

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

Schenking en vererving van een IB-onderneming, van aanmerkelijkbelangaandelen en van ter beschikking gestelde onroerende zaken is met ingang van 1 januari 2010 ingrijpend gewijzigd, zowel in de inkomstenbelasting als in de schenk- en erfbelasting. In de inkomstenbelasting betreffen het de volgende wijzigingen:

- Beperking van de doorschuifregeling bij vererving van aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen in de inkomstenbelasting tot het materiële ondernemingsvermogen van de bv (artikel 4.17a/b jo. artikel 4.39a/b Wet IB 2001).
- Invoering van een nieuwe doorschuifregeling voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen in de inkomstenbelasting, evenzeer beperkt tot het materiële ondernemingsvermogen van de bv (artikel 4.17c jo. artikel 4.39c Wet IB 2001).
- Invoering van een nieuwe mogelijkheid tot belastingvrije dividenduitkering voor krachtens erfrecht verkregen aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen in de inkomstenbelasting (artikel 4.12a Wet IB 2001).
- Aanpassing van de gespreide-betalingsregeling in de invorderingssfeer voor overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen tegen schuldiggerkenning (artikel 25 lid 9 IW 1990).
- Nieuwe gespreide-betalingsregeling in de invorderingssfeer voor (indirecte) schenking van aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen in de werk-bv door een holding-bv (artikel 25 lid 11 IW 1990).
- Uitbreiding van de uitstel-van-betalingsregeling in de invorderingssfeer met schenking en overdracht tegen schuldiggerkenning van ter beschikking gestelde (on)roerende zaken (artikel 25 lid 14 IW 1990).

Naast deze wijzigingen in de inkomstenbelasting en invordering is de bedrijfsopvolgingsregeling in hoofdstuk IIIA van de Successiewet 1956 ingrijpend gewijzigd. Hierbij zijn de doorschuifregels voor aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen in de inkomstenbelasting en de bedrijfsopvolgingsregels voor de erf- en schenkbelasting in hoge mate gelijkgetrokken wat natuurlijk prettig is voor de praktijk. Effect hiervan is wel dat, als men niet kwalificeert voor de nieuwe schenkings- en verervingsregelingen in de aanmerkelijkbelangssfeer in de inkomstenbelasting, men ook niet kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsregeling voor de erf- en schenkbelasting en vice versa. De totale belastingdruk kan dan oplopen tot maximaal 40% voor verwanten!

In dit boek bespreek ik deze sinds 2010 geldende bedrijfsopvolgingsregels. Hoofdstuk 2 heeft de bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting als onderwerp en daarin bespreek ik op systematische wijze de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de IB-onderneming, de ab-aandelen en -winstbewijzen en de ter beschikking gestelde onroerende zaken. In hoofdstuk 3 ga ik uitgebreid in op de nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling voor de erf- en schenkbelasting. Ter afsluiting heb ik in hoofdstuk 4 een schematisch overzicht opgenomen van alle bedrijfsopvolgingsgevallen waarin wel of niet een fiscale faciliteit beschikbaar is. Hierdoor ziet men in één oogopslag (1) óf er een fiscale faciliteit beschikbaar is en (2) zo ja, waar men die kan vinden, want niet zelden is de fiscale faciliteit niet opgenomen in de materiële heffingswet doch in de Invorderingswet 1990. De overdrachtsbelasting maakt geen deel uit van dit boek, simpelweg omdat bedrijfsopvolging in de overdrachtsbelasting met ingang van 1 januari 2010 niet is gewijzigd. Van oudsher kent de overdrachtsbelasting in artikel 15 lid 1 onderdeel b WBR een specifieke vrijstelling voor de verkrijging door een of meer (pleeg)kinderen, kleinkinderen, (half- of pleeg)broers, (half- of pleeg)zusters, of hun echtgenoten, van een ondernemer van goederen die behoren tot en dienstbaar zijn aan diens onderneming die wat de bedrijfsvoering betreft, in haar geheel (al dan niet in fasen) door de verkrijger of verkrijgers wordt voortgezet. Deze vrijstelling bestaat thans nog steeds en is al die jaren ongewijzigd gebleven.

