrijfsopvolgingsregels in het Vlaams Gewest', *KWEP* 2012/30.

Verstijnen 2009

W. Verstijnen, 'Bedrijfsopvolging en afgezonderde particuliere vermogens', *MBB* 2009/06.

Van Vijfeijken 2008

I.J.F.A. Van Vijfeijken, 'De wet schenk- en erfbelasting 2010', *WPNR* 2008/6757

Van Vijfeijken 2011

I.J.F.A. Van Vijfeijken, *De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel*, In: *Principieel belastingrecht*, Liber Amicorum Richard Happé, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.

Van Vijfeijken & Gubbels 2018

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

Van Vijfeijken en Gubbels 2018A

I.J.F.A. van Vijfeijken & N. Gubbels, *50 jaar heffing van belasting over schenkingen en erfrechtelijke verkrijgingen*, Jubileumbundel FIT: 50 jaar onderwijs en onderzoek, Tilburg University 2018.

De Wijkerslooth-Lhoëst 2008

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, Contouren nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting, geen afstel maar uitstel, *WFR* 2008/1113.

De Wijkerslooth-Lhoëst 2009

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

De Wijkerslooth-Lhoëst 2010

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

Zuiderwijk 2010

J.C.L. Zuiderwijk, 'Family Business Estate Planning: het nieuwe speelveld is definitief', *KWEP* 2010/1.

Zuiderwijk 2018

J.C.L. Zuiderwijk, 'Praktijkupdate bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956 (zomer 2018)', *KWEP* 2018/22.

Zwier 2011

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

Rapporten**CBS 2017**

CBS, *CBS Familiebedrijven in Nederland*, Den Haag/Heerlen/Bonaire: 2017.

EIM februari 2004 (Meijaard & Diephuis)

J. Meijaard & B.J. Diephuis, *Bedrijfsoverdrachten in het MKB*, Zoetermeer: EIM februari 2004

EIM 2005 (De Jong & Van der Velden)

G. de Jong & A.J. van der Velden, *Voorbeeldig ondernemen bij bedrijfsoverdracht in het MKB*, Zoetermeer: EIM maart 2005.

Eindverslag deskundigengroep EU (BEST-rapportage) 2002

Deskundigengroep EU, *Eindverslag van de deskundigengroep van de EU inzake de overdracht van kleine en middelgrote bedrijven*, mei 2002, in opdracht van het Directoraat Generaal Ondernemingen van de Europese Commissie. URL: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/transfer_business/transfer_com_02/final_report_nl.pdf

Rapport KPMG april 2014

KPMG, European Family Business Tax Monitor: Comparing the impact of tax regimes on family businesses, april 2014.

Rapport KPMG 2018

KPMG, *Global family business tax monitor report*, mei 2018.

Rapport Moltmaker 2000

Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000.

Rapport SEO 2014

SEO economisch onderzoek, *Eindrapport Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, SEO economisch onderzoek, september 2014.

Rapport SOFB 2011

Steunpunt Beleidsrelevant Onderzoek Fiscaliteit en Begroting, Project B5: Voorstel: alternatieve overdrachtsregeling voor bedrijven, Brussel, augustus 2011.

Rapport werkgroep Fiscaliteit 2016

Rijksoverheid, *Werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei*, juli 2016.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1979/80, 16 016, 9,
Kamerstukken II 1979/80, 16 016, 10.
Kamerstukken II 1979/80, 16 016, 24.
Kamerstukken II 1983/84, 17 553, 17.
Kamerstukken II 1983/84, 18 226, 3.
Kamerstukken II 1995/96, 24 761, 3.
Kamerstukken II 1997/98, 25 688, 3.
Kamerstukken II 2001/02, 28 015, 3.
Kamerstukken II 2008/09, 31 390, 3.
Kamerstukken II 2008/09, 31 390, 9.
Kamerstukken II 2009/10, 31 390, 9.
Kamerstukken II 2009/10, 31 390, 13.
Kamerstukken II 2009/10, 31 390, 79.
Kamerstukken II 2009/10, 31 705, 23.
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, 16.
Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D.
Kamerstukken I 2009/10, 31 930, F.
Kamerstukken I 2009/10, 32 128, E, p. 7.
Kamerstukken II 2009/10, 32 129, 3.
Kamerstukken II 2009/10, 32 130, 3.
Kamerstukken II 2012/13, 32 637, 76.
Kamerstukken I 2013/14, 33 752, N.
Kamerstukken II 2017/18, 34 775, 2.

Overig

Aanbeveling Europese Commissie van 7 december 1994

Aanbeveling Europese Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, Nr. L 385/14.

Eindverslag deskundigengroep EU (BEST-rapportage) 2002

Deskundigengroep EU, Eindverslag van de deskundigengroep van de EU inzake de overdracht van kleine en middelgrote bedrijven, mei 2002, in opdracht van het Directoraat Generaal Ondernemingen van de Europese Commissie (te raadplegen op: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/transfer_business/transfer_com_02/final_report_nl.pdf).

KVK 2017

KVK, *Jaaroverzicht ondernemend Nederland*, januari 2017 (te raadplegen op: <https://www.kvk.nl/over-de-kvk/media-en-pers/nieuws-en-persberichten/kvk-bedrijvendynamiek-2016/>).

Omzendbrief van 20 juli 2012

Omzendbrief van 20 juli 2012 Interpretatie van de regeling met betrekking tot overdrachten van familiale ondernemingen en vennootschappen zoals ingevoegd bij hoofdstuk 17 van het decreet van 23 december 2011, FB/2012/1.

PbEU 2016, C 13/03

H. Malosse e.a., “Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over familiebedrijven in Europa als bron van nieuwe groei en kwaliteitsvollere banen”, *Publicatieblad van de Europese Unie*, 15 januari 2016, nr. C13-03.

PwC 2014

PwC, *Family Business Survey 2014*. The Netherlands, Amsterdam: PricewaterhouseCoopers B.V. 2014.

PwC 2014 A

R. de Lange-Snijder & J.H.M. Nieuwenhuizen, ‘Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk – Onderzoek naar de invloed van bedrijfsopvolgingsregelingen op de continuïteit van familiebedrijven’, PwC, december 2014.

PwC 2015

R. de Lange-Snijders, J.H.M. Nieuwenhuizen, C. de Nooijer, J. Velthuisen, C. Zandvoort-Gerritsen, P. Anthoni, M. Tydeman en L. Jansen, ‘*West-Europa trekt één lijn bij overdracht familiebedrijven*’, PwC, april 2015.

PwC 2016

J. Velthuisen, R. de Lange-Snijders en C. De Nooijer, *Het familiebedrijf: veelzijdig belang voor de Nederlandse samenleving*, PwC, 2016

Vlaamse omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 13.

Omzendbrief betreffende de interpretatie van de regelgeving met betrekking tot de overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen zoals ingelast in de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013 bij decreet van 19 december 2014, nr. 2015/2.