



---

DE INKOOP EN INTREKKING VAN AANDELEN: DE  
GEVOLGEN VOOR DE AB-REGELING IN DE WET IB 2001  
EN DE BEZITSTERMIJN IN DE SW 1956

---

MASTERTHESIS

P.M. (Patrick) de Zwart

SNR: 2030195

Masterthesis Fiscaal Recht (690934-M-18)

18 oktober 2021

Samenstelling examencommissie: mr. dr. M.J. (Mascha) Hoogeveen en prof. dr. S.A. (Stan) Stevens

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Tilburg University

## Voorwoord

---

Deze masterthesis is geschreven ter afsluiting van mijn master Fiscaal Recht aan Tilburg University. Met het schrijven van deze woorden komt een einde aan mijn universitaire opleiding van ruim zeven jaar (mijn vooropleiding op het hbo meegerekend). Die periode heeft zeker tegenslagen gekend, maar vooral veel successen. Ik heb onwijs veel kennis en kunde opgedaan en vriendschappen voor het leven gemaakt. Mijn jongere ik mag trots zijn op alles wat ik tot nu toe heb bereikt. Niet alleen qua opleiding, maar ook zeker op het gebied van mijn aanstaande carrière.

Ook mag ik trots zijn op de vrienden die ik de afgelopen jaren om mij heen heb verzameld. Vrienden die mij altijd hebben gesteund en er steeds voor mij zijn geweest, bijvoorbeeld op de momenten dat ik vastliep in het proces van het schrijven van mijn masterthesis. Dank jullie wel, dat heeft mij goed gedaan. En dankbaar voor mijn ouders en broertje. Een jaar geleden hebben wij in een spreekwoordelijke rollercoaster gezeten met gelukkig een goed einde.

Over vriendschappen gesproken wil ik van dit moment ook gebruik maken om Yoran en Pieretta te bedanken. De afgelopen zes jaar hebben wij met veel plezier samen gestudeerd. Ik ben hun dan ook zeer dankbaar voor het avontuur dat wij samen zijn aangegaan door ervoor gekozen te hebben om samen aan onze masteropleiding te beginnen. Zonder jullie had ik de afgelopen jaren zonder twijfel als minder plezierig ervaren. Ik kan alleen maar dromen over wat wij de komende jaren gaan bereiken.

In het bijzonder wil ik mevrouw Hoogeveen bedanken. Zij heeft mij als geen ander weten te prikkelen met haar feedback en interessante discussies. Na elke bespreking had ik weer nieuwe moed en nieuwe kennis opgedaan. Waar ik haar misschien nog wel dankbaarder voor ben is het persoonlijke contact dat wij de gehele periode met elkaar hebben gehad. Naast het zakelijke contact hebben wij ook persoonlijke momenten met elkaar gedeeld, leuke en minder leuke momenten. Dat heeft mij ontzettend goed gedaan de afgelopen maanden. Dankjewel Mascha.

Dan rest mij u enkel nog veel plezier te wensen met het lezen van deze thesis.

Patrick de Zwart

September 2021

## Abstract

---

Dit onderzoek poogt inzicht te geven in de gevolgen van het inkopen en intrekken van aandelen voor de ab-regeling in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956. Meer specifiek is onderzocht welke gevolgen de inkoop en de intrekking van aandelen heeft voor de ab-regeling en voor de bezitstermijn van de BOR in de SW 1956 en of deze gevolgen passen binnen het vervreemdingsbegrip respectievelijk doel en strekking van de BOR.

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten het vervreemdingsbegrip uitgekristalliseerd. Dat komt erop neer dat een ab-houder zijn aandelen moet doen overgaan uit zijn vermogen in dat van een ander. Strikt genomen valt een inkoop van aandelen hieronder, maar toch heeft de wetgever hiervoor een fictieve vervreemding in de wet opgenomen. Dat is mogelijk niet nodig.

Op dit moment is de tekst van de wet ten aanzien van de bezitstermijn niet in overeenstemming met doel en strekking van de BOR. Dat komt omdat de relatieve en subjectieve toename van de gerechtigdheid tot het vermogen en de winst van een vennootschap naar aanleiding van de inkoop en intrekking van aandelen niet leidt tot de start van een nieuwe bezitstermijn. Hetzelfde geldt voor de inkoop en intrekking van kwalificerende preferente aandelen, zowel op direct als indirect niveau.

Dit onderzoek heeft geresulteerd in een aanbeveling aan de wetgever. De huidige tekst van de wet zou vervangen moeten worden door 'direct of indirect gerechtigd was tot de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en de daarin besloten rechten'.

# Inhoudsopgave

---

Voorwoord .....	2
Abstract .....	3
Inhoudsopgave .....	4
Afkortingenlijst .....	5
1 Inleiding .....	6
1.1 Introductie .....	6
1.2 Onderzoeksdoel .....	8
1.3 Vraagstelling .....	8
1.4 Wetenschappelijk en theoretisch kader .....	9
2 De BOR in de SW 1956 op hoofdlijnen .....	11
2.1 Algemeen .....	11
2.2 Ondernemingsvermogen .....	11
2.3 Bezitstermijn .....	13
2.4 Voortzettingsvereiste .....	16
2.5 Deelconclusie .....	16
3 De inkoop en intrekking van aandelen en het vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001 .....	17
3.1 Aanmerkelijkbelangregeling algemeen .....	17
3.2 Het vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001 .....	20
3.3 Inkoop en intrekking van aandelen .....	23
3.4 Deelconclusie .....	26
4 Inkoop van aandelen: gevolgen voor de bezitstermijn .....	28
4.1 Inkoop van direct gehouden gewone aandelen .....	28
4.2 Inkoop van indirect gehouden gewone aandelen .....	30
4.3 Kwalificerende en niet kwalificerende preferente aandelen .....	33
4.4 Inkoop van direct gehouden preferente aandelen .....	35
4.4.1 Inkoop van kwalificerende preferente aandelen .....	35
4.4.2 Inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen .....	37
4.5 Inkoop van indirect gehouden preferente aandelen .....	38
4.5.1 Inkoop van kwalificerende preferente aandelen .....	38
4.5.2 Inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen .....	40
4.6 Deelconclusie .....	41
5 Conclusie en aanbevelingen .....	42
Literatuur- en bronnenlijst .....	44

## Afkortingenlijst

---

Ab	Aanmerkelijk belang
Art.	Artikel
Besluit IB 1941	Besluit op de inkomstenbelasting 1941
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IB	Inkomstenbelasting
IW 1990	Invorderingswet 1990
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NV	Naamloze vennootschap
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
SW 1956	Successiewet 1956
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv.reg. IB 2001	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. S&E	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
V-N	Vakstudie Nieuws
Vof	Vennootschap onder firma
Vpb	Vennootschapsbelasting
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

# 1 Inleiding

---

## 1.1 Introductie

Sinds 2010 is het fiscale landschap op het gebied van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten drastisch veranderd.<sup>1</sup> Met ingang van dat jaar heeft de wetgever de bestaande doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 aangepast. Enerzijds zijn de doorschuifregelingen verruimd, omdat een doorschuifregeling is geïntroduceerd voor het schenken van ab-aandelen. Anderzijds is een beperking doorgevoerd; de doorschuifregeling bij overlijden van de ab-houder is nog enkel van toepassing op het ondernemingsvermogen dat aanwezig is in het lichaam.

Ook de SW 1956 is - onder andere - ten aanzien van de BOR in 2010 op de schop genomen. De wetgever heeft een nieuwe regeling tot stand gebracht met voorwaarden die veel gelijkenissen vertoont met de voorwaarden van de doorschuifregeling in de Wet IB 2001, althans voor wat betreft het kwalificerende ondernemingsvermogen. Op andere punten bestaan nog steeds grote verschillen. Het grootste verschil is dat de regeling in de SW 1956 in de vorm van een voorwaardelijke vrijstelling is gegoten (afstel), terwijl voor de Wet IB 2001 gekozen is voor de systematiek van het doorschuiven van de verkrijgingsprijs, waarbij de claim dus behouden blijft (uitstel). Daarnaast geldt voor de BOR een bezitstermijn, waarbij deze periode afhankelijk is of wordt verkregen krachtens erfrecht (één jaar), of krachtens schenking of gift (vijf jaar). Ook geldt voor de BOR een voortzettingsperiode van vijf jaar voor de verkrijger van het ondernemingsvermogen, wat kort gezegd inhoudt dat hij de aandelen niet mag vervreemden en dat het lichaam niet mag ophouden winst te genieten in die periode van vijf jaar. Op het moment dat hieraan voldaan is, wordt de voorwaardelijke vrijstelling definitief verleend. De doorschuifregelingen kennen geen bezitstermijn en evenmin een voortzettingsvereiste.

De wetgever heeft bij de invoering van de vernieuwde BOR beoogd de reeds bestaande doelstellingen te handhaven, zoals het alleen willen faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen en het waarborgen van de continuïteit van de onderneming.<sup>2</sup> Andere doelen die met de wetswijziging zijn beoogd, zijn het vereenvoudigen van de regelgeving en het tot stand brengen van een evenwichtige fiscale behandeling van bedrijfsopvolgingen. Dit is tot uitdrukking gekomen in de uniformering van de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Wet IB 2001 en de SW 1956. Om te zorgen dat de doelstellingen gehandhaafd konden blijven, was en is het noodzakelijk om de belegger uitdrukkelijk uit te sluiten van de toepassing van de BOR. Eén van die doelstellingen is immers het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Dit heeft onder meer geresulteerd in de voorwaarden dat enkel ondernemingsvermogen van een materiële onderneming kwalificeert voor de BOR en dat de preferente aandeelhouder in beginsel van de faciliteiten is uitgesloten omdat de wetgever deze preferente aandeelhouder met ingang van 2010 als een belegger beschouwt.<sup>3</sup> Op dit laatste bestaat alleen in geval van een gefaseerde bedrijfsopvolging een uitzondering. Deze uitzondering is gemaakt omdat het in de praktijk voorkomt dat in het kader van de bedrijfsopvolging gebruik wordt gemaakt van structuren met (cumulatief) preferente aandelen.<sup>4 5</sup> Dit is veelal het geval als

---

<sup>1</sup> Invoering art. 4.17a Wet IB 2001 e.v., art 4.39a Wet IB 2001 e.v. en art. 35b SW 1956 e.v.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 4 – 5 (MvT).

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p 97 (NV), “*de houder van de preferente aandelen (...) voorheen als ondernemer bij de onderneming (in de BV) betrokken is geweest en de preferente aandelen (...) als het ware een voortzetting vormen van hun eerdere gerechtigdheid als gewone aandeelhouder (...), en bovendien de preferente aandelen (...) worden verkregen door degene die thans als ondernemer betrokken is bij de onderneming.*”

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p 98 (NV).

<sup>5</sup> Als in het vervolg gesproken wordt over preferente aandelen, worden hier ook cumulatief preferente aandelen onder verstaan, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

de beoogde bedrijfsopvolger onvoldoende financiële middelen heeft om zich te kunnen 'inkopen' in het bedrijf of de uittredende aandeelhouder niet beschikt over een adequaat pensioen en door middel van de preferente aandelen zijn oude dag wenst te financieren. In het kader van een bedrijfsopvolging kan dan gekozen worden om een structuur op te zetten met behulp van preferente aandelen. In de statuten van de vennootschap worden de gewone aandelen omgezet in preferente aandelen die de houder daarvan recht geven op een vaste vergoeding in de vorm van een winstuitkering. De jaarwinst die eventueel resteert na de betaling van de vergoeding aan de preferente aandeelhouder wordt vervolgens uitgekeerd aan de gewone aandeelhouders. De waarde van de preferente aandelen en het vaste dividendpercentage zijn gebaseerd op het commerciële eigen vermogen van de vennootschap (inclusief eventuele stille reserves en goodwill) op het moment van de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen. Een vererving of schenking van dergelijke preferente aandelen is onder bepaalde voorwaarden gefacilieerd voor de ab-regeling en de BOR.<sup>6</sup>

Tijdens de bezitstermijn kunnen zich verschillende situaties voordoen die mogelijk invloed hebben op het al dan niet aanvangen van een nieuwe bezitstermijn. Als de erflater of schenker zijn aandelenbelang uitbreidt met een 'normale' aankoop van aandelen op direct niveau vangt voor dat gedeelte een nieuwe bezitstermijn aan. Als een aandeelhouder 50% van de aandelen heeft en de andere 40% van de andere aandeelhouder koopt, leidt dat voor 40% tot een nieuwe bezitstermijn. Als een holding haar belang in de werkmaatschappij op dezelfde manier uitbreidt, leidt dit ertoe dat 100% van de activa en passiva wordt toegerekend waar dat daarvoor 69% was. De Hoge Raad heeft op 29 mei 2020 bepaald dat in geval van een uitbreiding van de objectieve onderneming voor de bezitstermijn gekeken moet worden of na die aankoop meerdere op zichzelf staande ondernemingen te onderkennen zijn. Alsdan vangt voor die nieuwe onderneming een nieuwe bezitstermijn aan.<sup>7</sup> In mijn voorbeeld is het helder dat geen nieuwe objectieve onderneming is gekocht. Daarmee zou voor dit geval geen nieuwe bezitstermijn gaan lopen.<sup>8</sup> Hoogevenen vraagt zich echter af of de arresten van 29 mei 2020 ook op deze situatie zien nu de holding de facto haar subjectieve gerechtigdheid heeft uitgebreid. Ook constateert zij een verschil in behandeling tussen de verkrijging van direct en indirect gehouden belangen. Immers, bij een aankoop van aandelen in privé gaat zeker een nieuwe bezitstermijn lopen. Maar stel nu dat die 40% niet wordt aangekocht door de erflater of schenker maar dat de vennootschap deze aandelen inkoopt. Dit leidt tot een relatieve toename tot de aanspraak op het vermogen van de vennootschap bij de zittende aandeelhouder. Agevraagd kan worden of voor die relatieve toename ook een nieuwe bezitstermijn begint te lopen en of dat dat zou moeten als dat niet het geval is.

Hetzelfde kan zich voordoen met betrekking tot de inkoop van preferente aandelen. In de loop van de tijd kan het wenselijk zijn dat de preferente aandelen worden ingekocht. De bedrijfsopvolger kan zich op die manier bijvoorbeeld inkopen in de onderneming en de uittredende aandeelhouder ontvangt dan weer financiële middelen in privé. De bijzonderheid die zich voordoet bij preferente aandelen in het kader van de BOR (en de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001) is dat de wetgever de aandeelhouder daarvan in beginsel als belegger ziet.<sup>9</sup> Alleen als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, kwalificeren deze aandelen voor de faciliteiten.<sup>10</sup> De door de wetgever gestelde voorwaarden om een preferente aandeelhouder toch mee te laten delen in de faciliteiten komen op het volgende neer: de erflater of schenker moet zijn gewone

---

<sup>6</sup> Zie art. 4.17a lid 3 onderdeel a Wet IB 2001 en art. 35c lid 4 onderdeel a SW 1956. Zie ook de goedkeuring ten aanzien van de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen in onderdeel 4.3 van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 15751), BNB 2018/133, m.nt. E. Heithuis.

<sup>7</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, BNB 2021/1, m.nt. M.J. Hoogevenen en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990.

<sup>8</sup> Zie o.a.: S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25 en Y.J.M. Pijpers en P. Visser, 'Uitbreiding en staking van de onderneming binnen de bezits- en voortzettingstermijn', WFR 2019/172.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p 97 (NV).

<sup>10</sup> Zie art. 35c lid 4 SW 1956.

aandelen hebben omgezet in preferente aandelen, waarbij gelijktijdig gewone aandelen aan een ander zijn toegekend (de beoogde bedrijfsopvolger), en deze verkrijger gewone aandelen heeft verkregen die minimaal 5% van het geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigen. Op het moment van omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen moet het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben een materiële onderneming drijven. Preferente aandelen die niet aan deze voorwaarden voldoen, omdat zij bijvoorbeeld niet op de juiste wijze zijn ontstaan, zijn niet kwalificerende preferente aandelen. Wat zijn nu de gevolgen voor de bezitstermijn als deze twee soorten preferente aandelen worden ingekocht door de vennootschap op direct en op indirect niveau en wat zouden die gevolgen moeten zijn gegeven de doelstelling van de BOR en de bezitstermijn?

## 1.2 Onderzoeksdoel

Dit onderzoek heeft als doel inzicht te geven in de inkoop en intrekking van aandelen en de gevolgen voor de ab-regeling en de bezitstermijn van de BOR. De inkoop en uiteindelijke intrekking van aandelen bij de ene aandeelhouder lijkt er op voorhand voor te zorgen dat de subjectieve gerechtigdheid, tot het vermogen en de jaarwinsten van de vennootschap waarin de ingekochte aandelen werden gehouden, van de andere aandeelhouder wordt uitgebreid. Het aandelenpakket van de aandeelhouder waarvan de aandelen worden ingekocht neemt af waardoor er tevens gevolgen zijn te onderkennen bij de andere medeaandeelhouders. Onderzocht wordt wat de gevolgen voor de ab-regeling zijn en wat die gevolgen zouden moeten zijn, als ook of de gevolgen voor gewone- en preferente aandelen verschillen.

Uiteraard zijn de gevolgen van het inkopen en intrekken van aandelen niet beperkt tot de ab-regeling. Afgevraagd kan worden wat een dergelijke inkoop en intrekking voor gevolgen heeft voor de bezitstermijn in het kader van de BOR. De verwachting is dat het verschil in kwalificatie van preferente aandelen tot verschillende uitkomsten gaat leiden nu de houder van kwalificerende preferente aandelen als een ondernemer te beschouwen is en de houder van niet-kwalificerende preferente aandelen als een belegger. Hetzelfde geldt mogelijk voor de inkoop en intrekking van aandelen op direct en die op indirect niveau. Om die reden worden de directe en indirecte situaties alsmede de situaties waarin sprake is van kwalificerende en niet kwalificeerde preferente aandelen onderzocht. Voor al deze situaties wordt beoordeeld of en wanneer sprake is van een vervreemding en wat de gevolgen zijn van de inkoop en intrekking voor de bezitstermijn in de SW 1956.

## 1.3 Vraagstelling

Om het doel van dit onderzoek te bereiken, dient de volgende vraag beantwoord te worden:

*Welke gevolgen heeft de inkoop en de intrekking van aandelen voor de bezitstermijn van de BOR in de SW 1956 en passen deze gevolgen binnen doel en strekking van de BOR en de bezitstermijn?*

Om de probleemstelling te beantwoorden, staan de volgende deelvragen centraal:

1. Wat houden de BOR in de SW 1956 en de bezitstermijn ex. art. 35d SW 1956 in en wat is doel en strekking van de BOR en de bezitstermijn?
2. Hoe moet het vervreemdingsbegrip in de ab-regeling worden uitgelegd en in welke gevallen zorgt een inkoop en intrekking van aandelen ervoor dat sprake is van een vervreemding?