## HOOFDSTUK 2

# Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting

### 2.1 **Inleiding**

De Wet inkomstenbelasting 2001 is van oudsher vriendelijk, indien de IB-onderneming, aanmerkelijkbelangaandelen of -winstbewijzen of ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen vererven op de erfopvolgers.<sup>1</sup> Voor deze situaties zijn doorschuifregelingen beschikbaar op grond waarvan de fiscale claim kan worden doorgeschoven naar de verkrijger krachtens erfrecht. Voor de IB-onderneming kent de Wet IB 2001 daarnaast ook een fiscale faciliteit voor schenking en overdracht van de onderneming tegen een koopsom. Iets dergelijks kenden de ab- en tbs-regeling niet, maar daarin is ingaande 2010 wijziging gekomen. Met ingang van 1 januari 2010 bevat de ab-regeling ook een faciliteit voor schenking van de ab-aandelen of -winstbewijzen en bevat de Invorderingswet 1990 een uitstelregeling voor de inkomstenbelasting die is verschuldigd ter zake van de vervreemding om niet (schenking) of tegen een koopsom die wordt schuldig gebleven van tbs-(on)roerende zaken. Reeds sinds 1997 kent de Invorderingswet 1990 een betalingsregeling voor de overdracht van ab-aandelen of -winstbewijzen tegen een koopsom die wordt schuldig gebleven, welke regeling per 1 januari 2010 is verruimd. In dit hoofdstuk bespreek ik de oude en nieuwe regels voor vererving, schenking en overdracht van de IB-onderneming (par. 2.2), ab-aandelen of -winstbewijzen<sup>2</sup> (par. 2.3) en tbs-(on)roerende zaken (par. 2.4).

### 2.2 **Vererving, schenking en overdracht IB-onderneming en medegerechtigdheid**

#### 2.2.1 *Vererving IB-onderneming en medegerechtigdheid*

Vererving van een IB-onderneming geschiedt onbelast voor de inkomstenbelasting. Dit is ingaande 2010 niet gewijzigd. Naar zijn aard betreft dit materiële ondernemingen, aangezien de belastingplichtige anders niet kwalificeert als ondernemer voor de inkomstenbelasting. De regeling is aldus dat ingevolge

1. Hierna kort ik aanmerkelijk belang en terbeschikkingstelling gemakshalve steeds af tot ab en tbs.
2. Hierna noem ik de ab-winstbewijzen niet steeds afzonderlijk, tenzij dit afwijkend is van de ab-aandelen.

artikel 3.58 Wet IB 2001 bij het staken van een IB-onderneming door het overlijden van de ondernemer het vermogen van de onderneming geacht wordt op het onmiddellijk aan het overlijden voorafgaande tijdstip te zijn overgedragen aan degene aan wie dit vermogen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomt. Deze fictieve overdracht geschiedt tegen de waarde in het economische verkeer die aan dat vermogen kan worden toegerekend. Artikel 3.62 Wet IB 2001 biedt vervolgens de mogelijkheid om deze fictieve overdracht met dito afrekening van de IB-claim achterwege te laten met betrekking tot de vermogensbestanddelen van het vermogen van een onderneming waarmee een of meer van degenen aan wie die bestanddelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomen, de onderneming rechtstreeks voortzetten of mede voortzetten. Wel dient hiervoor een verzoek te worden gedaan bij de aangifte van de overleden belastingplichtige. Alsdan treedt de voortzetter in de plaats van degene van wie de onderneming rechtstreeks wordt voortgezet. Vererving van een IB-onderneming hoeft derhalve niet gepaard te gaan met afrekening van de IB-claim op de stille reserves en goodwill van die onderneming.

Is deze doorschuifregeling niet van toepassing dan wel wensen de erfgenamen geen beroep te doen op deze regeling, bijvoorbeeld vanwege de verwachte verkoop van de IB-onderneming, dan biedt artikel 25 lid 17 IW 1990 een uitstelregeling voor de duur van maximaal tien jaren.<sup>3</sup> Dit uitstel is invorderingsrenteloos (artikel 28 lid 3 IW 1990) en er hoeft geen zekerheid te worden gesteld. Feitelijk is deze uitstelregeling de voortzetting van het oude bijzondere tarief van 20% dat, naast bovengenoemde doorschuifregeling, tot 2001 van toepassing was in geval van overlijden van de ondernemer.

Op de vererving van een medegerechtigdheid ex artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 (commanditaire participatie) is eveneens de stakingsfictie van artikel 3.58 Wet IB 2001 in combinatie met de doorschuifregeling van artikel 3.62 Wet IB 2001 van toepassing. Niet vereist is dat de medegerechtigdheid bij de erflater een voortzetting vormt van een voordien door hem als ondernemer gedreven onderneming. Wel is vereist dat de erfgenamen de onderneming (mede) rechtstreeks voortzetten. Dat mag ook als medegerechtigde (commanditair vennoot) en hoeft dus niet per sé als ondernemer.

Ook het betalingsuitstel van artikel 25 lid 17 IW 1990 is van overeenkomstige toepassing op de medegerechtigdheid ex artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

### **2.2.2 *Schenking IB-onderneming en medegerechtigdheid en overdracht tegen koopsom***

De Wet IB 2001 kent voor IB-ondernemingen in artikel 3.63 Wet IB 2001 een algemene bedrijfsopvolgingsregeling. Deze geldt zowel voor de overdracht van de onderneming tegen een koopsom (die al dan niet wordt schuldig gebleven) als voor schenking van de onderneming. Vereist voor deze faciliteit is wel dat de

3. Deze regeling is nader uitgewerkt in art. 5a Uitv.reg. IW 1990.

onderneming wordt overgedragen aan iemand die vóór de schenking reeds ten minste 36 maanden als medeondernemer dan wel als werknemer aan de onderneming verbonden is geweest. De faciliteit bestaat eruit dat de verkrijger de fiscale boekwaarde van de onderneming, zoals die geldt voor de overdrager, overneemt. Aldus blijft de IB-claim op de stille reserves en goodwill behouden. De fiscus 'verdient' deze doorschuiffaciliteit 'terug', doordat de verkrijger een lagere grondslag heeft waarover hij kan afschrijven. Door deze lagere afschrijvingen behaalt hij jaarlijks een hogere winst en betaalt derhalve gedurende de (resterende) afschrijvingstermijn de inkomstenbelasting die de overdrager niet heeft voldaan.