3. Wat zijn de gevolgen voor de BOR ten aanzien van de inkoop en de intrekking van gewone aandelen in het kader van de bezitstermijn in de SW 1956?
4. Wat zijn de gevolgen voor de BOR ten aanzien van de inkoop en de intrekking van preferente aandelen in het kader van de bezitstermijn in de SW 1956?

## 1.4 Wetenschappelijk en theoretisch kader

Het theoretische kader bestaat voor de Wet IB 2001 uit afdeling 4.4 tot en met 4.6. Het kader in de SW 1956 bestaat uit art. 35b, 35c, 35d en 35e SW 1956 en art. 7, 8, 9 en 10 Uitv.reg. S&E. De relevante jurisprudentie valt hier ook onder. Daarnaast is de parlementaire geschiedenis van de voornoemde wetten van belang voor dit onderzoek en behoort het tot het theoretische kader.

Naast de Wet IB 2001 en de SW 1956 kent de IW 1990 in art. 25 lid 12 en 13 specifieke invorderingsfaciliteiten die samenhangen met de faciliteiten uit de eerstgenoemde wetten. Deze invorderingsfaciliteiten worden in dit onderzoek niet verder behandeld. Daarnaast wordt aangenomen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in hun huidige vorm gerechtvaardigd zijn.<sup>11</sup>

In kader van het preferente aandeel kan de discussie gevoerd worden wanneer een aandeel als preferent kwalificeert. Gelet op het civiele recht kunnen vele verschillende vormen van aandelen met een bepaalde preferentie bestaan. In dit onderzoek wordt om die reden verondersteld dat een aandeel als gewoon aandeel kan kwalificeren ofwel als preferent aandeel, ongeacht de preferentie die het preferente aandeel als zodanig kwalificeert.<sup>12</sup> In het verlengde daarvan kan ook afgevraagd worden of een preferente aandeelhouder als ondernemer of belegger moet worden gekwalificeerd.<sup>13</sup> In het vervolg wordt uitgegaan van de visie van de wetgever en dat een preferente aandeelhouder geen ondernemer is voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten tenzij aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden, moeten eerst de deelvragen apart behandeld worden. De deelvragen komen in ieder afzonderlijk hoofdstuk aan bod, waarbij aan de hand van literatuuronderzoek tot een antwoord wordt gekomen. De literatuur bestaat uit relevante naslagwerken, wetenschappelijk gepubliceerde artikelen, artikelsgewijze commentaren, parlementaire stukken, wetgeving, besluiten, jurisprudentie, en overige van belang zijnde stukken.

Het tweede hoofdstuk heeft hoofdzakelijk een theoretische basis en bestaat uit een uiteenzetting van de BOR. De basis van dit hoofdstuk wordt gehaald uit wetgeving, parlementaire geschiedenis en wetenschappelijke artikelen.

---

<sup>11</sup> Hier wordt verschillend over gedacht. Zie S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25, par. 2.2, en M.J. Hoogeveen, 'Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving', *Fiscaal Wetenschappelijke Reeks* nr. 19, Sdu Den Haag 2011, hoofdstuk 9. Zie voor tegengesteld ook L.C.H.N. Kuivenhoven en J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief gerechtvaardigd', *WFR* 2020/140.

<sup>12</sup> Zie hierover bijv.: J. Ganzeveld & M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', *PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging* 2015/2. De auteurs maken onderscheid in gewone preferente aandelen, cumulatief preferente aandelen, preferente financieringsaandelen en preferente beschermingsaandelen. In het artikel worden voorbeelden gegeven van het hybride karakter van het preferente aandeel. Zie daarnaast: M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110, par. 2.1. De auteur maakt onderscheid in aandelen met verschillen in het nominale kapitaal, aandelen met verschillende agio- en/of dividendreserves en tracking stocks.

<sup>13</sup> M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: Belegger of ondernemer?', in T. C. Hoogwout, & P. Kavelaars (editors), *Bedrijfsopvolging* 2012. Auteur gaat in op de vraag of het terecht is dat de wetgever er in beginsel vanuit gaat dat een preferente aandeelhouder een financier van de vennootschap is.

Het derde hoofdstuk richt zich op het vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001. Ingegaan wordt op de inkoop en de intrekking van gewone- en preferente aandelen in het kader van het vervreemdingsbegrip. De abregeling en de ratio hiervan spelen in dit hoofdstuk een rol. De belangrijkste bron is de parlementaire geschiedenis, aangezien hier doel en strekking van de wetgever uit blijkt.

Het vierde hoofdstuk behandelt de gevolgen van de inkoop en de intrekking van aandelen voor de BOR. In het bijzonder wordt in dit hoofdstuk onderzocht wat de gevolgen zijn, of zouden moeten zijn, voor de bezitstermijn bij inkoop en intrekking van gewone- en preferente aandelen aan de hand van enkele voorbeelden. Ook komt aan bod komen wat onder kwalificerende en niet kwalificerende preferente aandelen moet worden verstaan.

Het onderzoek wordt in hoofdstuk vijf afgerond, waarbij een conclusie getrokken wordt op basis van de voorgaande hoofdstukken, antwoord wordt gegeven op de probleemstelling en een aanbeveling aan de wetgever wordt gedaan.

## 2 De BOR in de SW 1956 op hoofdlijnen

---

In dit hoofdstuk wordt de BOR en de behandeling van de schenking en vererving van aandelen op hoofdlijnen besproken. In paragraaf 2.1 wordt ingegaan op de algemene aspecten van de BOR in de SW 1956. In de opeenvolgende paragrafen worden de voorwaarden voor toepassing van de BOR behandeld. In paragraaf 2.2 komt het ondernemingsvermogen aan bod, gevolgd door de bezitstermijn in paragraaf 2.3 en het voortzettingsvereiste in paragraaf 2.4. Paragraaf 2.5 biedt een deelconclusie en sluit dit hoofdstuk af.

### 2.1 Algemeen

De verkrijger van ondernemingsvermogen die krachtens erfrecht dan wel schenking dat ondernemingsvermogen verkrijgt, is in beginsel erf- of schenkbelasting verschuldigd. De wetgever heeft het wenselijk geacht om de verkrijger van dat ondernemingsvermogen een faciliteit te bieden en de BOR in de SW 1956 opgenomen.<sup>14</sup> De BOR vindt zijn wettelijke grondslag in art. 35b SW 1956 e.v. en is van toepassing op de verkrijging van ondernemingsvermogen in het kader van een bedrijfsopvolging waarbij de erflater of schenker moet voldoen aan de bezitstermijn en de verkrijger aan het voortzettingsvereiste.<sup>15</sup> De BOR is een voorwaardelijke vrijstelling die definitief verleend wordt op het moment dat aan alle gestelde eisen is voldaan.

### 2.2 Ondernemingsvermogen

De faciliteit is enkel van toepassing op de verkrijging van ondernemingsvermogen in het kader van een bedrijfsopvolging als bedoeld in art. 35b lid 5 SW 1956. Het kwalificerende ondernemingsvermogen is in art. 35c SW 1956 jo art. 8 Uitv.reg. S&E gedefinieerd.

In geval van de verkrijging van aandelen gelden twee eisen. Ten eerste moeten de aandelen bij de schenker of erflater ab-aandelen vormen als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001. Het zogenoemde meetrek ab ex art 4.10 Wet IB 2001 is daarbij uitgezonderd. Ten tweede kwalificeren de ab-aandelen als ondernemingsvermogen voor zover zij betrekking hebben op een vennootschap die een onderneming drijft volgens art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid houdt volgens art. 3.3 Wet IB 2001.<sup>16</sup> In geval van een medegerechtigdheid is daarbij extra vereist dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door het lichaam gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Alleen voor zover het vermogen van het lichaam toerekenbaar is aan de onderneming of medegerechtigdheid kwalificeert dit als ondernemingsvermogen. Het beleggingsvermogen is niet vrijgesteld onder de BOR en wordt belast volgens de reguliere bepalingen in de SW 1956, met uitzondering van de 5% marge ten aanzien van het beleggingsvermogen wat geacht ondernemingsvermogen te zijn, genoemd in art. 35c lid 1 onderdeel c onder 2<sup>o</sup> SW 1956. Tot slot zijn belangen in andere lichamen uitgezonderd van het kwalificerende ondernemingsvermogen in art. 35c lid 6 SW 1956.

In het kader van de BOR worden aanvullende eisen gesteld aan preferente aandelen die overgaan krachtens erfrecht of schenking. De wetgever beschouwt de preferente aandeelhouder als belegger, maar onder voorwaarden mag hij de doorschuifregelingen toch toepassen. De preferente aandelen moeten in dat geval

---

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2004-2005, 29767, nr. 14, p. 14 (NV).

<sup>15</sup> Art. 35b lid 5 SW 1956.

<sup>16</sup> Art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956.

zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht.<sup>17</sup> De wetgever heeft de voorwaarden waaraan een dergelijke gefaseerde bedrijfsoverdracht aan moet voldoen in art. 35c lid 4 SW 1956 vastgelegd:

- a. de erflater of schenker moet zijn gewone ab-aandelen hebben omgezet in preferente aandelen;
- b. gelijktijdig met de omzetting van de gewone ab-aandelen in preferente aandelen moeten er gewone aandelen in de vennootschap (of de holdingvennootschap) aan een ander zijn uitgegeven;
- c. op het moment van omzetting moet de vennootschap (of de holdingvennootschap) waar de aandelen op zien een materiële onderneming drijven volgens art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid volgens art. 3.3 Wet IB 2001;
- d. de verkrijger van de aandelen moet ten tijde van de verkrijging tenminste 5% van de gewone aandelen die zien op de verkregen aandelen volgens punt b in het aandelenkapitaal in bezit hebben.

Preferente aandelen nemen dus een afwijkende rol in voor wat betreft de BOR ten opzichte van gewone aandelen. Preferente aandelen kwalificeren immers enkel onder specifieke voorwaarden voor de faciliteiten.<sup>18</sup> Alleen de verkregen preferente aandelen die aan alle eisen voldoen, kwalificeren voor de BOR voor zover de preferente aandelen op ondernemingsvermogen zien. Zoals aangegeven wordt de preferente aandeelhouder in beginsel uitgesloten van de faciliteiten. Hij wordt in beginsel aangemerkt als belegger tenzij aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan om de faciliteiten toch toe te mogen passen. De wetgever ziet de preferente aandeelhouder als een kapitaalverschaffer.<sup>19</sup> Die afwijkende voorwaarden kunnen tot verschillende uitkomsten leiden.

Het komt voor dat een onderneming wordt gedreven met behulp van een holdingstructuur. In dat geval houdt de aandeelhouder de aandelen in de holdingvennootschap die op haar beurt de aandelen in de werkmaatschappij houdt. De onderneming wordt dan in de werkmaatschappij gedreven. Als de holdingvennootschap enkel de aandelen houdt in de werkmaatschappij, drijft de holdingvennootschap standalone geen onderneming volgens art. 35c lid 2 onderdeel c SW 1956. De BOR zou in dat geval geen toepassing kunnen vinden op de verkrijging van de aandelen krachtens erfrecht of schenking. Om de BOR in die gevallen toch toe te kunnen passen, is in art. 35c lid 5 SW 1956 de toerekeningsbepaling opgenomen. Deze toerekeningsbepaling is in twee situaties van toepassing. De eerste is die waarin de schenker of erflater een indirect ab had volgens afdeling 4.3 van de Wet IB 2001. In het tweede geval moet het gaan om een verwaterd indirect belang tussen de 5% en 0,5% in de werkmaatschappij. Aan het verwaterde belang zijn bepaalde eisen gesteld om in aanmerking te kunnen komen voor de BOR. Het belang moet verwaterd zijn als gevolg van vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking. Het indirecte belang moest voorafgaand aan de verwatering bij de rechtsvoorganger kwalificeren als indirect ab van minimaal 5% en het lichaam moest ten tijde van de verwatering een materiële onderneming drijven.

De hiervoor beschreven toerekeningsbepaling werkt tevens bij kwalificerende indirecte preferente aandelen. In art. 8 lid 3 Uitv.reg. S&E is aangegeven in welke gevallen sprake is van kwalificerende indirect gehouden preferente aandelen. De voorwaarden komen overeen met die van direct gehouden aandelen, maar dan op indirect niveau. Als de indirect gehouden preferente aandelen kwalificeren voor de BOR mag via deze aandelen vermogen toegerekend worden aan de holdingvennootschap.

---

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 97 (NV).

<sup>18</sup> Zie art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 jo. art. 35c lid 4 SW 1956.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 97 (NV).

## 2.3 Bezitstermijn

Het doel van de BOR is om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.<sup>20</sup> De wetgever heeft daarom bij de totstandkoming van de BOR tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat de erflater of schenker van het ondernemingsvermogen lang genoeg een ‘echte’ ondernemer moet zijn geweest. Hij moet de onderneming lang genoeg gedreven hebben om als ondernemer te kwalificeren voor de BOR. Om dat doel te kunnen bereiken is de bezitstermijn in de wet opgenomen.<sup>21</sup> De bezitstermijn is tevens een anti-misbruikbepaling. De wetgever wil voorkomen dat in het zicht van het overlijden van de erflater, belastbaar vermogen wordt omgezet in (deels) onbelast ondernemingsvermogen.<sup>22</sup>

De bezitstermijn vindt zijn wettelijke grondslag in art. 35d SW 1956. In art. 9 Uitv.reg. S&E zijn uitbreidingen op de bezitstermijn opgenomen. De bezitstermijn voor een ab-houder valt in drie delen uiteen. Ten eerste moet op grond van art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 de erflater of schenker respectievelijk één of vijf jaar ab-houder zijn geweest van de aandelen die zijn verkregen. Ten tweede moet het lichaam waar de ab-aandelen op zien gedurende dezelfde periode een – toegerekende - onderneming hebben gedreven. Tot slot is het niet mogelijk om in de periode voorafgaand aan de overgang van de ab-aandelen het vermogen van het lichaam met beleggingsvermogen te verhogen via kapitaalstortingen om op die wijze de 5% marge van art. 35c lid 1 onderdeel c onder 2 SW 1956 volledig te kunnen benutten.<sup>23</sup>

De bezitstermijn is een middel om de doelstelling van de BOR te behalen en heeft daarnaast een anti-misbruikarakter. Volgens de wetgever dient de bezitstermijn als gevolg van die twee aspecten materieel te worden ingevuld.<sup>24</sup> Deze invulling is neergelegd in art. 9 Uitv.reg. S&E en bevat zoals gezegd de uitbreidingen op de bezitstermijn. Het gaat in die gevallen veelal om situaties waarin feitelijk c.q. juridisch gezien een verandering in het aandeelhouderschap heeft opgetreden, maar economisch gezien de situatie hetzelfde is gebleven. In die zin is de juridische huls in die gevallen minder relevant. Het gaat in art. 9 lid 1 Uitv.reg. S&E om de situaties waarin de onderneming voorheen in een andere vorm werd gedreven en tijdens de bezitstermijn is omgezet in een andere ondernemingsvorm. Zo is de geruisloze terugkeer uit de BV of NV naar een IB-onderneming met toepassing van art. 14c Wet vpb 1969 geen belemmering voor de bezitstermijn. Zolang de periode waarin de onderneming voor rekening en risico van de vennootschap en voor de IB-onderneming zijn gedreven, samen aangesloten vijf jaar bedragen wordt voldaan aan de bezitstermijn.<sup>25</sup> Hetzelfde geldt voor de inbreng van een IB-onderneming in een BV of NV met toepassing van de geruisloze inbreng van art. 3.65 Wet IB 2001, de omzetting van een IB-onderneming in een medegerechtigdheid en de overgang van een onroerende zaak die voorheen tot het ondernemingsvermogen van een IB-onderneming behoorde naar het privévermogen van de ondernemer.<sup>26</sup> Voor de gefaciliteerde aandelenfusie ex art. 3.55 Wet IB 2001, juridische splitsing ex art. 3.56 Wet IB 2001 en de juridische fusie ex art. 3.57 Wet IB 2001 geldt een soortgelijke regeling waarbij de bezitstermijn van de afgestane en verkregen aandelen bij elkaar opgeteld mogen worden.<sup>27</sup> Afgevraagd kan worden in hoeverre het wenselijk is dat enkele van de uitbreidingen van art. 9 Uitv.reg. S&E alleen toegepast mogen worden als daarvoor een andere fiscale faciliteit wordt gebruikt.<sup>28</sup> Een andere uitbreiding van de

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 17 (NV).

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 5 (MvT).

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 46 (MvT).

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 77 (MvT).

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

<sup>25</sup> Art. 9 lid 1 onderdeel a Uitv.reg. S&E.

<sup>26</sup> Art. 9 lid 1 onderdeel b - d Uitv.reg. S&E.

<sup>27</sup> Art. 9 lid 2 Uitv.reg. S&E.

<sup>28</sup> Zie E.J.W. Heithuis, ‘Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010’, Kluwer Deventer 2015, p. 164, waarin de auteur betoogt dat het “ronduit ongepast is dat de wetgever op deze wijze het gebruik van een fiscale faciliteit in de

bezitstermijn is die van art. 9 lid 4 Uitv.reg. S&E waarin is bepaald dat de bezitstermijn van één jaar niet geldt als de erflater het ondernemingsvermogen zelf heeft verkregen onder toepassing van de BOR. In dat geval acht de wetgever geen misbruik aanwezig.<sup>29</sup>

De wetgever heeft ook in het kader van preferente aandelen een maatregel getroffen ten aanzien van de bezitstermijn. In art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E is bepaald dat indien de gewone aandelen vóór de omzetting voldeden aan de bezitstermijn, de preferente aandelen na omzetting tevens voldoen aan de bezitstermijn. Over de wijze waarop deze bepaling geïnterpreteerd moet worden bestaat discussie. Aanleiding voor deze discussie is het besluit op het WOB-verzoek van 23 juli 2018 waarin de antwoorden van de Kennisgroep van de Belastingdienst in het kader van de BOR openbaar zijn gemaakt.<sup>30</sup> De Belastingdienst stelt zich hierin op het standpunt dat de preferente aandelen alleen aan de bezitstermijn kunnen voldoen als de omgezette gewone aandelen op zichzelf staand voldeden aan de bezitstermijn. Het gevolg van dat standpunt is dat omgezette preferente aandelen nooit zelfstandig gezien aan de bezitstermijn kunnen voldoen. Pijpers en Visser stellen dat de Belastingdienst strengere voorwaarden stelt dan zou mogen op basis van de wet en de jurisprudentie.<sup>31</sup> Zij stellen net als de Kennisgroep van de Belastingdienst dat de bepaling beoogt te bereiken dat in het geval de gewone aandelen zelfstandig gezien voldoen aan de bezitstermijn, de omgezette preferente aandelen dat vervolgens ook doen. Dat neemt volgens hen echter niet weg dat de preferente aandelen na omzetting ook zelfstandig gezien kunnen voldoen aan de bezitstermijn van art. 35d SW 1956. Indien dat het geval is, wordt helemaal niet toegekomen aan de uitbreiding van de bezitstermijn ex art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E.<sup>32</sup> Art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E ziet daarmee volgens hen alleen op de situatie dat de gewone aandelen wel voldoen aan de bezitstermijn maar de preferente aandelen nog niet omdat deze nog niet lang genoeg bestaan.<sup>33</sup>

Mijns inziens regelt art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E alleen de situatie waarin de gewone aandelen voldeden aan de bezitstermijn en de omgezette kwalificerende preferente aandelen simpelweg nog niet lang genoeg bestaan om aan de bezitstermijn te kunnen voldoen. Dat is naar mijn idee ook de situatie die niet onder art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 valt. Daarin staat dat de erflater of schenker één respectievelijk vijf jaar ab-houder moet zijn geweest van de aandelen die overgaan. Als de preferente aandelen dan nog niet lang genoeg bestaan, wordt stikt genomen niet voldaan aan de bezitstermijn ondanks dat de gewone aandelen dat voorheen wel deden. Ik ben het dan ook met Vissers en Pijpers eens dat in het kader van de bezitstermijn twee varianten zijn te onderkennen. Ten eerste dat de gewone aandelen voldoen aan de bezitstermijn en daarmee automatisch de omgezette preferente aandelen. Ten tweede dat de gewone aandelen niet voldoen aan de bezitstermijn maar dat de omgezette preferente aandelen zelfstandig voldoen aan de bezitstermijn. In dat geval vallen de preferente aandelen onder de toepassing van art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956. Dat neemt niet weg dat ik het standpunt van de Kennisgroep goed begrijp. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Uitv.reg. S&E opgemerkt dat een erflater of schenker lang

---

inkomsten- en vennootschapsbelasting afdwingt". Het kan voor belastingplichtigen fiscaal gezien voordeliger zijn om een faciliteit niet toe te passen. Denk aan de situatie dat er bijvoorbeeld voldoende verrekenbare verliezen aanwezig zijn. Of de situatie dat een dergelijke faciliteit in de Wet IB 2001 of Wet vpb 1969 niet kán worden toegepast. De bezitstermijnen kunnen dan niet bij elkaar gevoegd worden waardoor toepassing van de BOR mogelijk vervalt.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 47 (MvT).