Voor de overdracht van de onderneming tegen een koopsom die geheel of gedeeltelijk wordt schuldig gebleven, kent de wet ook nog een betalingsregeling in artikel 25 lid 18-19 IW 1990. Naar keuze kan de belastingplichtige dus een beroep doen op de doorschuifregeling van artikel 3.63 Wet IB 2001 of deze betalingsregeling van artikel 25 lid 18-19 IW 1990. Op grond van artikel 25 lid 18 IW 1990 wordt uitstel verleend voor de duur van de overeengekomen aflossingsperiode die de belastingschuldige en de koper zijn overeengekomen. Dit uitstel eindigt in alle gevallen bij aanvang van het tiende jaar na afloop van het kalenderjaar waarop de aanslag betrekking heeft (artikel 25 lid 19 IW 1990). Vereist voor het uitstel is dat de verkrijger (koper van de onderneming) een natuurlijk persoon is die de onderneming voortzet en dat de overdrachtprijs geheel of gedeeltelijk wordt schuldig gebleven, aangezien alleen dan de overdrager in betalingsmoeilijkheden komt als hij de inkomstenbelastingsschuld moet voldoen. Wordt de overdrachtprijs gedeeltelijk schuldig gebleven, dan wordt het uitstel verleend voor dat gedeelte dat evenredig is met de verhouding tussen het, op het moment met ingang waarvan het uitstel wordt verleend, schuldig gebleven gedeelte van de overdrachtprijs en de totale overdrachtprijs voor de duur van de overeengekomen aflossingsperiode. Het uitstel wordt dus verleend in dezelfde verhouding als de koopprijs schuldig is gebleven. Artikel 5b lid 1 Uitv.reg. IW 1990 stelt als aanvullende voorwaarde dat de belastingschuldige bij zijn schriftelijk verzoek een afschrift overlegt van de overeenkomst waarbij de onderneming of een deel daarvan is overgedragen. Uit die overeenkomst moet dan blijken welk deel van de overdrachtprijs schuldig is gebleven, wat de duur is van de aflossingsperiode en in welke termijnen de overdrachtprijs wordt voldaan. Het uitstel wordt verleend op schriftelijk verzoek. Er moet zekerheid worden gesteld die blijkens de wetsgeschiedenis onder meer kan bestaan uit de verpanding van (een deel van) de vordering die de belastingschuldige op de koper van zijn onderneming heeft.<sup>4</sup> Ter zake van het uitstel is geen invorderingsrente verschuldigd (artikel 28 lid 3 IW 1990). Het uitstel ziet op de inkomstenbelasting die is verschuldigd ter zake van het overdragen (en derhalve staken) van een onderneming of een gedeelte van een onderneming. De faciliteit is beperkt tot dat deel van deze belasting dat betrekking heeft op de overdracht van vermogensbestanddelen aan de voortzettende ondernemer. Er wordt dus geen uitstel verleend voor de

4. *Kamerstukken II 2004/05, 29767, nr. 42, p. 3.*

inkomstenbelastingsschuld ter zake van vermogensbestanddelen die niet in de overdracht zijn begrepen, maar bij de belastingschuldige (de overdragende ondernemer) naar privé zijn overgegaan. Evenmin wordt uitstel verleend voor de belasting in verband met de opheffing van de oudedagsreserve of andere fiscale reserves. Artikel 25 lid 19 IW 1990 geeft aan in welke gevallen het uitstel eindigt. Het volgende voorbeeld kan de werking van deze uitstelregeling nader verduidelijken.<sup>5</sup>

#### **Voorbeeld**

A verkoopt op 1 februari 2005 zijn gehele onderneming voor € 1 000 000 aan B. B blijft de helft van de koopsom schuldig en betaalt de andere helft direct. Aan A wordt een aanslag inkomstenbelasting opgelegd waarvan € 200 000 is verschuldigd in verband met de verkoop van de onderneming aan B. Aangezien B slechts de helft van de overdrachtprijs schuldig is gebleven, verkrijgt A ook slechts voor de helft van € 200 000, dus voor € 100 000 uitstel van betaling.

Het uitstel van betaling wordt op grond van het laatste gedeelte van de derde volzin van het achttiende lid verleend voor de aflossingsperiode die is overeengekomen door de overdrager en de overnemer. Indien de overdrager en overnemer niets overeen zijn gekomen (of de aflossing een langere tijdspanne omvat dan tien jaar gerekend vanaf het begin van het jaar van staking), eindigt het uitstel aan het begin van het tiende kalenderjaar na het jaar waarin de staking heeft plaatsgevonden.

Artikel 3.63 Wet IB 2001 is blijkens de tekst ook van toepassing op de schenking of overdracht van een medegerechtigdheid ex artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 (commanditaire participatie) door een medegerechtigde. Niet vereist is dat de medegerechtigdheid een voortzetting vormt van een voordien door de schenker of overdrager als ondernemer gedreven onderneming. Wel dient de verkrijger ingevolge artikel 3.63 lid 4 en 5 Wet IB 2001 ondernemer of werknemer te zijn, zodat feitelijk alleen schenking of overdracht van een medegerechtigdheid mogelijk is aan een ondernemer, bijvoorbeeld de behorend vennoot van de commanditaire vennootschap, of een werknemer. Schenking of overdracht aan een andere medegerechtigde is derhalve niet mogelijk.