<sup>30</sup> WOB-verzoek, 'Bijlage bij WOB-verzoek naar beleid over de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van de erfbelasting', kenmerk: 2018-0000119906, 23 juli 2018

<sup>31</sup> Y.J.M. Pijpers en P. Visser, 'Uitkomsten WOB-verzoek en de bezits- en voortzettingseis binnen de bedrijfsopvolgingsregeling', WFR 2019/167, par. 3.4.3.

<sup>32</sup> Zie in gelijke zin de aantekening van de redactie Vakstudie Nieuws bij casus 5. Redactie V-N, 'Intern beleid Belastingdienst over bedrijfsopvolgingsregeling vrijgegeven op grond van Wob', V-N 2018/59.11.

<sup>33</sup> Zie in gelijke zin: M.J. Hoogeveen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: de stand van zaken', *FBN* 2019/11-56 en R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging* 2013/1, p. 25.

genoeg een 'echte' ondernemer moet zijn geweest voor de bezitstermijn.<sup>34</sup> Volgens hem is een preferente aandeelhouder een belegger, maar mag hij onder voorwaarden toch de BOR toepassen. Vanuit deze redenering is het logisch om het standpunt in te nemen dat de gewone aandelen (en dus de periode dat wel sprake was van 'echt' ondernemerschap) moeten voldoen aan de bezitstermijn en als dat niet het geval is de preferente aandelen dat niet zelfstandig zouden moeten kunnen. De preferente aandelen houden immers geen 'echt' ondernemerschap in. Dat doen zij pas op het moment dat de bedrijfsopvolging juridisch perfect wordt en de aandelen overgaan naar de bedrijfsopvolger.<sup>35</sup> De doelstelling van de BOR is het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen en ik kan inzien dat het toestaan dat preferente aandelen zelfstandig aan de bezitstermijn kunnen voldoen in strijd is met die doelstelling. Naar de letter van de wet is dat echter niet de uitkomst. Om die reden ben ik het met Hoogeveen eens dat de wetgever deze omissie in de wet op dit punt aanpast om zo de bepaling in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de wetgever.<sup>36</sup>

In het kader van de bezitstermijn heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen op 29 mei 2020. Het eerste arrest betrof een schenking van aandelen in een holdingvennootschap.<sup>37</sup> De topholding had een deelneming in een tussenholding die op haar beurt de aandelen in een werkmaatschappij hield. Laatstgenoemde dreef een onderneming die op basis van art. 35c lid 5 onderdeel a SW 1956 toegerekend kon worden aan de topholding, omdat de topholding via de tussenholding een indirect ab heeft in de werkmaatschappij. De werkmaatschappij waar het indirecte ab op ziet heeft één jaar voordat de aandelen in de topholding geschonken werden via een activa-passiva transactie een onderneming verworven van een derde. Na de aankoop is de onderneming opgegaan in de bestaande onderneming van de werkmaatschappij. De rechtsvraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd was of voor die aangeschafte onderneming een nieuwe bezitstermijn aanvangt. De Hoge Raad heeft als volgt geoordeeld. De via de activa-passiva transactie nieuwverworven onderneming maakt na de verwerving deel uit van de reeds bestaande onderneming met als gevolg dat geen onderscheid meer gemaakt kan worden tussen de twee ondernemingen. Ze zijn als het ware in elkaar overgegaan. Na de activa-passiva transactie is nog maar één onderneming te onderscheiden. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat voor de verworven activa en passiva geen nieuwe bezitstermijn begint te lopen.<sup>38</sup> Naar mijn idee blijkt uit dit arrest dat de bezitstermijn per – toegerekende - objectieve onderneming moet worden aangelegd.

Het tweede arrest betrof tevens een schenking van aandelen in een holdingvennootschap.<sup>39</sup> Tijdens de bezitstermijn van vijf jaar schafte de holdingvennootschap twee deelnemingen aan. De eerste deelneming werd gekocht van de vader van belanghebbende die deze in privé hield. De tweede deelneming werd van een derde aangekocht. Alle deelnemingen dreven een onderneming en werden toegerekend aan de holdingvennootschap. De vraag was of voor de nieuwverworven deelneming een nieuwe bezitstermijn aanving. De rechtbank had feitelijk vastgesteld dat de holding meerdere toegerekende objectieve ondernemingen dreef. De Hoge Raad oordeelde dat nu in dit geval meerdere objectieve ondernemingen te onderscheiden zijn voor iedere onderneming een aparte bezitstermijn liep. Voor belanghebbende voldeden de indirect nieuwverworven deelnemingen niet aan de bezitstermijn van art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956. De BOR was niet van toepassing op dat gedeelte van de schenking.

---

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

<sup>35</sup> Zie art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956.

<sup>36</sup> M.J. Hoogeveen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: de stand van zaken', *FBN* 2019/11-56, p. 10.

<sup>37</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, BNB 2021/1, m.nt. M.J. Hoogeveen.

<sup>38</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, BNB 2021/1, m.nt. M.J. Hoogeveen, r.o. 2.4.5.

<sup>39</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990.

## 2.4 Voortzettingsvereiste

De BOR is een voorwaardelijke vrijstelling. Zo gelden er voorwaarden aan de 'voorkant' namelijk of onder andere ten tijde van de overgang sprake is van ondernemingsvermogen en of de erflater of schenker voldoet aan de aandeelhouderseisen. Dit wordt getoetst op het moment van overgang van de onderneming. Daarnaast gelden er voorwaarden aan de 'achterkant'. Dit komt tot uitdrukking in het voortzettingsvereiste en wordt na de overgang van de onderneming getoetst. Een van de doelstellingen van de BOR is het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten. De wetgever heeft het daarom noodzakelijk geacht om de overnemer een bepaalde tijd na de overdracht de onderneming voort te laten zetten.<sup>40</sup> In art. 35e lid 1 onderdeel c SW 1956 zijn de voorwaarden ten aanzien van dit voortzettingsvereiste in het kader van een aandelenoverdracht opgenomen.

Het voortzettingsvereiste bij de verkrijging van aandelen is tweeledig. Ten eerste mogen de aandelen waar het ondernemingsvermogen op ziet en de BOR op is toegepast, niet vervreemd worden in de vijf jaar volgend direct na de overgang. Ten tweede mag de onderneming of een gedeelte daarvan van de vennootschap waar de aandelen betrekking op hebben, niet ophouden winst te genieten in diezelfde vijf jaar periode. Of sprake is van een vervreemding of het ophouden van winst te genieten wordt getoetst aan het vervreemdings- en stakingsbegrip zoals dat geldt voor de Wet IB 2001.<sup>41</sup> Daarnaast gelden de fictieve vervreemdingen van het ab-regime voor het voortzettingsvereiste.<sup>42</sup> Als niet aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, wordt de vrijstelling teruggenomen en definitief niet verleend.

## 2.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de BOR in de SW 1956 in hoofdlijnen behandeld. De BOR heeft hoofdzakelijk het doel om reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren. De wetgever heeft om dit doel te bereiken een breed scala aan wettelijke bepalingen opgenomen met ieder zijn specifieke voorwaarden. De vraag is hoe effectief de gestelde voorwaarden zijn om de doelstellingen te behalen.

Daarnaast zijn de preferente aandelen besproken en is uiteengezet welke plek deze bijzondere vorm van aandelen inneemt in het civiele en fiscale recht. Het hybride karakter van het preferente aandeel vereist een bijzondere behandeling. De wetgever heeft immers afwijkende voorwaarden gesteld in welke gevallen de preferente aandeelhouder in aanmerking komt voor de faciliteiten.

---

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 46 (MvT).

<sup>42</sup> Art. 35e lid 3 Wet IB 2001.



## 3 De inkoop en intrekking van aandelen en het vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001

---

In deze thesis onderzoek ik wat de gevolgen zijn van een inkoop en intrekking van aandelen voor de bezitstermijn van art. 35d SW 1956. Dit vindt plaats in hoofdstuk 4. Alvorens ik daar aan toe kom, is het van belang om de gevolgen van een dergelijke inkoop en intrekking voor de ab-regeling in de Wet IB 2001 uiteen te zetten. De gevolgen van het inkopen en intrekken van aandelen zijn immers niet enkel beperkt tot de BOR. Het inkopen van aandelen lijkt er op voorhand voor te zorgen dat de subjectieve gerechtigdheid van de aandeelhouders verschuift. Maar in hoeverre is dat een probleem voor de ab-regeling en zou die verschuiving van rechten een vervreemding tot gevolg moeten hebben?

Dit hoofdstuk staat in het teken van het vervreemdingsbegrip in de ab-regeling in de Wet IB. Onderzocht wordt of en wanneer de inkoop en intrekking van aandelen tot vervreemdingen leiden in de ab-regeling. Om het vervreemdingsbegrip te kunnen plaatsen binnen de ab-regeling wordt in paragraaf 3.1 de ab-regeling in zijn algemeenheid behandeld, gevolgd door een uitleg van het vervreemdingsbegrip in paragraaf 3.2. In paragraaf 3.3 volgt dat de inkoop en de intrekking van gewone- en preferente aandelen. Vervolgens geef ik mijn beschouwing over deze kwestie. Ik sluit dit hoofdstuk af met een deelconclusie in paragraaf 3.4.

### 3.1 Aanmerkelijkbelangregeling algemeen

Hét kernbeginsel van Wet IB 2001 is het draagkrachtbeginsel.<sup>43</sup> Dit is de rechtvaardiging om inkomstenbelasting te heffen van belastingplichtigen. Dit beginsel houdt in dat belasting wordt geheven naar rato van iemands financiële draagkracht. Rijkers omschrijft het draagkrachtbeginsel als volgt:

“In een ideaaltheoretisch concept voor de financiële draagkracht op jaarbasis is het inkomen de netto vermogensvoortgang van een persoon in het desbetreffende jaar”.<sup>44</sup>

In dat concept zit een aantal aspecten. Als de netto draagkracht van iemand toeneemt, is dat volgens het draagkrachtbeginsel inkomen en zou dat inkomen belast moeten worden. Dit kan zijn het ontvangen loon voor geleverde arbeid, behaalde winst (of verlies) met een persoonlijke onderneming of de genoten winstuitkering uit ab-aandelen. Daar staat tegenover dat de gemaakte kosten in mindering zouden moeten worden gebracht op het inkomen. Het gaat tenslotte om de netto vermogenstoename van de belastingplichtige. In hoeverre die draagkrachtvermeerdering echter daadwerkelijk in de heffing wordt betrokken, is afhankelijk van de definitie die de wetgever aan het inkomen heeft gegeven.

Een ondernemer heeft een bepaalde keuzevrijheid op welke manier hij zijn onderneming wenst te drijven. Dit kan in de vorm van een eenmanszaak, een deelname in een personenvennootschap (o.a. een vof of maatschap) of via een rechtspersoon (o.a. BV en NV). De eerste vorm zorgt er in het algemeen voor dat het subject dat gerechtigd is tot de onderneming in de winstsfeer van de Wet IB 2001 betrokken wordt.<sup>45</sup> De

---

<sup>43</sup> “Een brug moet eerst zijn eigen gewicht kunnen dragen voordat hij het gewicht van anderen kan dragen.” A.J. Cohen Stuart, *Bijdrage tot de theorie der progressieve inkomstenbelasting*, 1889, p. 39.

<sup>44</sup> A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.4.0.2.A.b, (online, laatst bijgewerkt op 13 april 2021).

<sup>45</sup> Vanzelfsprekend is het van belang of de activiteiten aan te merken zijn als een onderneming en op voet van art. 3.2 Wet IB 2001 resulteren in belastbare winst uit onderneming.

tweede vorm ligt genuanceerder. Enerzijds kan gesteld worden dat een aandeelhouder geen ondernemer is maar een belegger. Hij drijft immers niet zelf de onderneming, maar dat doet het lichaam. Anderzijds kan gesteld worden dat de aandeelhouder wel de ondernemer is omdat hij zodanige invloed uitoefent op de bedrijfsvoering van het lichaam, dat het lichaam als verlengde van de aandeelhouder kan worden gezien. Hij is bijvoorbeeld enig aandeelhouder en heeft dan de beslissingsmacht om het beleid van de vennootschap te bepalen of een eventuele winstuitkering te doen.

Conceptueel gezien hoort de aandeelhouder-ondernemer te vallen onder het ab-regime van box 2 en de aandeelhouder-belegger onder het regime van de vermogensrendementsheffing van box 3.<sup>46</sup> De wetgever heeft geprobeerd om onderscheid te maken tussen deze twee soorten aandeelhouders door een omvangstoets aan te leggen ten aanzien van het aandelenbelang. De wetgever veronderstelt dat bij een bepaalde omvang van het aandelenbelang, de aandeelhouder een zodanige invloed heeft via zijn stemrecht in de aandeelhoudersvergadering dat de gelijkenis met een ondernemer aanwezig is.<sup>47</sup> In het ab-regime is dat keerpunt van belegger naar ondernemer gesteld op het in bezit zijn van 5% van het geplaatste aandelenkapitaal.<sup>48</sup> Van belang om te realiseren is dat deze omvangseis enkel van belang is om te bepalen of de aandelen onder het ab-regime vallen. Of de aandeelhouder stemrecht heeft of wat de activiteiten van het lichaam zijn, is irrelevant. Bij het bepalen of de ab-aandelen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 moet op dit laatste punt wel een nadere toets worden aangelegd. Zo zijn deze doorschuifregelingen alleen van toepassing op het ondernemingsvermogen in het lichaam waar de ab-aandelen op zien. Daarnaast geldt dat de wetgever de preferente aandeelhouder voor de toepassing van deze doorschuifregelingen in beginsel geacht wordt geen 'ondernemer' te zijn.<sup>49</sup> Alleen voor zover de preferente aandelen zijn ontstaan en worden verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging maakt de wetgever daarop een uitzondering.

De omvangstoets komt op het volgende neer: op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 een belastingplichtige een ab-houder als hij, al dan niet tezamen met zijn partner, ten minste 5% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van een vennootschap in bezit heeft.<sup>50</sup> Als aan die toets is voldaan kan een ab-houder volgens het ab-regime in de Wet IB 2001 op twee manieren belast worden. Op basis van art. 4.12 onderdeel a Wet IB 2001 wordt een ab-houder belast voor de genoten reguliere voordelen uit het ab. In de regel zijn dat dividenden die uitgekeerd worden aan de ab-houder.<sup>51</sup> Daarnaast wordt een ab-houder gelet op art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001 belast voor de vervreemdingsvoordelen die behaald worden met de vervreemding van de ab-aandelen. Het vervreemdingsvoordeel wordt als volgt vastgesteld. Op grond van art. 4.19 lid 1 Wet IB 2001 wordt het vervreemdingsvoordeel gesteld op de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs. De overdrachtprijs wordt in beginsel gesteld op de ontvangen tegenprestatie voor de vervreemding van

---

<sup>46</sup> Zie in gelijke zin L.G.M. Stevens, *Fiscale Fascinatie. Fiscaal Beleid 2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 187.

<sup>47</sup> Kamerstukken II 1998-1999, 26727, nr. 3, p 28 (MvT).

<sup>48</sup> In art. 4.6 Wet IB 2001 wordt aangegeven wat onder een ab wordt verstaan. Daaruit blijkt dat naast aandelen tevens rechten om aandelen te verwerven, winstbewijzen, recht op liquidatie-uitkeringen en lidmaatschapsrechten in een coöperatie als ab kunnen kwalificeren. Naast deze vormen vallen op grond van art. 4.4 jo. 4.5 Wet IB 2001 tevens koopopties op dergelijke aandelen en participaties in open fondsen voor gemene rekening als aandeel of winstbewijs. Het vervreemdingsbegrip zoals in deze paragraaf beschreven is op al deze vormen van toepassing en als in het vervolg wordt gesproken over ab-aandelen, worden deze vormen tevens onder dat begrip geschaard tenzij anders aangegeven.

<sup>49</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p 97 (NV).

<sup>50</sup> Abstraherend van de gevallen waarin sprake is koopopties, winstbewijzen en lidmaatschapsrechten in coöperaties zoals genoemd in art. 4.6 Wet IB 2001.

<sup>51</sup> Naast dividenden, worden op basis van art. 4.13 Wet IB 2001 een aantal uitbreidingen benoemd. Dit zijn onder andere het forfaitaire voordeel uit aandelen in een vrijgestelde beleggingsinstellingen en hetgeen bij een terugbetaling van kapitaal meer wordt ontvangen dan de verkrijgingsprijs van die ab-aandelen. Daarnaast kan een voordeel onder een andere noemer dan 'dividend' aan de ab-houder toekomen. In dat geval is sprake van een verkapt dividend, wat overigens voor de ab-regeling tevens als regulier voordeel wordt belast.

het ab.<sup>52</sup> De verkrijgingsprijs is de tegenprestatie ten tijde van de verwerving van de aandelen, vermeerderd met de gemaakte kosten. De som van deze twee bedragen representeert de waardeangroei van de aandelen. Als bij de vervreemding of de verkrijging geen tegenprestatie is bedongen, wordt de tegenprestatie gesteld op de waarde in het economische verkeer gelet op art. 4.22 Wet IB 2001. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een schenking. De reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen worden vervolgens belast tegen het ab-tarief van 26,9% (2021).<sup>53</sup>

Naast de 'echte' vervreemdingen, zoals de verkoop of schenking van het ab, heeft de wetgever fictieve vervreemdingen in de wet opgenomen in art. 4.16 Wet IB 2001. In feite zijn deze fictieve vervreemdingen uitbreidingen op het vervreemdingsbegrip zoals neergelegd in art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001. Zonder deze uitbreidingen in de wet bestaat het risico dat de claim die op de ab-aandelen rust, verloren gaat.

Bij een normale verkoop van ab-aandelen ontvangt de voormalig ab-houder liquiditeiten, welke hij kan gebruiken om de ab-heffing, die als gevolg van die vervreemding mogelijk optreedt, te voldoen. In die gevallen ontstaan geen problemen bij het voldoen van de inkomstenbelasting. Dat is mogelijk anders als zich een fictieve vervreemding voordoet. In die gevallen is het denkbaar dat de vervreemder geen liquiditeiten ontvangt en kan hij de ab-heffing mogelijk niet betalen. De wetgever heeft dit onwenselijk geacht in die gevallen waarin bijvoorbeeld de continuïteit van de onderneming in gevaar komt doordat zich liquiditeitsproblemen kunnen voordoen (overgang krachtens erfrecht of schenking) of de ab-houder bijvoorbeeld materieel gezien ab-houder blijft van dezelfde onderneming (aandelenruil, juridische splitsing of fusie).<sup>54</sup> Van belang is dat de heffing over de ab-claim in de toekomst is verzekerd. Voor dit soort gevallen is een doorschuifregeling in de wet opgenomen. Een doorschuifregeling werkt in beginsel steeds hetzelfde.<sup>55</sup> De verkrijger van de ab-aandelen neemt de verkrijgingsprijs van de vervreemder over. De claim die ziet op de toekomstige vervreemdingswinst (overdrachtprijs minus verkrijgingsprijs) blijft op die manier behouden en kan in principe nog steeds geëffectueerd worden. De verschillende doorschuifregelingen bevatten specifieke voorwaarden voor elke situatie.<sup>56</sup>

Hetgeen ten aanzien van het kwalificerende ondernemingsvermogen en preferente aandelen (paragraaf 2.2) in het kader van de BOR is opgemerkt, geldt eveneens voor de doorschuifregelingen in de ab-regeling ten aanzien van de overgang krachtens erfrecht en schenking, zodat op dit punt kan worden volstaan met een verwijzing naar de genoemde paragrafen. De doorschuifregelingen kennen echter geen bezitstermijn (paragraaf 2.3) en evenmin een voortzettingsvereiste (paragraaf 2.4). Voor de doorschuifregeling bij een overgang krachtens schenking ex art. 4.17c Wet IB 2001 bestaat wel een werknemerseis. Deze eis houdt in dat de verkrijger van de aandelen in de drie jaren voorafgaand aan de schenking in dienstbetrekking moet zijn geweest van de vennootschap waar die aandelen op zien. Deze dienstbetrekking is vrij in te vullen en kent geen inhoudelijke eis. De dienstbetrekking hoeft daarnaast niet bij de holdingvennootschap waarvan de aandelen zullen worden geschonken vervuld te worden. Op basis van art. 26d Uitv.reg. IB 2001 mag de dienstbetrekking door de verkrijger ook in een werkmaatschappij van de holdingvennootschap vervuld worden.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> Als geen tegenprestatie is bedongen bij de overdracht wordt op basis van art. 4.22 Wet IB 2001 de tegenprestatie gesteld op de waarde in het economisch verkeer van de aandelen.

<sup>53</sup> Art. 2.12 jo. art. 4.1 Wet IB 2001.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 3, p 3 (MvT).

<sup>55</sup> Met uitzondering op de geruisloze terugkeer uit de BV.

<sup>56</sup> Gelet op de omvang en het doel van dit onderzoek gaat het te ver om hierop in te gaan. Dit hoofdstuk behandelt overigens de faciliteiten enkel op hoofdlijnen. Ik verwijs graag naar de wet en de omvangrijke literatuur op dit gebied.

<sup>57</sup> Zie ook het Besluit van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 15751), BNB 2018/133, m.nt. E. Heithuis, in paragraaf 5.4 geeft de staatssecretaris tweetal goedkeuringen ten aanzien van de dienstbetrekkingseis.

## 3.2 Het vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001

Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, zou in theorie het draagkrachtbeginsel dus bewerkstelligen dat de Wet IB 2001 een vorm van een vermogenswinstbelasting aanneemt. Deze pure vorm van het draagkrachtbeginsel en een vermogenswinstbelasting komen echter niet volledig tot hun recht in de Wet IB 2001. Zo kunnen bijvoorbeeld niet alle door de belastingplichtige gemaakte kosten in aftrek worden gebracht op het belastbare inkomen uit werk en woning of maar in beperkte mate. Aan de inkomenskant laat box 3 de vermogenswinsttheorie helemaal los door het inkomen bij fictie vast te stellen. Waar het concept van een vermogenswinstbelasting in de Wet IB 2001 wel (in meer of mindere mate) goed doorgevoerd is, is in de ab-regeling.<sup>58</sup>

De wet spreekt in art. 4.12 Wet IB 2001 over het volgende ten aanzien van het inkomen uit het ab:

‘(a) de voordelen die worden getrokken uit tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen (reguliere voordelen), verminderd met de aftrekbare kosten en (b) de voordelen die worden behaald bij de vervreemding van tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen, of bij de vervreemding van een gedeelte van de in deze aandelen of winstbewijzen besloten liggende rechten (vervreemdingsvoordelen)’.

Of een bepaalde rechtshandeling in een belastbaar feit voor de ab-regeling resulteert moet beoordeeld worden vanuit de ab-houder. Het gaat om zijn behaalde voordelen, of het zou daarom moeten gaan. In geval van een vervreemding is dit subjectieve element de ab-houder. Bij hem moet worden gekeken of er aandelen of daarin besloten rechten over zijn gegaan in het vermogen van een ander. Op het niveau van de vennootschap is immers geen wijziging te onderkennen bij bijvoorbeeld een verkoop van aandelen. In geval van een regulier voordeel wordt het voordeel beoordeeld vanuit het aandeel (het object) en niet vanuit de ab-houder (het subject). Zo kan de verkrijgingsprijs niet op het reguliere voordeel worden afgeboekt, behoudens dan de speciale regeling van art. 4.12a Wet IB 2001. Ondanks het subjectieve karakter van de ab-regeling zijn er dus nog objectieve elementen te onderscheiden in de regeling.<sup>59</sup>

Tegenover een regulier voordeel staat dat de gemaakte kosten op basis van art. 4.15 Wet IB 2001 in aanmerking mogen worden genomen. Bij de verkrijging van ab-aandelen mag de verkrijgingsprijs vermeerderd worden met de door de verkrijger gemaakte kosten gelet op art. 4.21 lid 1 Wet IB 2001. Bij de vervreemding van ab-aandelen mogen de door de vervreemder gemaakte kosten ten laste van de overdrachtprijs komen op grond van art. 4.20 Wet IB 2001. Volgens art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001 zijn de vervreemdingsvoordelen die behaald worden met de vervreemding van ab-aandelen, inkomen uit ab. Het is met name relevant of een bepaalde rechtshandeling tot een vervreemding leidt; alsdan zorgt die rechtshandeling mogelijk voor een belastbaar vervreemdingsvoordeel. Of een rechtshandeling kwalificeert

---

<sup>58</sup> Dit is onder andere niet goed doorgevoerd in de beperkte verliesverrekeningsregels van art. 4.49 Wet IB 2001 en in de doorschuifregelingen van de ab-regeling.

<sup>59</sup> Zie noot Van Dijck bij het arrest van de Hoge Raad van 30 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1744, BNB 1996/411, m.nt J.E.A.M. van Dijck. Van Dijck merkt daarin op dat de staatssecretaris in de Memorie van Toelichting bij de behandeling van de nieuwe ab-regeling in 1997 de indruk heeft gewekt dat de ab-regeling alleen vanuit de ab-houder gezien moet worden. Van Dijck noemt deze opvatting onjuist omdat juist bij de bepaling van de reguliere voordelen dit tevens vanuit objectieve elementen wordt beoordeeld, namelijk het aandeel zelf. Dat is in dit geval bijvoorbeeld een dividenduitkering vanuit de vennootschap. Of dividend is genoten wordt immers beoordeeld vanuit de vennootschap en of zij winst uitgekeerd heeft aan haar aandeelhouder. Uiteraard is het zo dat de aandeelhouder dan een voordeel geniet, maar of dit een regulier voordeel is wordt derhalve vanuit het aandeel beoordeeld. Dit hoofdstuk staat echter in het teken van het vervreemdingsbegrip waardoor dit objectieve element geen rol speelt in de beoordelen of en wanneer sprake is van een vervreemding.

als vervreemding is daarnaast (in mindere mate) van belang voor de berekening van het inkomen uit het ab. Bij de vervreemding van ab-aandelen mag de verkrijgingsprijs in mindering worden gebracht op de overdrachtprijs. Bij een regulier voordeel is dat niet het geval.<sup>60</sup> Volledigheidshalve merk ik op dat als een rechtshandeling niet als vervreemding c.q. fictieve vervreemding kwalificeert dit niet impliceert dat sprake is van een regulier voordeel.

Wanneer is sprake van een vervreemding voor de ab-regeling? Wat onder een vervreemding moet worden verstaan is onder andere in de jurisprudentie onder het Besluit IB 1941 en de Wet IB 1964 uitgemaakt.<sup>61</sup> Het standaardarrest in dit verband is het arrest van de Hoge Raad in BNB 1960/123.<sup>62</sup> In het onderhavige arrest is als vervreemding aangemerkt:

“(…) elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen van een vennootschap (...), waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, die aandelen of winst bewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan”.

Om van een vervreemding te kunnen spreken, moet de ab-houder een rechtshandeling verrichten die zijn ab-aandelen of de daarin besloten rechten (of een deel daarvan) doet overgaan naar het vermogen van een ander. De ab-aandelen moeten subjectief gezien zijn overgegaan naar een ander. Voorbeelden van een vervreemding zijn een verkoop, schenking en de ruil van aandelen.

Houdt voornoemde dan ook in dat elke juridische verschuiving van rechten bij een zittende aandeelhouder als ook de verschuiving tussen de zittende aandeelhouder en een toetredende aandeelhouder tot een vervreemding van de ab-aandelen leidt? Dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Uit het arrest BNB 1990/147 van de Hoge Raad blijkt dat niet iedere juridische verschuiving van rechten bij een zittende aandeelhouder leidt tot een vervreemding.<sup>63</sup> In dat arrest heeft de Hoge Raad namelijk een uitzondering geformuleerd op voornoemde. Die uitzondering houdt in dat als de verkregen ab-aandelen of daarin besloten rechten na de juridische verschuiving in economische opzicht dezelfde plaats innemen als de afgestane aandelen, voor de ab-regeling geen sprake is van een vervreemding. De rechtsregel die hieruit vloeit is, dat bij de beoordeling of een verschuiving van rechten een vervreemding inhoudt, ook gekeken moet worden of de aandelen subjectief gezien voor en na de rechtshandeling dezelfde economische betekenis hebben in het vermogen van de aandeelhouder.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Met uitzondering van de faciliteit in art. 4.12 Wet IB 2001 waarin het reguliere voordeel wél onder voorwaarden afgeboekt mag worden op de verkrijgingsprijs.

<sup>61</sup> De wetgever heeft het vervreemdingsbegrip zoals dat onder de Wet IB 1964 en haar voorgangers is ontstaan zijn belang laten behouden en ongewijzigd van toepassing laten zijn op de definitie zoals die geldt in de Wet IB 2001. Wel zijn de fictieve vervreemdingen uitgebreid. Zie Kamerstukken II 1995-1996, 24761, nr. 3, p. 12 (MvT) en Kamerstukken II 1999-2000, 26727, nr. 7, p. 505 (NV).

<sup>62</sup> HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123, m.nt. H.J. Hellema. Zie ook HR 29 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX4015, BNB 1977/199, m.nt. J.E.A.M van Dijck waarin de Hoge Raad de algemene formulering van het vervreemdingsbegrip herhaalt.

<sup>63</sup> HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069, BNB 1990/147, m.nt. J. Hoogendoorn, r.o. 4.3. Het ging in dit arrest om een aandelenruil waarbij in het algemeen moet worden aangenomen dat een aandelenruil een vervreemding inhoudt. De Hoge Raad formuleerde hier dus een uitzondering op. Als de verkregen ab-aandelen na de ruil in economische opzicht dezelfde plaats innemen als de afgestane aandelen is voor de ab-regeling geen sprake van een vervreemding. In dit arrest was dat overigens niet het geval. Door de aandelenruil namen de nieuwe aandelen een andere fiscale positie in. De oude aandelen vielen onder de werking van de Wet IB 1964 en de nieuwe aandelen onder de werking van de Wet Vpb 1969, waardoor de dividenden en de vervreemdingsvoordelen onder de deelnemingsvrijstelling vielen en derhalve onbelast waren.

<sup>64</sup> Met economische betekenis wordt bedoeld het geheel aan gerechtigheid op het vermogen van de betreffende vennootschap.

Voor een vervreemding moet dus ook economisch gezien een wijziging optreden in het vermogen van de ab-houder. Als enkel de juridische structuur van een recht verandert zou dat in beginsel geen vervreemding voor het ab moeten inhouden. Denk bijvoorbeeld aan de simpele situatie dat gewone aandelen in een vennootschap voor andere gewone aandelen in diezelfde vennootschap worden geruild. De verkregen aandelen hebben dan naar aanleiding van de ruil dezelfde economische betekenis in het vermogen van de aandeelhouder waardoor toch geen sprake is van een vervreemding. Subjectief gezien heeft de aandeelhouder nog steeds dezelfde rechten ten aanzien van het vermogen van de vennootschap na de ruil. De Hoge Raad heeft in de jurisprudentie daarom uitgemaakt dat op het moment dat de juridische structuur wijzigt en de in de aandelen besloten rechten na de wijziging te vereenzelvigen zijn met de nieuwe structuur, geen sprake kan zijn van een vervreemding.

Zie in dit verband ook de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch in BNB 1970/200.<sup>65</sup> In deze zaak ging het om de vraag of een vervreemding geconstateerd kon worden naar aanleiding van een aandelenruil met een kind waarbij vader tien cumulatief preferente aandelen ruilde tegen tien gewone aandelen van het kind. De cumulatief preferente aandelen en de gewone aandelen gaven in dit specifieke geval recht op dezelfde aanspraak in het vermogen van de vennootschap. Het hof kwam daarom tot de conclusie dat geen sprake was van een vervreemding in het kader van de ab-regeling omdat de met de ruil verkregen gewone aandelen hetzelfde aandeel in de reserves van de vennootschap vertegenwoordigden als de afgestane cumulatief preferente aandelen. Volgens het hof is het vermogen van de vennootschap niet in andere handen terechtgekomen omdat door de ruil verkregen gewone aandelen na de aandelenruil vermogensrechtelijk gezien nog steeds dezelfde aanspraak geven in het vermogen van de vennootschap als de preferente aandelen. Van een vervreemding is dan geen sprake. Bedacht moet worden dat dit een uitzonderingssituatie betreft. Het ruilen van cumulatief preferente aandelen tegen gewone aandelen was in deze specifieke situatie geen probleem. Dat hoeft niet altijd zo te zijn en moet in iedere casus opnieuw beoordeeld worden.

Een andere interessante uitspraak waarin tevens getoetst wordt in hoeverre economisch gezien het belang van de zittende aandeelhouder in de vennootschap hetzelfde is gebleven, is die van Hof Arnhem in BNB 1991/99 waarin aandelen zijn verletterd.<sup>66</sup> De aandeelhouder heeft zijn aandelen omgezet in aandelen A en gelijktijdig aandelen B geëmitteerd aan een holdingvennootschap waarvan de aandelen in handen zijn van zijn drie zonen. De aandelen A gaven recht op alle reserves van de vennootschap op het moment van de uitgifte (voorbehoud stille reserves). De aandelen B deelden wel direct mee in de jaarwinsten van de vennootschap (A en B voor 50%). Het hof constateerde dat de oorspronkelijke aandelen en de nieuwe aandelen A en B hetzelfde aandeel in de reserves hebben behouden waardoor geen vervreemding tot stand is gekomen door de emissie van de aandelen B. In dit geval was geen sprake van een vermogensverschuiving bij de aandeelhouder. Het hof heeft in aanvulling daarop opgemerkt dat de inspecteur niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de nieuwe aandeelhouder een lagere waarde dan de werkelijke waarde op de aandelen heeft gestort. Dit laatste impliceert dat als een onzakelijke waarde op de aandelen is gestort wel een vervreemding geconstateerd kan worden.

De Hoge Raad heeft in BNB 1994/231 in toevoeging op het vorige arrest het volgende besloten ten aanzien van de storting op aandelen tegen een onzakelijke waarde. In casu heeft een vennootschap aandelen geëmitteerd waarbij de kinderen en de kleinkinderen van de enig aandeelhouder van die vennootschap de aandelen hebben verworven. De aandelen werden tegen lagere waarde geëmitteerd dan dat de werkelijke waarde was van die aandelen. De Hoge Raad heeft daarom besloten dat de uitgifte van aandelen tegen een

---

<sup>65</sup> Hof 's-Hertogenbosch van 14 november 1969, ECLI:NL:GHSHE:1969:AX5316, BNB 1970/200.

<sup>66</sup> Hof Arnhem van 30 oktober 1989, ECLI:NL:GHARN:1989:AW2363, BNB 1991/99.

lagere waarde dan de werkelijke waarde een vervreemding van de in de ab-aandelen besloten rechten inhield, omdat de aandeelhoudersrechten van belanghebbende om die reden overgingen naar de kinderen en kleinkinderen van belanghebbende.

Resumerend moet bij de beoordeling of een rechtshandeling tot een vervreemding voor de ab-regeling leidt, twee vragen worden beantwoord:

1. Heeft zich een rechtshandeling voorgedaan waarbij de aandelen of de daarin besloten rechten zijn overgaan uit het vermogen van de ab-houder naar een ander? Zo niet, dan heeft zich geen vervreemding van de ab-aandelen of een gedeelte daarvan voorgedaan. Zo ja, dan doet zich een vervreemding voor. Die vervreemding kan echter weggenomen worden als de tweede vraag bevestigend beantwoord wordt.
2. Is de ontstane situatie na de rechtshandeling economisch gezien te vereenzelvigen met de situatie vóór de rechtshandeling? Zo niet, dan wordt de vervreemding niet teruggenomen. Zo ja, dan blijft de vervreemding staan.