## **2.3 Vererving, schenking en overdracht ab-aandelen of -winstbewijzen**

### **2.3.1 Vererving ab-aandelen of -winstbewijzen**

Tot 1 januari 2010 was het zo dat vererving van ab-aandelen en -winstbewijzen in de praktijk tot weinig problemen aanleiding gaf.<sup>6</sup> De wetstechniek was dat overlijden ingevolge artikel 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 als een fictieve vervreemding werd beschouwd, welke fictieve vervreemding artikel 4.17 (oud) Wet IB 2001 weer terugnam, indien er geen sprake was van sfeerovergang zoals overgang naar een buitenlandse erfgenaam of naar een ondernemings- of werkzaamheidsvermogen. Ingevolge artikel 4.39 (oud) Wet IB 2001 schoof de verkrij-

5. Ontleend aan Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Invorderingswet, aantekening 19.25.

6. Hierna noem ik de winstbewijzen niet steeds expliciet. Desalniettemin geldt het hiernavolgende op dezelfde wijze voor tot het ab behorende winstbewijzen.

gingsprijs van de ab-aandelen van de erflater door naar de verkrijgende erfgenaam, tenzij deze op grond van artikel 4.38 (oud) Wet IB 2001 verzocht om afrekening van de ab-claim. Zoals gebruikelijk in de ab- en VPB-sfeer was niet relevant of de bv een materiële onderneming dreef dan wel zich bezighield met het beleggen van vermogen.

Met ingang van 1 januari 2010 is dit belangrijk gewijzigd. De wetstechniek is nog steeds dat overlijden ingevolge artikel 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 (overgang onder algemene titel) als een fictieve vervreemding wordt beschouwd. De non-vervreemdingsfictie is thans opgenomen in artikel 4.17a Wet IB 2001. Deze bepaling neemt onder de volgende voorwaarden de fictieve vervreemding weer terug, indien:

- de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben, een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 drijft of een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3 lid 1 onderdeel a houdt;
- de aandelen of winstbewijzen bij de erflater niet tot een aanmerkelijk belang op grond van artikel 4.10 behoren;
- de verkrijger binnenlands belastingplichtige is en de verkregen aandelen of winstbewijzen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren,<sup>7</sup> en
- in geval van een overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel, deze plaatsvindt binnen twee jaren na het overlijden.

Is de non-vervreemdingsfictie van artikel 4.17a Wet IB 2001 van toepassing, dan schuift op grond van artikel 4.39a Wet IB 2001 de verkrijgingsprijs door naar de erfgena(a)m(en).

Het volgende voorbeeld adstrueert de werking van de nieuwe doorschuifregeling voor vererving van ab-aandelen of -winstbewijzen.<sup>8</sup>

#### Voorbeeld

Belastingplichtige A bezit alle aandelen in X bv. De waarde van de aandelen in X bv bedraagt 1000, waarvan 800 toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen en 200 aan het beleggingsvermogen van X bv. Zijn verkrijgingsprijs bedraagt 500. A overlijdt en alle aandelen in X bv vererven op zijn zoon B. De overdracht krachtens erfrecht vormt een vervreemding van de aandelen voor de waarde in het economische verkeer, zijnde 1000. Voor het deel dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen ad 840 (800 + 5%) wordt bij toepassing van de doorschuifregeling geen vervreemding geconstateerd. Resteert een vervreemding voor het deel dat ziet op het beleggingsvermogen ad 160. A kan van zijn verkrijgingsprijs 160 hierop in mindering brengen, waardoor per saldo bij A geen vervreem-

- Is de verkrijger een in het buitenland woonachtige particulier, dan wordt een zogenoemde conserverende aanslag opgelegd voor het verschil tussen de werkelijke waarde van de ab-aandelen (overdrachtprijs) en de verkrijgingsprijs. Zie art. 25 lid 8 IW 1990 jo. art. 2 Uitv.reg. IW 1990. Vervreemdt de verkrijger de aandelen niet binnen tien jaren na de verkrijging, dan wordt deze conserverende aanslag kwijtgescholden. Zie art. 26 lid 4 IW 1990 jo. art. 4 Uitv.reg. IW 1990. Zie over buitenlandsituaties uitgebreider par. 2.3.3.
- Ontleend aan *Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 8, p. 6.

dingsvoordeel wordt geconstateerd. Hierna heeft A nog 340 aan verkrijgingsprijs over. Dat gedeelte van de verkrijgingsprijs wordt doorgeschoven naar B. De verkrijgingsprijs voor B bedraagt 500, bestaande uit 160 voor het deel van de overdracht dat bij A een vervreemding vormt, plus 340, zijnde het restant van de verkrijgingsprijs van A dat wordt doorgeschoven.

Uit dit voorbeeld blijkt tevens dat geen verlies uit ab kan ontstaan. Immers, de verkrijgingsprijs van A is 500, terwijl de overdrachtprijs 160 bedraagt. Volgens de normale regels zou dit resulteren in een ab-verlies van 340. Dit gebeurt echter niet. Bij A resulteert geen ab-inkomen en het onbenutte deel van de verkrijgingsprijs ad 340 schuift door naar zoon B. Dit is geregeld in artikel 4.19 lid 2 Wet IB 2001.

#### 2.3.1.1 *Doorschuiffaciliteit beperkt tot (materieel) ondernemingsvermogen*

De doorschuiffregeling voor vererving van ab-aandelen of -winstbewijzen is ingaande 2010 dus beperkt tot het in de bv aanwezige materiële ondernemingsvermogen.<sup>9</sup> Hierbij geldt een geringe beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen.<sup>10</sup> De ab-claim die betrekking heeft op het beleggingsvermogen, afgezien van de reeds genoemde 5%-beleggingsmarge, dient dus steeds te worden afgerekend.<sup>11</sup> Overigens kan ook de ab-claim voor zover die betrekking heeft op het ondernemingsvermogen, worden afgerekend door ook voor het ondernemingsvermogendeel geen beroep op de doorschuiffregeling te doen.<sup>12</sup> Artikel 4.39a Wet IB 2001 maakt dit mogelijk. Maar dat voortaan in geval van overlijden de ab-claim met betrekking tot het beleggingsvermogen steeds dient te worden afgerekend en niet meer kan worden doorgeschoven, is voor de inkomstenbelasting een majeure systeemwijziging.<sup>13</sup> Hoe dan ook, voortaan zal in geval van vererving van ab-aandelen het vermogen

9. Een (materieële) onderneming is aanwezig, indien er sprake is van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te behalen, *Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 3, V-N 2009/46.6, p. 205.
10. Zie art 4.17a lid 6 ten tweede Wet IB 2001. Merk op dat de 5%-beleggingsmarge thans wordt berekend over de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen en niet van de aandelen, zoals tot 1 januari 2010 nog gold voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 (en waarbij de marge 15% bedroeg in plaats van thans 5%).
11. De CDA-fractie in de Tweede Kamer alsmede de NOB hadden nog gevraagd om voor dit beleggingsvermogendeel van de ab-schuld een betalingsregeling te treffen in de invorderingsfeer, maar dit heeft de Staatssecretaris van Financiën categorisch afgewezen. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 8, V-N 2009/54.5, p. 114.
12. Aldus nog eens expliciet *Kamerstukken I 2009/10*, 32129, nr. E, V-N 2009/66.3, p. 44.
13. Dit onderscheid tussen beleggings- en ondernemingsvermogen is ook geïntroduceerd in de regeling van de conserverende aanslag die is opgelegd aan een emigrerende ab-houder. Komt die in het buitenland te overlijden en vererven de aandelen op een binnenlandse erfgenaam en staat er van de conserverende aanslag nog een bedrag open – in de regel zal dit het geval zijn bij overlijden binnen tien jaren na emigratie uit Nederland – dan kan het betalingsuitstel onder nader te stellen voorwaarden worden voortgezet. Art. 2 Uitv.reg. IW 1990 geeft hiervoor nadere regels die erop neerkomen dat de conserverende aanslag bij de erflater moet worden afgerekend voor zover er sprake is van beleggingsvermogen. In zoverre wordt de verkrijgingsprijs van de aandelen bij de verkrijgende erfgenaam verhoogd, aldus art. 15a Uitv.besl. IB 2001. Zie over deze regelingen uitgebreider par. 2.3.3 hierna.