Naast de gewone vervreemdingen zoals bijvoorbeeld de verkoop, schenking en ruil van ab-aandelen bevat art. 4.16 Wet IB 2001 uitbreidingen in de vorm van zogenoemde fictieve vervreemdingen. Voorbeelden daarvan zijn de overgang krachtens erfrecht, de juridische splitsing of de emigratie van de ab-houder. Deze fictieve vervreemdingen zijn veelal in de wet opgenomen om twee redenen. Ten eerste om ervoor te zorgen dat de ab-claim die op de aandelen rust niet verloren gaat omdat een bepaalde rechtshandeling niet onder het vervreemdingsbegrip valt.<sup>67</sup> Ten tweede hebben bepaalde ficties als doel het voordeel dat behaald wordt met die rechtshandeling niet onder het reguliere voordeel, maar onder het vervreemdingsvoordeel te laten vallen.<sup>68</sup> Een voorbeeld daarvan is de inkoop van aandelen die een opgenomen in art. 4.16 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. Hier kom ik in de volgende paragraaf op terug. De overige fictieve vervreemdingen blijven onbesproken.

### 3.3 Inkoop en intrekking van aandelen

De inkoop van aandelen is civielrechtelijk vastgelegd in art. 2:207 lid 1 BW. Het bestuur van de vennootschap is gerechtigd tot het nemen van een besluit tot inkoop van eigen aandelen. De intrekking van aandelen is geregeld in art. 2:208 lid 1 BW en regelt onder meer de vermindering van het geplaatste kapitaal van de vennootschap door middel van de intrekking van aandelen. Bij de intrekking van aandelen moet op basis van art. 2:208 lid 2 BW onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. De eerste situatie is de inkoop van aandelen gevolgd door de intrekking van die aandelen. De tweede situatie is directe intrekking met terugbetaling zonder voorafgaande inkoop van aandelen.

Aandelen kunnen slechts ingetrokken worden als deze door vennootschap worden gehouden. Dat is bijvoorbeeld mogelijk doordat de vennootschap eerst de aandelen inkoop. De vraag of in de eerste situatie de inkoop van aandelen gevolgd door de intrekking van die aandelen een vervreemding voor de ab-regeling inhoudt, is vanuit de wet simpel te beantwoorden. De inkoop van aandelen is op basis van art. 4.16 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 aangemerkt als een fictieve vervreemding. Na de inkoop hebben de aandelen het vermogen van de ab-houder verlaten en zijn de aandelen in bezit van de vennootschap. De daadwerkelijke intrekking heeft dan geen invloed meer op de (voormalig) ab-houder. De vraag is waarom de inkoop van aandelen als fictieve vervreemding in de wet is opgenomen en of dat terecht is. De reden voor de wetgever

---

<sup>67</sup> Kamerstukken II 1958-1959, 5380, nr. 3, p. 44.

<sup>68</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24 761, nr. 3, p. 47 (MvT).

om de inkoop van aandelen uitdrukkelijk als fictieve vervreemding aan te merken, is het gevolg van de wetsystematiek van de Wet IB 1964. Onder die wet viel de inkoop van aandelen vóór 1997 onder het objectieve systeem van de zuivere inkomsten uit vermogen. Het waren namelijk voordelen getrokken uit aandelen. Met ingang van 1997 is de ab-regeling gesubjectiveerd en was het wenselijk om de inkoop van aandelen expliciet onder het vervreemdingsbegrip te laten vallen en niet als regulier voordeel aan te merken.<sup>69</sup> In art. 4.12 letter a Wet IB 2001 staat namelijk dat de reguliere voordelen de voordelen zijn die getrokken worden uit tot een ab behorende aandelen, dat laat het objectieve karakter van het reguliere voordeel zien. Of een regulier voordeel geconstateerd wordt, moet beoordeeld worden vanuit die specifieke aandelen. Uit die gedachte is de inkoop van aandelen als fictieve vervreemding opgenomen in de wet, omdat anders de inkoop van aandelen volgens de wetgever onder het reguliere voordeel zou vallen.

Is het echter ook terecht dat de inkoop van aandelen als vervreemdingsfictie in de wet is opgenomen? De Hoge Raad heeft duidelijk in zijn arrest in BNB 1960/123 geoordeeld dat een vervreemding elke rechtshandeling is, waardoor de eigenaar van de aandelen van een vennootschap, waarin hij een ab heeft, die aandelen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan. Deze definitie volgend is mijns inziens het gevolg dat de inkoop van aandelen door de vennootschap een echte vervreemding is voor het ab. De aandelen gaan per slot van rekening door de rechtshandeling uit het vermogen van de ab-houder in dat van de vennootschap. De Hoge Raad heeft in dat kader in het arrest BNB 2004/123 besloten over de inkoop van aandelen in verband met de verdragskwalificatie van een dergelijke inkoop.<sup>70</sup> De Hoge Raad oordeelt daarin dat vanuit de verkopende aandeelhouder bezien, geen onderscheid gemaakt hoeft te worden tussen de verkoop van aandelen aan een derde en de verkoop aan de vennootschap zelf.<sup>71</sup> Daar concludeer ik uit dat de gevolgen hetzelfde zouden moeten zijn en de inkoop een echte vervreemding hoort te zijn en de fictiebepaling overbodig is.

De tweede situatie in het kader van een intrekking van aandelen is die waarbij de aandelen direct ingetrokken worden met terugbetaling van hetgeen op die aandelen is gestort. De intrekking van aandelen is niet aangemerkt als een fictieve vervreemding in art. 4.16 lid 1 Wet IB 2001. Rijkers zet uiteen dat een en ander kort gezegd inhoudt dat de intrekking van aandelen ofwel het oude objectieve systeem van vóór 1997 nog steeds volgt ofwel het nieuwe subjectieve systeem van ná 1997.<sup>72</sup> Argument om het oude systeem te volgen, is dat een teruggaaf van kapitaal als uitdeling kan worden beschouwd voor zover die teruggaaf boven de verkrijgingsprijs uitkomt. Een teruggaaf van kapitaal kan op twee manieren plaatsvinden. Ten eerste kan dat via een vermindering van het nominale bedrag per aandeel (afstempeling). Ten tweede kan dat via de intrekking van aandelen plaatsvinden. In beide gevallen wordt het kapitaal van de vennootschap verminderd wat vanuit een objectieve benadering als uitdeling gezien kan worden. De wet merkt een vermindering van het nominale bedrag per aandeel aan als regulier voordeel ex art. 4.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001. De intrekking van aandelen zou dan op dezelfde wijze behandeld moeten worden. Die stelling volgend zou een dergelijke directe intrekking van aandelen op grond van art. 4.12 onderdeel a Wet IB 2001 als regulier voordeel moeten worden aangemerkt.

Argument om de directe intrekking van aandelen als echte vervreemding te kwalificeren, is gelegen in het vervreemdingsbegrip binnen de ab-regeling. Als de aandelen worden ingetrokken verdwijnen deze uit het vermogen van de ab-houder. Dat de aandelen vervolgens helemaal verdwijnen doet hier niks aan af. In dat kader is het arrest van de Hoge Raad in BNB 2007/70 relevant.<sup>73</sup> Dit arrest heeft betrekking op het oude systeem van vóór 1997 en daarin was de vraag aan de orde hoe om te gaan met een intrekking van

<sup>69</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24 761, nr. 3, p. 47 (MvT).

<sup>70</sup> HR 12 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AI0450, BNB 2004/123, m.nt. P. Kavelaars.

<sup>71</sup> HR 12 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AI0450, BNB 2004/123, m.nt. P. Kavelaars, r.o. 3.3.

<sup>72</sup> A.C. Rijkers, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel IB.4.6.1.B.a2, (online, laatst bijgewerkt op 13 april 2021).

<sup>73</sup> HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6035, BNB 2007/70, m.nt. E.J.W. Heithuis, r.o. 4.2.2.

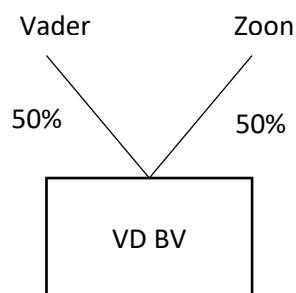


aandelen. De Hoge Raad heeft in dat arrest beslist dat een intrekking van aandelen met terugbetaling ex art. 2:208 lid 2 BW gelijkgesteld moet worden met een inkoop van aandelen gevolgd door intrekking van die aandelen. Onder het oude systeem betekent dit dus dat sprake is van inkomsten uit vermogen. Indien de rechtsregel van de Hoge Raad wordt toegepast op het nieuwe systeem, lijkt het mij rechtens dat de directe intrekking ook als een fictieve vervreemding zou moeten worden gekwalificeerd. Gelet op het vervreemdingsbegrip waarbij een rechtshandeling moet zijn uitgevoerd die de ab-aandelen of de daarin besloten rechten (of een deel daarvan) doet overgaan van het vermogen van de vervreemder naar die van een ander. De aandelen verdwijnen uit het vermogen van de houder van de ab-aandelen en op hetzelfde juridische ondeelbare moment komen de aandelen in het vermogen van de vennootschap en worden deze ingetrokken.<sup>74</sup> De directe intrekking van aandelen volgt naar mijn idee het nieuwe subjectieve systeem waarbij de rechtshandeling als echte vervreemding kwalificeert.

Aan de hand van het volgende voorbeeld wil ik graag, gelet op voornoemde, illustreren waarom een inkoop van aandelen een 'echte' vervreemding in zou moeten houden.

### Voorbeeld 1: inkoop direct gehouden gewone aandelen

Vader en zoon hebben sinds 2017 alle gewone aandelen in VD BV. VD BV drijft vanaf 2017 een materiële onderneming volgens art. 3.2 Wet IB 2001. Vader en zoon hebben beiden 500 gewone aandelen met een nominale waarde van € 1, tevens de verkrijgingsprijs van de aandelen. De winst na belasting van VD BV is sinds de oprichting jaarlijks circa € 30.000 en de waarde van de aandelen zijn € 200.000, ervan uitgaande dat er geen stille reserves of goodwill aanwezig is. De structuur ziet er vanaf 2017 als volgt uit:



Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020, conform art. 2:207 BW, 250 gewone aandelen van vader in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

### Uitwerking

Na de inkoop van de aandelen van vader houdt hij nog 250 aandelen en zoon houdt nog steeds 500 aandelen. Het gevolg is dat er nog 750 aandelen bij vader en zoon resteren. Bij de beoordeling of een rechtshandeling een vervreemding als gevolg heeft moeten twee vragen beantwoord worden. Allereerst de vraag of er rechten naar een ander gaan en ten tweede of de nieuwe situatie economisch te vereenzelvigen is met de oude. Ik begin met de eerste vraag. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad moet het voor een vervreemding gaan om een rechtshandeling waardoor (een deel van) de aandelen of de daarin besloten rechten overgaan van de houder van

---

<sup>74</sup> Volledigheidshalve is van economische vereenzelving tevens geen sprake. De aandeelhouder heeft geen rechten verkregen of behouden ten aanzien van de ingetrokken aandelen.

die aandelen naar die van een ander.<sup>75</sup> Ingeval van een inkoop van aandelen (uiteindelijk gevolgd door de intrekking daarvan) ontvangt de aandeelhouder in de regel contanten en staat hij de aandelen af aan de vennootschap. De aandelen en de daarin besloten rechten gaan daarmee uit het vermogen van de aandeelhouder naar dat van een ander: de vennootschap. In die zin is sprake van een vervreemding.

Kan de vervreemding dan vervolgens worden teruggenomen door de vereenzelvigingstoets? Om te slagen voor die toets moet de situatie na de inkoop economisch te vereenzelvigen zijn met de situatie voor de rechtshandeling. Kort gezegd moet de gerechtigdheid van de betreffende aandeelhouder tot het vermogen van de vennootschap niet gewijzigd zijn door de inkoop van de aandelen. Alleen dan kan economische vereenzelviging voordoen. Of dat in casu het geval is, wordt aan de hand van het volgende cijfervoorbeeld duidelijk.

Vader en zoon hebben voor de intrekking beiden recht op 50% van de jaarwinst (i.c. ieder € 15.000) en tot de helft van het vermogen van de vennootschap VD BV (inclusief stille reserves en goodwill). Als VD BV vervolgens 250 aandelen van vader inkoop resteren er nog in totaal 750 aandelen bij de aandeelhouders waarvan vader er nog maar 250 heeft en zoon heeft nog steeds 500 aandelen in VD BV. De inkoop zorgt ervoor dat de winstverdeling wijzigt, want vader heeft nog maar recht op 1/3<sup>e</sup> deel van de winst en zoon heeft recht op 2/3<sup>e</sup> deel. Ook de gerechtigdheid tot de reserves en het vermogen wijzigt in diezelfde verhouding.

Bij een gelijkblijvende winst van € 30.000 heeft vader in het opvolgende jaar na de intrekking nog maar recht op € 10.000 in plaats van € 15.000. Bij zoon wordt juist een toename van de gerechtigdheid geconstateerd van ruim 16%. De vereenzelvigingstoets slaagt om die reden niet. Vader heeft immers relatief gezien een verminderde aanspraak op de jaarwinsten en het vermogen van VD BV, waardoor de oude en nieuwe situatie naar mijn idee niet te vereenzelvigen zijn. Het aandeelhouderschap van vader heeft daarmee een subjectieve wijziging ondergaan. De vervreemding wordt niet teruggenomen. Volledigheidshalve wordt de inkoop van aandelen bij fictie als vervreemding aangemerkt ex. art. 4.16 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

### 3.4 Deelconclusie

De ab-regeling kent een lange geschiedenis in de Nederlandse belastingwetgeving waarin onder andere het vervreemdingsbegrip uitgekristalliseerd is. In 1960 heeft de Hoge Raad al uitgemaakt wat onder een dergelijke vervreemding van ab-aandelen verstaan moet worden. De subjectieve benadering van de ab-regeling wordt al geruime tijd door de Hoge Raad toegepast en in 1997 is de ab-regeling in de wet gesubjectiveerd.

Om een bepaalde rechtshandeling als een vervreemding voor de ab-regeling te kunnen constateren moeten aandelen of de daarin besloten rechten overgaan uit het vermogen van de ab-houder naar een ander. Vervolgens moet nog getoetst worden of eventuele nieuw verkregen rechten economisch te vereenzelvigen zijn met de oude rechten, alsdan is toch geen sprake van een vervreemding

De inkoop van aandelen en de uiteindelijk intrekking van aandelen kan civielrechtelijk op twee manieren tot stand komen. Ten eerste door een inkoop van aandelen gevolgd door de intrekking van die aandelen. Deze rechtshandeling is bij fictie een vervreemding voor het ab. De tweede manier is het direct intrekken

---

<sup>75</sup> HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123, m.nt. H.J. Hellema. Zie ook HR 29 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX4015, BNB 1977/199, m.nt. J.E.A.M van Dijck.

van de aandelen met terugbetaling van hetgeen op die aandelen is gestort. Deze rechtshandeling is naar mijn idee een echte vervreemding voor het ab.

## 4 Inkoop van aandelen: gevolgen voor de bezitstermijn

---

Om voor de BOR in de SW 1956 in aanmerking te komen, moet aan diverse voorwaarden worden voldaan. Zo moet de schenker of erfkater voldoen aan de zogenoemde bezitseis. Deze bezitseis houdt kort gezegd in dat een erflater minimaal één jaar ab-houder moet zijn geweest van de aandelen waar het ondernemingsvermogen op ziet en een schenker moet de ab-aandelen minimaal vijf jaar in bezit hebben gehad. Het lichaam waar de ab-aandelen op zien moet in aanvulling daarop respectievelijk één of vijf jaar de - toegerekende - onderneming hebben gedreven. Voor een uitgebreide beschrijving van de bezitstermijn verwijs ik graag naar paragraaf 2.3 van dit onderzoek.

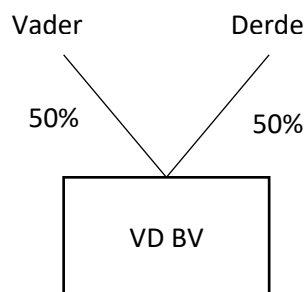
Om de gevolgen van het inkopen van aandelen voor de bezitstermijn te kunnen duiden, wordt onderscheid gemaakt tussen de inkoop van aandelen op direct en indirect niveau. Verder wordt zowel de inkoop van gewone aandelen als die van preferente aandelen onderzocht. In paragraaf 4.1 beschrijf ik de inkoop van direct gehouden gewone aandelen gevolgd door de indirecte situatie in paragraaf 4.2. In paragraaf 4.3 wordt uiteengezet wat naar mijn mening verstaan moet worden onder kwalificerende en niet kwalificerende preferente aandelen en waarom dat relevant is. In paragrafen 4.4. en 4.5 komen de gevolgen van het inkopen van preferente aandelen in de direct en indirect gehouden situaties tijdens de bezitstermijn aan bod, in zowel de situaties waarin sprake is van kwalificerende als van niet kwalificerende preferente aandelen. Ik bespreek de gevolgen aan de hand van enkele voorbeelden en mijn visie hierop weergeven. Ik sluit het hoofdstuk in paragraaf 4.6 af met een korte deelconclusie.

### 4.1 Inkoop van direct gehouden gewone aandelen

In deze paragraaf worden de gevolgen voor de bezitstermijn van de inkoop (gevolgd door intrekking) van direct gehouden gewone aandelen besproken.

#### **Voorbeeld 1: inkoop direct gehouden gewone aandelen**

Vader en een derde hebben sinds 2017 alle gewone aandelen in VD BV. VD BV drijft vanaf 2017 een materiële onderneming volgens art. 3.2 Wet IB 2001. Vader en de derde hebben beiden 500 gewone aandelen met een nominale waarde van € 1, tevens de verkrijgingsprijs van de aandelen. De winst na belasting van VD BV is sinds de oprichting jaarlijks circa € 30.000 en de waarde van de aandelen is € 200.000. De activa en passiva van VD BV is op de waarde in het economische verkeer gewaardeerd. De structuur ziet er vanaf 2017 als volgt uit:



Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020, conform art. 2:207 BW, 250 gewone aandelen van de derde in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

De balans van VD BV ziet er vóór de inkoop van aandelen (vereenvoudigd) als volgt uit:

Balans VD BV per 31-12-2020			
Werkkapitaal	130.000	Aandelenkapitaal	1.000
Bank	70.000 <sup>76</sup>	Winstreserve	199.000
<b>Totaal</b>	<b>200.000</b>	<b>Totaal</b>	<b>200.000</b>

### Uitwerking

De inkoop van de aandelen is voor de derde in ieder geval een fictieve vervreemding ex art. 4.16 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 (zie paragraaf 3.3 voor een uitgebreide beschrijving). Hij vervreemdt 50% van zijn ab. De balans van VD BV ziet er na de inkoop dan als volgt uit:

Balans VD BV per 01-01-2021			
Werkkapitaal	130.000	Aandelenkapitaal	1.000
Bank	20.000	Winstreserve	149.000
<b>Totaal</b>	<b>150.000</b>	<b>Totaal</b>	<b>150.000</b>

Door de inkoop van de aandelen van de derde is de gerechtigdheid van de aandelen die vader in zijn bezit had en heeft, relatief toegenomen. Immers voor de inkoop was hij voor 50% gerechtigd en nu voor 66,67%. Immers in art. 35d lid 1 letter c SW 1956 staat dat hij ab-houder moet zijn geweest van de vermogensbestanddelen. Hoe moet die toename c.q. wijziging bij vader geduid worden in het kader van de bezitstermijn? Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen twee benaderingen die ik vanuit vader ga behandelen om op die manier de gevolgen voor de reeds lopende bezitstermijn en de mogelijk nieuwe bezitstermijn inzichtelijk te kunnen maken.