van de bv, wier aandelen vererven, moeten worden gelabeld tot beleggingsvermogen en ondernemingsvermogen en is alleen voor het ondernemingsvermogen de doorschuifregeling van toepassing.

#### 2.3.1.1.A *Begrip 'materiële onderneming'*

Op zich kan men mijns inziens begrip hebben voor de aanscherping van de doorschuiffaciliteit voor vererving van ab-aandelen – overtollig beleggingsvermogen is immers zonder noemenswaardig bezwaar uit te keren door de bv, zonder dat dit de onderneming in die bv hindert en deze er schade van ondervindt – lastiger wordt het in de uitvoeringspraktijk natuurlijk wel. Allereerst zal moeten worden vastgesteld of een bv een materiële onderneming drijft of niet. Vervolgens zal het vermogen van de bv volgens de regels van de vermogensetikettering in twee stukken moeten worden geknipt, een ondernemingsvermogendeel en een beleggingsvermogendeel. Beide kwesties zijn natuurlijk geen sinecure. Leidend hierbij zijn de begrippen en criteria die hiervoor in de jurisprudentie zijn ontwikkeld met betrekking tot de bron 'winst uit onderneming' voor de IB-ondernemer.

De Hoge Raad definieert een (materiële) onderneming in vaste jurisprudentie als de organisatie van arbeid en kapitaal die door deelname aan het maatschappelijk productieproces naar winst streeft.<sup>14</sup> Het element winststreven is hierbij, anders dan bijvoorbeeld voor het ondernemingsbegrip in de omzetbelasting, belangrijk. Wordt structureel verlies geleden, dan is geen sprake van een onderneming. Of in een concreet geval sprake is van een (materiële) onderneming is, zoals de vele jurisprudentie laat zien, een zeer feitelijke kwestie. Zie verder par. 3.5.2.1.A.

In de context van de bedrijfsopvolgingsregelingen is thans een van de heikele kwesties de vraag of en wanneer vastgoedexploitatie kwalificeert als een materiële onderneming. De Staatssecretaris van Financiën en de Belastingdienst stellen zich hierbij in het algemeen op het standpunt dat vastgoedverhuur en/of -exploitatie niet kwalificeert als een materiële onderneming. De jurisprudentie is echter genuanceerder. Ik verwijs hiervoor verder naar par. 3.5.2.1.B.

#### 2.3.1.1.B *Holdingstructuur; consolidatie*

Bij ab-houders komen veel gelaagde bv-structuren – een holdingstructuur – voor. Dit levert bijzondere problemen op die we uit de IB-ondernemerssfeer niet kennen. In elk geval bepaalt artikel 4.17a lid 5 Wet IB 2001 dat de bezittingen en schulden van de (achter)(klein)dochtervennootschap(pen) moeten worden toegerekend aan de holdingvennootschap, een consolidatie dus.<sup>15</sup> Dit moet men goed begrijpen. Uitgangspunt voor de toepassing van artikel 4.17a Wet IB 2001 is

14. Zie onder meer HR 21 mei 1958, nr. 13 574, *BNB* 1958/212, HR 28 februari 1990, nr. 26 288, *BNB* 1990/107, HR 21 april 1993, nr. 28 257, *BNB* 1993/187, HR 7 februari 1996, nr. 30 953, *BNB* 1996/116 en van recentere datum HR 27 februari 2009, nr. 07/11414, *V-N* 2009/18.27. Feiten en omstandigheden uit latere jaren kunnen daarbij licht werpen op de vraag of sprake is van een (materiële) onderneming, aldus HR 24 juni 2011, nr. 10/01299, *BNB* 2011/246.