De eerste benadering is een objectieve benadering. Vader heeft voor de inkoop 500 aandelen en na de inkoop heeft hij nog steeds hetzelfde aantal aandelen in VD BV. In art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 staat dat de erflater of schenker gedurende de bezitsperiode van één respectievelijk vijf jaar ab-houder moet zijn geweest van de verkregen vermogensbestanddelen. Dit is het geval. Immers vader heeft en had de 500 aandelen. Daarin is door de inkoop geen verandering gekomen. Dat de gerechtigdheid waartoe die aandelen strekken als gevolg van de inkoop is gewijzigd, doet hier niet aan af. Vader is na de inkoop nog steeds ab-houder van diezelfde vermogensbestanddelen. De tekst van de wet leidt er dus toe dat er voor vader geen nieuwe bezitstermijn aanvangt voor de uitbreiding van zijn gerechtigdheid tot de jaarwinst en het vermogen van VD BV.

De tweede benadering gaat uit van een subjectieve benadering waarbij gekeken wordt naar de relatieve omvang van het aandelenbelang. Eerst heeft vader recht op 50% van het vermogen en de winst van VD BV en na de inkoop van de aandelen van de derde stijgt dat naar 66,67%. Dat betekent dat één aandeel in de nieuwe situatie recht geeft op een groter gedeelte van de winst en het vermogen van de vennootschap. Een gerechtigdheid die er voorheen niet was. In casu was vader niet gerechtigd tot dat gedeelte (16,67%) van het vermogen, wat inhoudt dat hij ten aanzien van die toename pas ondernemer is geworden na de inkoop van de aandelen bij de derde. Ik lees dit

<sup>76</sup> Waarvan € 50.000 duurzaam overtollig.

echter niet in de wet. De wet spreekt enkel over het lang genoeg ab-houder zijn van de vermogensbestanddelen en steunt daarmee de eerste benadering.

Verder kan tegen de tweede benadering worden ingebracht dat de grondslag waarover de BOR eventueel wordt berekend, bij vader niet wijzigt. Als de aandelen van de derde voor de werkelijke waarde van € 200 per aandeel worden ingekocht zal aan de kant van vader niet veel veranderen, in ieder geval niet voor wat betreft zijn aanspraak tot het vermogen van de vennootschap in absolute zin. Zijn aandelen vertegenwoordigen voor en na de inkoop een waarde van € 100.000 (2/3<sup>e</sup> deel van € 150.000). Dat houdt in dat vanuit vader beredeneerd zijn aanspraak niet groter is geworden door de inkoop van de aandelen bij de derde. Dit argument baseert zich echter op een momentopname en dat is het moment van inkoop. Ik ben van mening dat ook gekeken moet worden naar wat vader in de toekomst gaat krijgen en waartoe hij gerechtigd gaat zijn. Daarvoor moet gekeken worden naar het relatieve belang in de vennootschap en niet het absolute belang.

Daarom zou naar mijn idee voor de relatieve stijging bij vader van de winstgerechtigdheid en aanspraak op het vermogen van VD BV van 50% naar 66,67% wel een nieuwe bezitstermijn moeten starten. Ik baseer mijn standpunt op de doelstelling van de BOR en de bezitstermijn. Om de BOR te kunnen toepassen, moet een ondernemer lang genoeg ondernemer zijn geweest van een onderneming. Dit komt tot uitdrukking in de bezitstermijn door een toets aan te leggen aan het aandeelhouderschap van de erflater of schenker en te eisen dat het lichaam waar dat aandeelhouderschap op ziet lang genoeg de onderneming heeft gedreven. Ik ben van mening dat vader pas ondernemer wordt voor die relatieve stijging nadat de inkoop van aandelen heeft plaatsgevonden.

In aanvulling daarop zie ik niet in waarom de invulling van de bezitstermijn op dit punt moet afwijken van het vervreemdingsbegrip in de Wet IB 2001. In het subjectieve systeem van de ab-regeling is de verschuiving van gerechtigdheid tot het vermogen van de vennootschap als gevolg van de inkoop van aandelen als vervreemding aan te merken. De ab-regeling merkt dus een afname in gerechtigdheid op. Dan moet er ook een toename te onderkennen zijn. Waarom zou dat voor de bezitstermijn in de BOR anders moeten zijn?

Mijns inziens is het aan te bevelen om de wet op dit punt aan te passen om op die manier recht te doen aan een meer subjectieve benadering binnen de bezitstermijn. De bewoording 'aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, (...)' kan in dat geval vervangen worden met 'gerechtigd was tot de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en de daarin besloten rechten, (...)'. Op die manier valt de stijging van de gerechtigdheid niet meer onder de reeds lopende bezitstermijn en begint voor dat gedeelte een nieuwe bezitstermijn te lopen.

## 4.2 Inkoop van indirect gehouden gewone aandelen

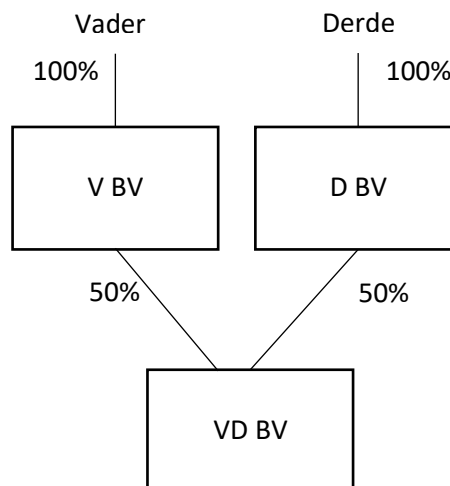
Aandelen in een vennootschap kunnen zowel direct als indirect worden gehouden. Dat wil zeggen ofwel de schenker of erflater houdt de aandelen in de vennootschap in privé of hij houdt deze via een holdingvennootschap. Een holdingvennootschap drijft over het algemeen geen materiële onderneming omdat zij meestal alleen de aandelen houdt in een werkmaatschappij. De BOR is dan in beginsel niet van toepassing op de aandelen in de holdingvennootschap. Zoals in paragraaf 2.2 beschreven wordt in dat geval echter onder voorwaarden het vermogen van de indirect gehouden vennootschap toegerekend aan de holdingvennootschap. Als de schenker of erflater kortgezegd een indirect ab heeft in de werkmaatschappij

mag dat vermogen aan de holdingvennootschap worden toegerekend. Als gevolg van die toerekening drijft de holdingvennootschap bij fictie een onderneming en mag de BOR toch toegepast worden.

In het volgende voorbeeld komt de situatie aan bod waarin indirect gehouden gewone aandelen inkoop worden. Ook wordt ervan uitgegaan dat de ingekochte aandelen na de inkoop worden ingetrokken.

### Voorbeeld 2: inkoop indirect gehouden gewone aandelen

Vader heeft sinds 2017 alle gewone aandelen in V BV en een derde in D BV. V BV en D BV houden op hun beurt vanaf 2017 alle gewone aandelen in VD BV. VD BV drijft vanaf 2017 een materiële onderneming volgens art. 3.2 Wet IB 2001. V BV en D BV hebben beiden 500 gewone aandelen met een nominale waarde van € 1, tevens de verkrijgingsprijs van de aandelen. De winst na belasting van VD BV is sinds de oprichting jaarlijks circa € 30.000 en de waarde van de aandelen zijn € 200.000. De activa en passiva van VD BV is op de waarde in het economische verkeer gewaardeerd. De structuur ziet er vanaf 2017 als volgt uit:



Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020, conform art. 2:207 BW, 250 gewone aandelen van D BV in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

### Uitwerking

Net als in het vorige voorbeeld worden gewone aandelen ingekocht wat in dit geval tevens tot een gedeeltelijke vervreemding van de door D BV gehouden aandelen leidt. In dit geval gaan de rechten die besloten liggen in de door D BV gehouden aandelen in VD BV, over op V BV. Op deze vervreemding is de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 lid 1 Wet Vpb 1969 van toepassing. De vervreemdingswinst blijft daardoor buiten aanmerking en wordt niet belast.

De onderneming wordt gedreven in VD BV waarvan de aandelen worden gehouden door twee holding vennootschappen. Deze vennootschappen drijven geen onderneming. Vader en de derde houden beiden een indirect ab in VD BV waardoor de toerekeningsbepaling van art. 35c lid 5 SW 1956 van toepassing is. De holdingvennootschappen drijven als gevolg daarvan bij fictie een onderneming. De toerekening bij de derde verloopt in eerste instantie via 500 gewone aandelen en vervolgens via nog maar 250 aandelen. De derde houdt voor en na de inkoop nog steeds alle

aandelen in D BV en dat zijn de aandelen die in aanmerking worden genomen voor de bezitstermijn. Indirect is zijn aanspraak op het vermogen van VD BV verminderd dus ik zie geen gevolgen voor de bezitstermijn bij de derde.

Dan de vraag wat de gevolgen zijn ten aanzien van de bezitstermijn van vader. Ten aanzien van de reeds in bezit zijnde subjectieve gerechtigheid tot het vermogen van VD BV begint geen nieuwe bezitstermijn te lopen.

De aandelen die ingekocht werden, werden op indirect niveau gehouden door de derde. Ook vader houdt de aandelen via een holdingvennootschap. Dat houdt in dat via die aandelen de actieve onderneming van VD BV bij fictie aan V BV en D BV worden toegerekend. Vervolgens wordt beoordeeld of op het niveau van V BV de door vader gehouden aandelen eventueel kwalificeren voor de BOR. De toerekening verliep voor de inkoop in een verhouding 50:50 aan iedere holdingvennootschap. Na de inkoop wordt 1/3<sup>e</sup> deel aan D BV toegerekend en 2/3<sup>e</sup> deel aan V BV. Nu wordt dus meer ondernemingsvermogen aan V BV toegerekend dan voorheen het geval was. Net zoals in het vorige voorbeeld kan gesteld worden dat voor de subjectieve toename van het toegerekende vermogen een nieuwe bezitstermijn moet aanvangen.

Deze visie houdt in dat de objectieve onderneming die door VD BV wordt gedreven niet is gewijzigd, althans het recht waartoe de aandelen recht op geven is wel toegenomen maar de identiteit van de vennootschap is hetzelfde gebleven. Steun voor deze opvatting kan mijns inziens gevonden worden in de arresten van de Hoge Raad van 29 mei 2020.<sup>77</sup> In deze arresten werd de vraag voorgelegd of voor de uitbreidingsinvesteringen (via een activa-passiva transactie) van de reeds bestaande onderneming een nieuwe bezitstermijn aanvangt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat alleen voor de verkrijging van een onderneming of een gedeelte daarvan (naast de reeds in bezit zijnde onderneming) een nieuwe bezitstermijn ingaat. Als vervolgens die onderneming wordt verkregen onder de BOR hoeft niet nagegaan te worden of binnen die onderneming zelfstandige onderdelen te onderscheiden zijn. Als er meerdere op zichzelf staande ondernemingen te onderscheiden zijn, is dat uiteraard anders en moet voor iedere afzonderlijke onderneming nagegaan worden of voldaan is aan de bezitstermijn. Doordat in het arrest maar één objectieve onderneming in aanmerking werd genomen na de toerekening van die onderneming aan de holdingvennootschap, begon door de uitbreiding van die onderneming door middel van een activa-passiva transactie geen nieuwe bezitstermijn te lopen. In deze arresten ging het om de vraag of de objectieve onderneming uitgebreid was en niet de vraag of de subjectieve gerechtigheid tot de objectieve onderneming in het lichaam uitgebreid was. Hoogeveen merkt in haar noot echter op dat de bewoordingen van r.o. 2.4.4. algemeen geformuleerd zijn en daarmee ook zouden kunnen gelden voor de uitbreiding van de subjectieve gerechtigheid. Zij merkt tevens op dat gelet op de doelstelling van de BOR een duurzame ondernemersrelatie tussen de erflater c.q. schenker en de onderneming moet bestaan. Daarnaast vervolgt zij dat aan de antimisbruikdoelstelling van de bezitstermijn recht wordt gedaan door een nieuwe bezitstermijn te laten aanvangen voor de subjectieve toename van de gerechtigheid tot de objectieve onderneming.

Als deze uitkomst van de arresten van de Hoge Raad op dit voorbeeld wordt toegepast, kan gesteld worden dat de toename van de subjectieve vermogensrechtelijke aanspraak op het vermogen van VD BV, op gaat in de reeds bestaande toegerekende objectieve onderneming. Alsdan zijn geen meerdere objectieve ondernemingen te onderscheiden. Dit is immers niet gelijk aan de situatie dat een aandeelhouder aandelen van een medeaandeelhouder koopt. Een dergelijke toename heeft

---

<sup>77</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867 en ECLI:NL:HR:2020:993, BNB 2021/1, m.nt. M.J. Hoogeveen. Ik verwijs tevens graag naar paragraaf 2.1.3 van dit onderzoek voor een uitgebreide beschrijving van het arrest.



dan niet tot gevolg dat een nieuwe bezitstermijn aanvangt. Op aandeelhoudersniveau heeft vader echter een subjectieve toegenomen indirecte aanspraak op het vermogen en de jaarwinsten van VD BV. Door de inkoop van de aandelen kan nu tevens meer ondernemingsvermogen aan zijn holdingvennootschap worden toegerekend, wat voorheen niet het geval was. Ik ben van mening dat vader pas 'ondernemer' is geworden (voor de subjectieve toename van 50% naar 66,67%) op het moment dat de aandelen bij de derde zijn ingekocht. De bezitstermijn start dan pas ten aanzien van die subjectieve toename op de objectieve onderneming. Doelstelling van de BOR is namelijk dat een reële bedrijfsopvolging gefacilieerd wordt en via de bezitstermijn wordt bewerkstelligd dat de erflater of schenker ook lang genoeg een kwalificerende ondernemer is geweest alvorens de aandelen in aanmerking komen voor de BOR. Dat is de hiervoor uiteengezette uitkomst niet. Een gewenste uitkomst is dat wel een nieuwe bezitstermijn aanvangt. Overigens is deze visie in overeenstemming met hetgeen ik in voorbeeld 1 in paragraaf 4.1 heb betoogd en aanbevolen. Een wetswijziging is daarmee gewenst in mijn ogen. Aan de aanbeveling in paragraaf 4.1 kunnen de woorden 'direct of indirect' nog worden toegevoegd. Op die manier wordt recht gedaan aan de gelijke behandeling van directe en indirecte belangen.

### 4.3 Kwalificerende en niet kwalificerende preferente aandelen

De vraag is of hetgeen hiervoor is uiteengezet ten aanzien van de inkoop van gewone aandelen op dezelfde manier uitwerkt voor de inkoop van preferente aandelen op zowel direct als indirect niveau. Wat betreft kwalificerende preferente aandelen lijkt dit op voorhand inderdaad het geval te zijn. Die aandelen representeren als het ware een subjectieve gerechtigdheid als ondernemer in de vennootschap net als dat voor gewone aandelen het geval is. Dit is echter niet het geval voor niet kwalificerende preferente aandelen. In dat geval kunnen de aandelen als een vordering van de houder daarvan worden gezien. Het enkel optreden als financier van een vennootschap is niet genoeg om als ondernemer te worden aangemerkt voor de BOR. In dit onderzoek is meermaals benadrukt dat de wetgever een preferente aandeelhouder in beginsel als belegger ziet.<sup>78</sup> Uit de ratio van de BOR volgt dan dat deze aandeelhouder de faciliteiten niet zou mogen gebruiken. Die zijn immers kortweg toegespitst op ondernemers die een actieve onderneming drijven (via een lichaam).<sup>79</sup> Aangezien de aflossing van een vordering geen gevolgen heeft voor de bezitstermijn, zou dat naar mijn mening ook het geval moeten zijn voor de inkoop van preferente aandelen. Ik kom hierop terug in paragraaf 4.4.2 en paragraaf 4.5.2.

In de volgende paragrafen wordt onderscheid gemaakt tussen kwalificerende preferente aandelen en preferente aandelen die dat niet doen voor de toepassing van de BOR. Ik ga daarin laten zien wat de gevolgen zijn als er kwalificerende- en niet kwalificerende preferente aandelen worden ingetrokken. In deze paragraaf ga ik kort uiteenzetten wat naar mijn idee moet worden verstaan onder deze twee verschillende kwalificaties van een preferent aandeel.

Preferente aandelen kwalificeren pas voor de BOR op het moment dat aan alle vier de voorwaarden is voldaan. Dat klinkt uiteraard logisch, maar ligt mogelijk genuanceerder dan in eerste instantie gedacht. De eerste drie voorwaarden worden vervuld voordat de bedrijfsopvolging tot stand komt. In feite kunnen deze voorwaarden volbracht zijn lang voordat de bedrijfsopvolging zich daadwerkelijk voltrekt. Aan voorwaarde vier wordt pas voldaan op het juridische ondeelbare moment dat de preferente aandelen daadwerkelijk

---

<sup>78</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p 97 (NV).

<sup>79</sup> De wetgever staat echter in een paar specifieke voorwaarden toe dat een preferente aandeelhouder deelachtig wordt in de faciliteiten. Deze voorwaarden staan in art. 35 c lid 4 onderdeel a – d SW 1956. Zie paragraaf 2.2 voor een korte uiteenzetting van deze voorwaarden.

van de erflater of schenker overgaan op de bedrijfsopvolger. Op dat moment komen de preferente aandelen in dezelfde hand als de gewone aandelen als bedoeld in art. 35c lid 4 onderdeel b SW 1956 en kwalificeren dan pas voor de BOR. De gehele periode daaraan voorafgaand zijn de preferente aandelen in feite niet kwalificerend voor de BOR ondanks dat zij dat in de toekomst mogelijk wel gaan doen. Daarmee zijn preferente aandelen die goed tot stand zijn gekomen niet kwalificerende preferente aandelen en kleeft aan die aandelen geen subjectieve gerechtigdheid als 'ondernemer'. De inkoop van dergelijke preferente aandelen zou dan geen gevolgen moeten hebben voor de bezitstermijn.

Een andere benadering is dat zodra aan de eerste drie voorwaarden is voldaan, het in redelijke mate aan waarschijnlijkheid grenst dat de preferente aandelen in de toekomst ook aan voorwaarde vier gaan voldoen. De gefaseerde bedrijfsopvolging is in werking gezet en de logische vervolgstap is om de preferente aandelen krachtens erfrecht dan wel krachtens schenking over te doen gaan op de bedrijfsopvolger. In dat geval kan gesteld worden dat de preferente aandelen ook voor de verkrijging al kwalificerende preferente aandelen zijn voor de BOR, of dat in ieder geval zullen doen ten tijde van de overdracht. Alsdan zou de inkoop van dergelijke preferente aandelen hetzelfde behandeld moeten worden als de inkoop van gewone aandelen.

Over wanneer preferente aandelen als kwalificerend (of juist niet) aangemerkt moeten worden zijn dus twee visies te onderscheiden. Mijn voorkeur gaat uit naar de tweede benadering. Ondanks dat dit niet de meest juridisch zuivere uitleg is naar letter van de wet van wat onder kwalificerende preferente aandelen voor de BOR moet worden verstaan. De wetgever ziet de preferente aandeelhouder louter als financier van de onderneming van de vennootschap. Door een gefaseerde bedrijfsopvolging tot stand te brengen en de eerste drie genoemde voorwaarden te vervullen, is er naar mijn idee niks op tegen om de preferente aandelen ook voor de verkrijging als kwalificerend aan te merken. De intentie om een bedrijfsopvolging tot stand te brengen, is in dat geval aanwezig. De daadwerkelijke opvolging moet zich nog voltrekken. Nu de tekst van de wet de andersluidende mogelijk maakt, is naar mijn mening een aanpassing van de wet nodig. Mijn aanbeveling op dit punt is om art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956 uit de wet te halen. Aan art. 35c lid 4 onderdeel b SW 1956 kan vervolgens de volgende zinsnede worden toegevoegd: '(...), die als gevolg van de toekenning van die gewone aandelen voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder wordt en blijft van het lichaam en de verkrijger zal zijn van de preferente aandelen.'

Niet kwalificerende preferente aandelen zijn in ieder geval preferente aandelen die niet op de juiste wijze zijn ontstaan. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als een vordering is omgezet in preferente aandelen of als – na 2009 - ten tijde van de omzetting geen gewone aandelen aan een ander zijn uitgegeven.<sup>80</sup> Ook kan bijvoorbeeld de vennootschap ten tijde van de omzetting geen actieve onderneming hebben gedreven. Alsdan is niet voldaan aan de gestelde eisen van art. 35c lid 4 a – c SW 1956. Het effect daarvan is dat de preferente aandeelhouder als financier wordt gezien voor de BOR, althans door de wetgever. Hij stelt daarbij dat een overgang van een dergelijke kapitaalvorm geen bedrijfsopvolging in kan houden.<sup>81</sup> Ik sluit mij aan bij de benadering van de wetgever dat een preferente aandeelhouder als financier wordt

---

<sup>80</sup> De staatssecretaris heeft in het Besluit van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 15751), BNB 2018/133, m.nt. E. Heithuis, voor tweetal situaties een goedkeuring gegeven voor preferente aandelen die vóór 2010 zijn ontstaan waarbij geen rekening kon en is gehouden met de gestelde voorwaarden na die datum. De eerste goedkeuring ziet op preferente aandelen die vóór 2010 zijn ontstaan en er geen gewone aandelen aan een ander zijn uitgegeven. De tweede goedkeuring ziet op de situatie dat de preferente aandelen zijn ontstaan door de omzetting van een vordering in preferente aandelen. Ik verwijs op dit punt naar het besluit en de specifieke gestelde voorwaarden aldaar.

<sup>81</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, p 97 (NV).

aangemerkt ingeval de preferente aandelen op een onjuiste wijze zijn ontstaan. De discussie of het terecht is dat de wetgever de preferente aandeelhouder als belegger aanmerkt, laat ik voor nu rusten.<sup>82</sup>

Overigens geldt voornoemde ook ten aanzien van indirect gehouden preferente aandelen die bestreken worden door art. 35c lid 5 laatste volzin SW 1956 jo. 8 lid 3 Uitv.reg S&E.

## 4.4 Inkoop van direct gehouden preferente aandelen

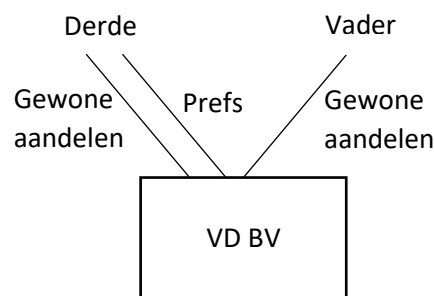
### 4.4.1 Inkoop van kwalificerende preferente aandelen

Aan de hand van de volgende voorbeelden worden de gevolgen voor de bezitstermijn in de directe situatie geschetst en getoetst, beginnend met de inkoop van kwalificerende preferente aandelen tijdens de bezitstermijn voor de BOR.

#### **Voorbeeld 3: direct gehouden kwalificerende preferente aandelen**

Vader heeft sinds 2017 gewone aandelen in VD BV. VD BV drijft vanaf 2017 een materiële onderneming volgens art. 3.2 Wet IB 2001. Een derde heeft tevens vanaf 2017 gewone- en preferente aandelen in VD BV. De waarde van de aandelen bedraagt € 200.000. De activa en passiva van VD BV is op de waarde in het economische verkeer gewaardeerd. Het aan de preferente aandelen gekoppelde dividendpercentage is 10%. Vader heeft 500 gewone aandelen. De derde heeft 250 preferente aandelen en 250 gewone aandelen. Het aandelenkapitaal van VD BV bestaat dus voor 25% uit preferente aandelen en 75% gewone aandelen. De winst na belasting van VD BV is in 2020 en 2021 € 30.000.

De structuur ziet er vanaf 2019 als volgt uit:



De preferente aandelen zijn juist tot stand gekomen ex art. 35c lid 4 SW 1956 en zullen ten tijde van de overgang kwalificeren voor de BOR in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020, conform art. 2:207 BW, de preferente aandelen in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

<sup>82</sup> Zie o.a. M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: Belegger of ondernemer?', in T. C. Hoogwout, & P. Kavelaars (editors), *Bedrijfsopvolging 2012*. Waarin zij ingaat op de vraag of het terecht is dat de wetgever er in beginsel vanuit gaat dat een preferente aandeelhouder een financier van de vennootschap is.

## **Uitwerking**

De inkoop van de preferente aandelen is voor de derde een fictieve vervreemding ex. art. 4.16 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 (zie paragraaf 3.3 voor een uitgebreide beschrijving). Nu vaststaat dat de inkoop van de preferente aandelen van de derde een fictieve vervreemding oplevert, is het gevolg dan ook dat voor de reeds in bezit zijnde gewone aandelen van vader een nieuwe bezitstermijn aanvangt? Deze vraag is voor de derde niet relevant omdat zijn belang in VX BV niet uitgebreid is door de inkoop van de preferente aandelen en evenmin is zijn relatieve gerechtigdheid in VD BV is gestegen.

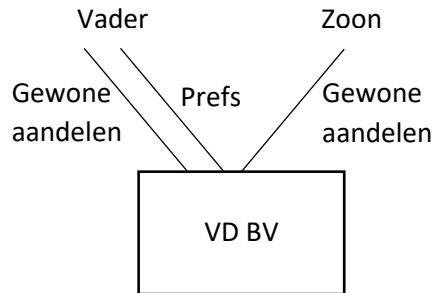
In de vorige paragraaf heb ik betoogd dat hoewel deze aandelen feitelijk gezien nog niet aan alle voorwaarden voldoen, zij dat op het moment van overgang wel doen en om die reden al op dit moment kwalificeren voor de BOR. Vanuit de gedachte dat de kwalificerende preferente aandelen in beginsel niet meedelen in de BOR en onder voorwaarden toch kan gezegd worden dat kwalificerende preferente aandelen als het ware gelijkgesteld kunnen worden met gewone aandelen. De gevolgen in dit voorbeeld zijn daardoor gelijkloidend zijn aan die van voorbeeld 1 in paragraaf 4.1. In die paragraaf waren er kortweg twee visies mogelijk. De eerste, waar tevens mijn voorkeur naar uit gaat, is dat voor de relatieve toename van de gerechtigdheid tot het vermogen en de winst van VD BV van vader door de inkoop van aandelen bij de derde, een nieuwe bezitstermijn moet gaan gelden. De tweede visie, die in overeenstemming met de wet is, gaat ervan uit dat er in absolute zin geen toename valt te constateren bij vader in de gerechtigdheid tot het vermogen van VD BV. Zijn aandelenpakket behoudt dezelfde waarde waardoor geen nieuwe bezitstermijn aanvangt. Voor een uiteenzetting van de argumenten verwijs ik daarom graag naar voorbeeld 1 in paragraaf 4.1.

Vader heeft economisch gezien een grotere gerechtigdheid verkregen in VD BV. Een nieuwe bezitstermijn voor die toename van de gerechtigdheid tot het vermogen van VD BV is in lijn met doel en strekking van de BOR en de bezitstermijn. De wetgever heeft aangegeven dat de bezitstermijn materieel ingevuld dient te worden, waardoor ik van mening ben dat deze relatieve toename onder een nieuwe bezitstermijn zou moeten vallen. Het is daarom aan te bevelen om de wet aan te passen zoals tevens in die paragraaf aangegeven om ervoor te zorgen dat de wet conform de eerste visie wordt uitgelegd.

#### 4.4.2 Inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen

##### Voorbeeld 4: direct gehouden niet kwalificerende preferente aandelen

Stel nu dat de preferente aandelen in het vorige voorbeeld niet op de juiste wijze tot stand zijn gekomen ex art. 35c lid 4 SW 1956. De preferente aandelen zullen als gevolg daarvan ten tijde van de overgang niet kwalificeren voor de BOR. De houder van de preferente aandelen in dit voorbeeld is nu vader en de andere aandeelhouder is in dit voorbeeld zijn zoon. De overige gegevens uit voorbeeld 3 blijven hetzelfde. De structuur ziet er vanaf 2019 als volgt uit:



Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020, conform art. 2:207 BW, de preferente aandelen in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

##### Uitwerking

De uitwerking ten aanzien van de vervreemdingsvraag en vereenzelvigingsvraag in dit voorbeeld is gelijk aan die van paragraaf 3.3. Dat nu sprake is van niet kwalificerende preferente aandelen doet hier voor de ab-regeling niet aan af. Ik ga hier nu in op de vraag of de bezitstermijn voor de gewone aandelen bij vader doorloopt nu de preferente aandelen niet kunnen meedelen in de BOR en vervolgens worden ingekocht. In aanvulling daarop kijk ik ook naar wat er zich aan de zijde van zoon voordoet ten aanzien van zijn bezitstermijn.

De gewone aandelen kwalificeren wel voor de BOR als zij één of vijf jaar in bezit zijn geweest en krachtens erfrecht respectievelijk schenking overgaan. De gewone aandelen hebben dan kort gezegd betrekking op het in VD BV aanwezige kwalificerende ondernemingsvermogen en zijn lang genoeg in bezit geweest van vader. Voor wat betreft de preferente aandelen is dat niet het geval. Naast de hiervoor genoemde eisen moeten de preferente aandelen ook op de juiste wijze zijn ontstaan en overgaan. Dat betekent dat vóór de inkoop van de aandelen 75% (de gewone aandelen van vader en zoon) van het ondernemingsvermogen wel kwalificeert voor de BOR en 25% (de niet kwalificerende preferente aandelen van vader) niet.

De vraag is nu of door de inkoop van de preferente aandelen 25% van het ondernemingsvermogen dat door de preferente aandelen niet onder de BOR zou vallen dat door de intrekking nu alsnog wel doet. Meer specifiek kan de gerechtigdheid tot het vermogen van vader via de 'foute' preferente aandelen leunen op de bezitstermijn van de gewone aandelen?

In dit voorbeeld kwalificeren de preferente aandelen ten tijde van de inkoop niet en als zij niet waren ingekocht zouden zij dat naar alle waarschijnlijkheid in de toekomst ook niet doen. De niet kwalificerende preferente aandelen worden door de wetgever als vordering op de vennootschap gezien en het inkopen van deze aandelen kan dan gezien worden als de aflossing daarvan. Zijn

gerechtigdheid tot de onderneming van VD BV neemt in die zin door de inkoop van die aandelen niet toe. Vader is immers alleen ondernemer ten aanzien van de gewone aandelen omdat de preferente aandelen niet kwalificeren voor de BOR. Zijn subjectieve gerechtigdheid als ondernemer zijnde voor toepassing van de BOR is vóór en na de inkoop van de aandelen 1/3<sup>e</sup> deel. Hij houdt namelijk 250 gewone aandelen van de 750 gewone aandelen en alleen die aandelen kwalificeren voor de BOR. Zoals gezegd kunnen de door hem gehouden preferente aandelen als vordering op VD BV gezien worden. Deze gedachte doortrekkend houdt in dat de inkoop van de niet kwalificerende preferente aandelen niet tot gevolg heeft dat een nieuwe bezitstermijn start bij vader.

Dan de gevolgen voor de bezitstermijn bij zoon. De inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen heeft geen invloed op de reeds lopende bezitstermijn bij zoon. Zoals in de vorige voorbeelden betoogd stelt de wet als eis aan de erflater of schenker dat hij ab-houder was van de vermogensbestanddelen die overgaan. In dit geval had zoon 500 aandelen en heeft dat na de inkoop nog steeds. Absoluut gezien ondergaat zijn aandelenpakket dus geen wijziging. Op basis van de wet vangt daarmee geen nieuwe bezitstermijn aan.

In tegenstelling tot de vorige voorbeelden is een subjectieve toename bij zoon niet te onderkennen. Zijn gerechtigdheid in het vermogen en de jaarwinst in VD BV wijzigt niet. Zoon heeft namelijk voor en na de inkoop recht op 2/3<sup>e</sup> deel van het kwalificerende ondernemingsvermogen. Dat komt op beide momenten neer op 66,67% of wel € 100.000. Op basis van zijn subjectieve gerechtigdheid vangt tevens geen nieuwe bezitstermijn aan. Dat hoeft naar mijn idee ook niet aangezien zoon nu niet recht heeft op een groter gedeelte van het vermogen of een groter winstrecht heeft.

## 4.5 Inkoop van indirect gehouden preferente aandelen

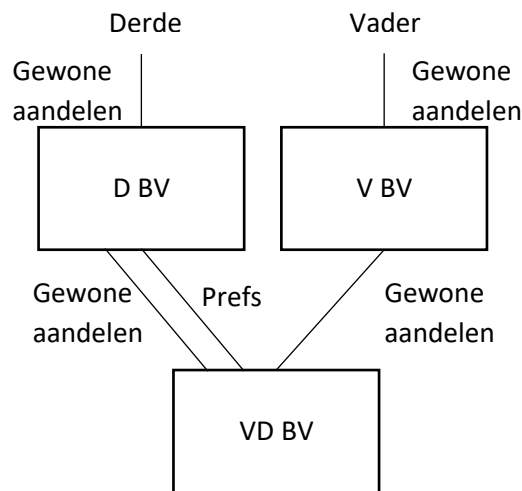
### 4.5.1 Inkoop van kwalificerende preferente aandelen

De toerekeningsbepaling is ook van toepassing op indirect gehouden preferente aandelen op grond van art. 35c lid 5 laatste volzin SW 1956 jo. 8 lid 3 Uitv.reg S&E.

De volgende voorbeelden zullen de gevolgen van het inkopen van aandelen in de indirecte situaties laten zien. Eerst komt de inkoop van indirect kwalificerende preferente aandelen aan bod, gevolgd door de niet kwalificerende preferente aandelen. De voorbeelden worden weer getoetst aan doel en strekking van de BOR.

### Voorbeeld 5: indirect gehouden kwalificerende preferente aandelen

Vader heeft sinds 2017 alle gewone aandelen in V BV en een derde in D BV. V BV en D BV houden op hun beurt vanaf 2017 alle gewone aandelen in VD BV. VD BV drijft sinds haar oprichting in 2017 een materiële onderneming volgens art. 3.2 Wet IB 2001. In 2019 is het aandelenbelang van D BV in VD BV gedeeltelijk omgezet in preferente aandelen. De waarde van de aandelen bedraagt ten tijde van de omzetting € 200.000. De activa en passiva van VD BV is op de waarde in het economische verkeer gewaardeerd. Het aan de preferente aandelen gekoppelde dividendpercentage is 10%. D BV heeft na de omzetting 250 preferente aandelen en 250 gewone aandelen. V BV heeft 500 gewone aandelen. Het aandelenkapitaal van VD BV bestaat voor 25% uit preferente aandelen en 75% gewone aandelen. De winst na belasting van VD BV is in 2020 en 2021 € 30.000. De structuur ziet er vanaf 2019 als volgt uit:



De preferente aandelen zijn juist tot stand gekomen ex art. 35c lid 5 laatste volzin SW 1956 jo. 8 lid 3 Uitv.reg S&E. Het vermogen van VD BV zal ten tijde van de overgang toegerekend kunnen worden aan de holdingvennootschappen via de door hen gehouden gewone- en preferente aandelen. Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020, conform art. 2:207 BW, de preferente aandelen in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

### Uitwerking

Wat van belang is in dit voorbeeld is dat de preferente aandelen die ingekocht worden, kwalificeren voor de BOR. In paragraaf 4.3 heb ik gesteld dat kwalificerende preferente aandelen gezien moeten worden als gewone aandelen, althans voor toepassing van de BOR. De derde is eveneens via de preferente aandelen als subjectieve ondernemer indirect gerechtigd tot het vermogen en de winsten van VD BV. De uitwerking ten aanzien van de inkoop van de preferente aandelen is in dat verband gelijklopend aan elkaar. Ik verwijs daarom naar paragraaf 4.2 voor een beschrijving van de gevolgen.

Overeenkomstig de situatie in paragraaf 4.2 begint bij vader geen nieuwe bezitstermijn te lopen ten aanzien van zijn in V BV gehouden aandelen. De uitbreiding van zijn subjectieve gerechtigdheid tot VD BV is niet een situatie die onder art. 35 lid 1 onderdeel c SW 1956 valt. Zie in dat kader ook de arresten van de Hoge Raad van 29 mei 2020.<sup>83</sup> Dat neemt niet weg dat naar mijn idee de

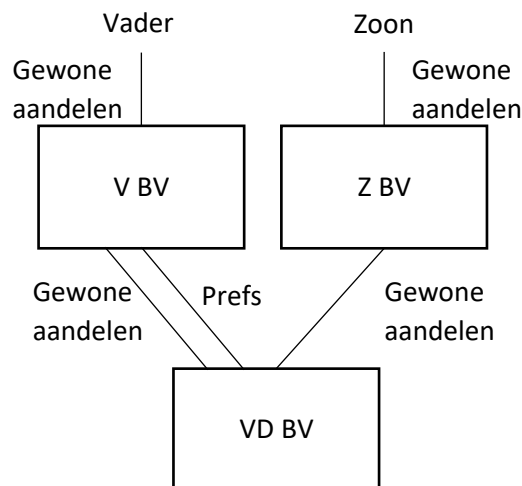
<sup>83</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867 en ECLI:NL:HR:2020:993, BNB 2021/1, m.nt. M.J. Hoogeveen.

uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid niet tot een nieuwe bezitstermijn zou moeten leiden. Vanuit vader bezien heeft hij een grotere subjectieve aanspraak op de onderneming van VD BV. De materiële invulling van de bezitstermijn vereist naar mijn dat een dergelijke uitbreiding wel onder de bepaling valt. Een dergelijke uitkomst lijkt mij dan ook juist gelet op de door de wetgever gestelde doelstelling van de BOR om de facilititeit alleen toe te passen als de erflater of schenker lang genoeg ondernemer is geweest van een onderneming. Om dit te kunnen bewerkstelligen is het aan te bevelen om de tekst in art. 35d lid 1 onderdeel c te vervangen met 'direct of indirect gerechtigd was tot de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en de daarin besloten rechten (...)'.