15. Iets soortgelijks geschiedt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van Hoofdstuk IIIA SW 1956. Zie uitgebreider par. 3.5.2.1.D.

dus dat de holdingvennootschap geen (materiële) onderneming drijft. Uitsluitend door de consolidatie verkrijgt de holdingvennootschap deze (materiële) onderneming.

Blijkens artikel 4.17a lid 5 aanhef en onderdeel a Wet IB 2001 mag er louter worden geconsolideerd als de erflater:

1. een aanmerkelijk belang heeft in de holdingvennootschap; én
2. een indirect aanmerkelijk belang heeft in dat andere lichaam (de dochtervennootschap).

Er moet dus tweemaal sprake zijn van een aanmerkelijk belang bij de erflater volgens de regels van artikel 4.6 Wet IB 2001. Houdt de erflater 100% van de aandelen in een holdingvennootschap die op haar beurt 5% van de aandelen houdt in een werkmaatschappij, dan kwalificeert dit voor de consolidatie van artikel 4.17a lid 5 Wet IB 2001. Houdt, omgekeerd, de erflater 5% van de aandelen in de holdingvennootschap die 100% van de aandelen in de werkmaatschappij houdt, dan kwalificeert dit ook voor de consolidatie. Hierna ga ik in par. 2.3.1.2 nader in op de voor artikel 4.17a Wet IB 2001 kwalificerende aanmerkelijk belangen.

Consequentie van de consolidatie is bijvoorbeeld dat een eventueel door de holdingvennootschap aan de dochtervennootschap verhuurde onroerende zaak wordt beschouwd als een onroerende zaak in eigen gebruik en daarmee als ondernemingsvermogen en dus niet als beleggingsvermogen. Deze lijn van denken blijkt duidelijk uit de memorie van toelichting.<sup>16</sup> Dit laatste zal ook het geval zijn als de onroerende zaak wordt gehouden door een afzonderlijke vastgoeddochtervennootschap. Irrelevant hierbij is of sprake is van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Dit lijkt derhalve sterk op de sinds 2007 geldende afschrijvingsregels voor gebouwen in artikel 3.30a Wet IB 2001, waarvoor een aan verbonden lichamen verhuurde onroerende zaak wordt aangemerkt als een gebouw in eigen gebruik, waarvoor 50% van de WOZ-waarde geldt als de bodemwaarde; voor beleggingspanden geldt 100% van de WOZ-waarde als de bodemwaarde.

Ter vermindering van misverstand wijs ik erop dat dit ook geldt als de holdingvennootschap, tot wier vermogen de onroerende zaak behoort, niet 100% van de aandelen bezit in de dochtervennootschap die de materiële onderneming drijft en waaraan de onroerende zaak wordt verhuurd. Ook in deze situatie kwalificeert de onroerende zaak bij de holdingvennootschap door de (partiële) consolidatie volledig als ondernemingsvermogen en dus niet slechts naar rato van de waarde in het economische verkeer van de aandelen die de holdingvennootschap houdt in de dochtervennootschap. In feite moet men deze situatie vergelijken met die van een vennootschap onder firma (vof) waarvan een van de firmanten in privé een onroerende zaak bezit die hij ter beschikking stelt aan de vof. Volgens de regels

16. Zie het voorbeeld in *Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 8, *V-N 2009/54.4*, p. 154. Dit is hetzelfde voorbeeld als opgenomen in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 3, *V-N 2009/46.6*, p. 205) maar dan met inachtneming van de 5%-beleggingsmarge.