#### 4.5.2 Inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen

##### Voorbeeld 6: indirect gehouden niet kwalificerende preferente aandelen

Stel nu dat de indirect gehouden preferente aandelen in het vorige voorbeeld niet op de juiste wijze tot stand zijn gekomen ex art. 35c lid 5 laatste volzin SW 1956 jo. 8 lid 3 Uitv.reg S&E. Het vermogen van VD BV zal ten tijde van de overgang alleen toegerekend kunnen worden via de gewone aandelen van VD BV aan de holdings. In dit geval is de zoon van vader aandeelhouder van een holdingvennootschap. De overige gegevens uit voorbeeld 5 blijven hetzelfde. De structuur ziet er vanaf 2019 als volgt uit:



Het bestuur van VD BV besluit ultimo 2020 conform, art. 2:207 BW, de preferente aandelen in te kopen ten einde deze te kunnen intrekken. De inkoop van aandelen wordt gefinancierd met de duurzaam overtollige banktegoeden van VD BV.

##### Uitwerking

De niet kwalificerende preferente aandelen worden op indirect niveau tevens als een financiering beschouwd (zie paragraaf 4.3). Dat houdt in dat de inkoop daarvan naar mijn idee als aflossing van een schuld aangemerkt kan worden. De inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen op indirect niveau heeft dus niet tot gevolg dat een gedeelte van het ondernemingsvermogen van VD BV dat eerst niet toerekenbaar was aan V BV dat nu wel is. Ervan uitgaande dat de inkoop van die aandelen gefinancierd is met beleggingsvermogen, kan dat geen invloed hebben op het aanwezige ondernemingsvermogen in VD BV. Ik concludeer dan ook dat voor wat betreft vader en zoon op direct niveau geen nieuwe bezitstermijn aanvangt.



Gelet op hetgeen in paragraaf 4.4.2 ten aanzien van niet kwalificerende preferente aandelen op direct niveau besproken is, is het mijns inziens mogelijk om de niet kwalificerende preferente aandelen in te kopen zonder dat dat een belemmering oplevert om de BOR toe te passen op de gewone aandelen in V BV en Z BV. Na de inkoop van de preferente aandelen kan het vermogen van VD BV immers aan V BV worden toegerekend via de reeds gehouden gewone aandelen. Z BV heeft geen relatieve toename in de subjectieve gerechtigheid tot het vermogen en de winsten van VD BV.

Deze uitkomst is naar mijn idee ook in overeenstemming met doel en strekking van de BOR. De preferente aandelen worden gezien als vordering en door de inkoop daarvan worden deze afgelost. De situatie is in die zin gelijk aan het voorbeeld in paragraaf 4.4.2.

## 4.6 Deelconclusie

De bezitstermijn is in de wet opgenomen om de algemene doelstellingen van de BOR te kunnen handhaven. De wettelijke bepaling beoogd ervoor te zorgen dat de erflater of schenker lang genoeg een ondernemer moet zijn geweest om de BOR deelachtig te worden.

Tijdens de bezitstermijn kan zich de situatie voordoen dat de vennootschap waarin de erflater of schenker de aandelen houdt die overgaan besluit de aandelen in te kopen om deze uiteindelijk in te trekken. In dat geval doet zich de bijzonderheid voor dat ingeval er meerdere aandeelhouders zijn, hun relatieve belang in de vennootschap toeneemt. Het is in het kader van een bedrijfsopvolging niet ongevoel om met een structuur te werken met behulp van preferente aandelen. In dat kader kan zich voordoen dat preferente aandelen wel en niet kunnen kwalificeren voor de BOR. Dit verschil heb ik onderzocht en daaruit heb ik een aanbeveling aan de wetgever gedaan om art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956 aan te passen. Mijn aanbeveling op dit punt is om art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956 uit de wet te halen. Aan art. 35c lid 4 onderdeel b SW 1956 kan vervolgens de volgende zinsnede worden toegevoegd: '(...), die als gevolg van de toekenning van die gewone aandelen voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder wordt en blijft van het lichaam en de verkrijger zal zijn van de preferente aandelen.'

Het verschil in behandeling van kwalificerende en niet kwalificerende preferente aandelen heeft ook gevolgen voor de bezitstermijn als deze aandelen worden ingetrokken. In dit hoofdstuk heb ik onderzocht wat de gevolgen zijn voor deze aandeelhouders en vervolgens mijn visie gegeven ten aanzien van wat de gevolgen zouden moeten zijn. Dit heb ik gedaan aan de hand van voorbeelden, welke ik vervolgens heb getoetst aan doel en strekking van de BOR. In alle gevallen ben ik tot de conclusie gekomen dat de relatieve toename tot de gerechtigheid van het vermogen en de winst van de vennootschap niet zorgt voor een nieuwe bezitstermijn. In de gevallen dat sprake was van niet kwalificerende preferente aandelen kon geen relatieve toename geconstateerd worden.

In de situaties waarin de subjectieve toename tot de gerechtigheid van het vermogen van een onderneming? niet zorgt voor een nieuwe bezitstermijn, verdient het aanbeveling om de wet op dit punt aan te passen ten einde beter aan te sluiten bij de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Mijn aanbeveling daarvoor is concreet om de bewoording in art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956: 'aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c' te vervangen met 'direct of indirect gerechtigd was tot de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en de daarin besloten rechten'.

## 5 Conclusie en aanbevelingen

---

De vraag die in dit onderzoek centraal heeft gestaan is de volgende: “Welke gevolgen heeft de inkoop en de intrekking aandelen voor de ab-regeling en voor de bezitstermijn van de BOR in de Successiewet 1956 en passen deze gevolgen binnen het vervreemdingsbegrip respectievelijk doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling?”

Het vervreemdingsbegrip binnen de ab-regeling kent een lange geschiedenis. In 1960 werd het standaardarrest BNB 1960/123 gewezen door de Hoge Raad. Daarin is besloten dat een vervreemding een rechtshandeling is waardoor de houder van ab-aandelen deze aandelen of de daarin besloten rechten doet overgaan in dat van een ander. Vervolgens moet nog gekeken worden of na de juridische verschuiving van de aandelen, de daarin besloten rechten economisch te vereenzelvigen zijn met de situatie voor de verschuiving. Om bij de inkoop en intrekking van gewone aandelen dus van een vervreemding te kunnen spreken moeten er rechten die in die besloten aandelen liggen, overgaan op naar ander. In de situatie dat de aandelen door maar één aandeelhouder worden gehouden doet zich geen vervreemding voor. Er verschuiven immers geen rechten naar een ander. Dat wordt anders als er meerdere aandeelhouders zijn. In dat geval zorgt de inkoop van de aandelen ervoor dat bij de aandeelhouder waarvan de aandelen worden ingekocht hij subjectief gezien een verminderde aanspraak op het vermogen en de jaarwinsten van de vennootschap heeft. De uiteindelijke intrekking van de aandelen zorgt niet voor een andere uitkomst. In het kader van de ab-regeling zijn de gevolgen voor het inkopen en intrekken van preferente aandelen hetzelfde. Pas voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is dit anders.

De BOR in de SW 1956 heeft als doel het enkel faciëren van reële bedrijfsopvolgingen. Volgens de wetgever moet een ondernemer daarom lang genoeg ondernemer zijn geweest van een actieve onderneming. Dit komt tot uitdrukking in de bezitstermijn. In dit onderzoek is onderzocht wat de gevolgen zijn als gewone aandelen worden ingekocht en ingetrokken op direct en indirect niveau tijdens de bezitstermijn. De conclusies daarvan zijn dat op grond van de letterlijke tekst van de wet de inkoop van gewone aandelen op direct niveau niet zorgt voor een nieuwe bezitstermijn. De wet spreekt enkel over het zijn van ab-houder van de vermogensbestanddelen. Voor de indirecte situatie, waarbij het vermogen van de werkmaatschappij bij fictie wordt toegerekend aan de holdingvennootschap, kan uit de arresten van de Hoge Raad van 29 mei 2020 opgemaakt worden dat een dergelijke subjectieve toename van de gerechtigdheid tot het vermogen van een vennootschap, niet een nieuwe bezitstermijn als gevolg heeft. In beide gevallen is het aan te bevelen de wet aan te passen ten einde deze in overeenstemming te brengen met doel en strekking van de BOR.

Ook in het geval dat preferente aandelen worden ingetrokken op direct en indirect niveau is onderzocht wat de gevolgen zijn voor de bezitstermijn en wat die gevolgen zouden moeten zijn. Alvorens daaraan toegekomen kan worden is onderscheid gemaakt tussen de verschillende kwalificaties van kwalificerende en niet kwalificerende preferente aandelen. De uitkomst daarvan is dat preferente aandelen naar mijn mening kunnen worden beschouwd als kwalificerend zodra aan de eerste drie voorwaarden van art. 35c lid 4 SW 1956 is voldaan. De bedrijfsopvolging is dan in gang gezet en naar alle waarschijnlijkheid zullen de preferente aandelen ook aan de laatste voorwaarde voldoen. Gesteld kan worden dat kwalificerende preferente aandelen gelijkgesteld kunnen worden aan gewone aandelen en dat niet kwalificerende preferente aandelen als vordering aangemerkt kunnen worden. De tekst van de wet maakt deze uitkomst echter niet mogelijk, waardoor naar mijn mening een aanpassing van de wet nodig is. Mijn aanbeveling op dit punt is om art. 35c lid 4 onderdeel d SW 1956 uit de wet te halen. Aan art. 35c lid 4 onderdeel b SW 1956 kan vervolgens de volgende zinsnede worden toegevoegd: ‘(...), die als gevolg van de toekenning van

die gewone aandelen voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder wordt en blijft van het lichaam en de verkrijger zal zijn van de preferente aandelen.’

In het kader van de bezitstermijn is onderzocht wat de gevolgen zijn als kwalificerende preferente aandelen en niet kwalificerende preferente aandelen op direct niveau worden ingekocht. De gevolgen voor kwalificerende preferente aandelen zijn gelijk aan die van gewone aandelen. Voor de intrekking die aandelen geldt dus geen nieuwe bezitstermijn ten aanzien van de relatieve toename tot de vennootschap. De gevolgen van het intrekken van niet kwalificerende preferente aandelen zijn beperkt. In dat geval is geen absolute en geen relatieve toename te onderkennen. Van een nieuwe bezitstermijn is dan ook geen sprake. Vervolgens is onderzocht wat gevolgen zijn van de inkoop van preferente aandelen op indirect niveau. Op indirect niveau is de toerekeningsbepaling van toepassing. Wederom zijn de gevolgen ten aanzien van kwalificerende preferente aandelen gelijk aan die in de situatie waarin gewone aandelen worden ingetrokken; geen nieuwe bezitstermijn naar aanleiding van de toename van de subjectieve gerechtigdheid. De inkoop van niet kwalificerende preferente aandelen heeft ook in de indirecte situatie niet tot gevolg dat een subjectieve toename bij een van de aandeelhouders is te onderkennen. De gevolgen in de indirecte situatie zijn daarmee in overeenstemming met de gevolgen op direct niveau, hetgeen in lijn is met doel en strekking van de BOR.

Gelet op voornoemde is mijn aanbeveling aan de wetgever om art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 te wijzigen. Op dit moment biedt de wettekst geen ruimte om voor de toename van de subjectieve gerechtigdheid in het kader van de inkoop van gewone aandelen en kwalificerende preferente aandelen een nieuwe bezitstermijn te laten starten bij een van de zittende aandeelhouders. Gelet op doel en strekking van de wet is dat naar mijn idee wel wenselijk. De huidige tekst van de wet ‘aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c’ kan vervangen worden met ‘direct of indirect gerechtigd was tot de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en de daarin besloten rechten’. Op deze wijze doet de bezitstermijn recht aan wijzigingen in de subjectieve gerechtigdheid tot het vermogen en de jaarwinsten van een vennootschap. Overigens is het in overeenstemming met doel en strekking van de BOR dat op het moment dat niet kwalificerende preferente aandelen worden ingekocht voor de aandeelhouders geen nieuwe bezitstermijn start.

# Literatuur- en bronnenlijst

---

## Bibliografie

### Boeken

- Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), online, laatst bijgewerkt op 13 april 2021
- Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting), online, laatst bijgewerkt op 19 januari 2021
- P.H.J. Essers, 'Belast verleden. Het Nederlandse belastingrecht onder nationaalsocialistisch regime', Deventer: Kluwer 2012
- E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen' *Fiscale monografieën, nr. 89 (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 1999
- E.J.W. Heithuis, 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', Deventer: Kluwer 2015
- M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 19, Sdu Den Haag 2011
- M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: Belegger of ondernemer?', in T. C. Hoogwout, & P. Kavelaars (editors), *Bedrijfsopvolging 2012*, online geraadpleegd op 18 januari 2021
- A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Fed Fiscale Brochures, Fed Deventer 2000
- L.G.M. Stevens, *Fiscale Fascinatie. Fiscaal Beleid 2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 78.

### Artikelen

- A.M.A. de Beer, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de successiewet: een faciliteit voor beleggingsvermogen?', *MBB* 2005/03-04
- A.M.A. de Beer, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', *WFR* 2015/1353
- A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)', *WFR* 2016/183
- A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5
- J.P. Boer, 'Verzamelbesluit aanmerkelijk belang – inkomstenbelastingaspecten', *NTFR Beschouwingen* 2018/31.
- J.A. Bult, 'Bedrijfsopvolging door middel van cumulatief preferente aandelen', *FTV* 2019/11-12-42
- J.A. Bult, 'Beleggingsvermogen en bedrijfsopvolgingsregeling (BOR)', *KWEP* 2018/2
- C.G. Dijkstra, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: voldoende gesynchroniseerd?', *FTV* 2008/3-11
- C.G. Dijkstra, 'Intern BOR-beleid Belastingdienst te strikt', *TaxLive* 31 augustus 2018
- J. Doornebal, 'Uitreiking van aandelen en vervreemding in de aanmerkelijk- belangregeling', *WFR* 1986/625
- J. Ganzeveld en J. Hoeve, 'Simpele verlettering is geen aanmerkelijkbelangvervreemding', *NTFR* 2006/1753
- J. Ganzeveld, 'Preferente aandelen: stiefkindje van het aanmerkelijk belang', *NTFR* 2018/2813
- J. Ganzeveld & M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', *PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging* 2015/2
- N.C.G. Gubbels, 'Met een kanon op een mug schieten', *WFR* 2016/142

- E.J.W. Heithuis, 'Verlettering van aandelen en omzetting gewone aandelen in (cumulatief) preferente aandelen', *WFR* 1997/1112
- E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe ab-besluit: gemiste kansen', *WFR* 2012/1590
- M.J. Hoogeveen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: de stand van zaken', *FBN* 2019/11-56
- Redactie V-N, 'Intern beleid Belastingdienst over bedrijfsopvolgingsregeling vrijgegeven op grond van Wob', *V-N* 2018/59.11.
- R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging* 2013/1
- M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110
- L.C.H.N. Kuivenhoven en J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief gerechtvaardigd', *WFR* 2020/140
- C. Overduin, 'De dga in 2010 en verder: veel wordt anders', *WFR* 2009/1539
- Y.J.M. Pijpers en P. Visser, 'Uitkomsten WOB-verzoek en de bezits- en voortzettingseis binnen de bedrijfsopvolgingsregeling', *WFR* 2019/167
- Y.J.M. Pijpers en P. Visser, 'Uitbreiding en staking van de onderneming binnen de bezits- en voortzettingstermijn', *WFR* 2019/172
- N. de Poel, 'Cumulatief preferente aandelen en het nieuwe verzamelbesluit aanmerkelijk belang', *VP-bulletin* 2018/44.
- S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25
- S.A. Stevens, 'Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit', *WFR* 2008/339
- J.C.L. Zuiderwijk, 'Praktijkupdate Bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956 (zomer 2015)', *KWEP* 2015/20

## **Jurisprudentie**

- HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123, m.nt. H.J. Hellema
- Hof 's-Hertogenbosch 14 november 1969, ECLI:NL:GHSHE:1969:AX5316, BNB 1970/200
- HR 29 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX4015, BNB 1977/199, m.nt. J.E.A.M van Dijck
- HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069, BNB 1990/147, m.nt. J. Hoogendoorn
- Hof Arnhem van 30 oktober 1989, BNB 1991/99
- HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4345, BNB 1990/290, m.nt. D. Juch
- HR 9 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:1, BNB 1994/231, m.nt. D. Juch
- HR 30 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1744, BNB 1996/411, m.nt J.E.A.M. van Dijck
- HR 12 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AI0450, BNB 2004/123, m.nt. P. Kavelaars
- HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6035, BNB 2007/70, m.nt. E.J.W. Heithuis
- HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, BNB 2021/1, m.nt. M.J. Hoogeveen
- HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:993

## **Gepubliceerd beleid**

### *Besluiten*

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 15751), BNB 2018/133, m.nt. E. Heithuis

### *Parlementaire geschiedenis*

- Kamerstukken II 1958-1959, 5380, nr. 3, (MvT)
- Kamerstukken II 1995-1996, 24761, nr. 3, (MvT)
- Kamerstukken II 1998-1999, 26727, nr. 3, (MvT)
- Kamerstukken II 1999-2000, 26727, nr. 7, (NV).
- Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 3, (MvT)
- Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 4, (Nader rapport)
- Kamerstukken II 2008-2009, 31930, nr. 9, (NV)
- Kamerstukken I 2009-2010, 31930, nr. F, (NMA)
- Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 3, (MvT)
- Kamerstukken II 2009-2010, 32129, nr. 4, (Nader rapport)
- Kamerstukken II 2004-2005, 29767, nr. 14, (NV)
- Kamerstukken II 2016-2017, 34553, nr. 7, (NV)

### *Overig*

- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 13 november 2009, (Kamerstukken II 2009-2010, 32128, nr. 20)
- WOB-verzoek, 'Bijlage bij WOB-verzoek naar beleid over de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van de erfbelasting', kenmerk: 2018-0000119906, 23 juli 2018