

VOORWOORD

De toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op een holdingvennootschap staat in deze scriptie centraal. Niet alleen is het onderwerp relevant door het arrest van de Hoge Raad op 22 april 2016, ook is het onderwerp relevant omdat het in de praktijk gebruikelijk is dat de structuur van een onderneming uit een holdingvennootschap en één of meerdere (100%-) werkmaatschappijen bestaat. Aangezien voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in dit soort situaties de hoofdregel van art. 35c lid 1 SW 1956 geen soelaas biedt, dient uitgeweken te worden naar de toerekeningsbepaling van art. 35c lid 5 SW 1956.

Uit het onderzoek volgt dat toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in specifieke gevallen van een reële bedrijfsopvolging niet – of in mindere mate – toegepast kan worden. Vervolgens wordt geanalyseerd hoe in de Duitse en Vlaamse faciliteit met dit soort gevallen omgesprongen wordt en welke vereisten deze faciliteiten kennen. Het onderzoek pleit onder andere tot de introductie van een familieperspectief. Dit familieperspectief zou ertoe kunnen leiden dat indien sprake is van een aandelenbelang van meer dan 50% verspreid over de familie, de bedrijfsopvolgingsfaciliteit alsnog toepassing vindt. Invoering van onder andere een familieperspectief zou recht doen aan de ratio van de faciliteit dat alle reële bedrijfsopvolgingen gefacilieerd dienen te worden. Daarnaast wordt ook ingegaan op de maatstaf op grond waarvan vastgesteld of sprake is van een AB en wordt geconcludeerd dat de wetgever aan zet is.

HOOFDSTUK 1

Inleiding

In deze scriptie staat de fiscale behandeling van holdingvennootschappen bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (hierna: BOF) uit de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) centraal. In dit hoofdstuk zal ik allereerst ingaan op de aanleiding van dit scriptieonderwerp. Daarna zal ik de probleemstelling formuleren die in deze scriptie centraal staat. Vervolgens zal de doelstelling van het onderzoek kort aangestipt worden en dit hoofdstuk zal afgesloten worden met de verantwoording van de opzet van deze scriptie.

1.1 **Aanleiding**

Aanleiding van dit scriptieonderwerp is het arrest HR 22 april 2016, *BNB 2016/167*. Belanghebbende heeft een belang van 6,89% in een holdingvennootschap. De holdingvennootschap houdt op haar beurt meerdere deelnemingen, waarvan één belang van 70,6%. Het Hof Den Haag 13 mei 2015, nr. BK 14/00573, *V-N 2015/28.21*, oordeelde over de casus dat $6,89\% * 70,6\%$ een belang van onder de 5% oplevert. Het gevolg hiervan is dat de BOF niet toegepast kan worden omdat niet voldaan is aan het vereiste belang in art. 35c lid 5 SW 1956. Het indirecte aandelenbelang betrof namelijk slechts 4,86% ($6,89\% * 70,6\%$), wat lager is dan de vereiste 5% uit art. 35c lid 5 SW 1956.

De Hoge Raad oordeelde op 22 april 2016 anders op basis van de systematiek van de wet. Ondanks dat geen sprake was van een indirect AB dient het aandelenbelang van 4,86% volgens de Hoge Raad op grond van de vermogensetiketteringsregels als ondernemingsvermogen aangemerkt te worden. Het gevolg hiervan is dat het aandelenbelang op grond van art. 35c lid 1 sub c SW 1956 als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt, waar de BOF op toegepast kan worden. De wetgever heeft op Prinsjesdag 2016 een voorstel van wet naar de Tweede Kamer gestuurd om deze 'onbedoelde verruiming' van de Hoge Raad te repareren.¹ Dit voorstel hield in dat bij het bepalen van de omvang van het ondernemingsvermogen ex art. 35c lid 1 SW 1956 belangen in andere lichamen niet worden meegerekend. Inmiddels is het voorstel van wet aangenomen en gecodificeerd in art. 35c lid 6 SW 1956.

1. www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2016/06/30/wettekst-reparatie-bedrijfsopvolgingsregeling-bor-en-memorie-van-toelichting, "Wettekst reparatie bedrijfsopvolgingsregeling en Memorie van Toelichting", 1 juli 2016, p. 2-4.

Naar aanleiding van voornoemd arrest ben ik tot de vraag gekomen hoe precies vermogen, bij toepassing van de BOF, op het niveau van een holdingvennootschap behandeld wordt op grond van de SW 1956 en hoe het behandeld zou moeten worden. Indien sprake is van een vererving of schenking van een IB-onderneming kunnen de vragen wie precies de ondernemer is en wat het ondernemingsvermogen is snel worden beantwoord. De antwoorden op deze vragen zijn namelijk voor de heffing van belasting steeds van belang geweest en dus reeds beantwoord. Minder klip en klaar wordt het indien sprake is van een tussengeschoven holdingvennootschap. Er is dan namelijk sprake van een belang in een holdingvennootschap, welke op haar beurt een belang heeft in een andere vennootschap. De vragen wie in dit geval ondernemer zijn en welk vermogen precies de onderneming behelst, zijn in dit geval minder eenvoudig te beantwoorden. Vanuit de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bezien, namelijk het faciëren van reële bedrijfsopvolgingen, zijn dit prangende vragen. In deze scriptie wordt de wettelijke faciliteit nader onderzocht vanuit het perspectief van de holdingvennootschap. Om tot een volledige analyse van de wettelijke faciliteit te kunnen komen, zal de ratio achter de desbetreffende bepalingen, en tevens de praktische uitwerkingen ervan, ook behandeld worden.

De bedoeling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het voorkomen dat een onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om de verschuldigde schenk- of erfbelasting te kunnen betalen. Beoogd is om slechts reële bedrijfsopvolgingen te faciëren; niet minder, maar ook niet meer. Om ervoor te zorgen dat de continuïteit van reële bedrijfsopvolgingen niet in gevaar komt, is een faciliteit geïntroduceerd welke zowel een voorwaardelijke vrijstelling van de verschuldigde belasting als een uitstel van betalingsregeling voor het voldoen van de verschuldigde belasting inhoudt.²

De vraag die zich in dit kader vaak voordoet, is wanneer precies sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Een reële bedrijfsopvolging wordt gedefinieerd als *een overdracht van een 'onderneming' door een 'ondernemer', die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming 'als ondernemer' voortzet.*³ Te zien valt dus dat sprake dient te zijn van een onderneming, van een ondernemer en van een voortzetting van de overgedragen onderneming. Van groot belang hierbij is welke vermogensbestanddelen de onderneming precies omvat. In de wet ontbreekt een sluitende definitie van het ondernemingsbegrip, derhalve dient het ondernemingsbegrip aan de hand van de feiten en omstandigheden per geval ingevuld te worden. Dit is van belang omdat de faciliteit slechts verleend wordt voor het verkregen ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming. Overigens is in de SW 1956 in de loop der jaren een wettelijk kader gevormd met voorwaarden en vereisten waaraan voldaan dient te worden om gerechtigd te zijn tot de faciliteiten. Deze voorwaarden en vereisten zijn gecodificeerd in art. 35c, 35d

2. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 17.

3. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 17, zie tevens de codificatie ervan in art. 35b lid 5 SW 1956.

en 35e SW 1956, wat kort gezegd neerkomt op de invulling van het begrip reële bedrijfsopvolging.⁴

Deze scriptie gaat met name over de toepassing van de BOF vanuit het perspectief van een holdingvennootschap. Aangezien vanuit dit perspectief geen sprake is van een direct belang, maar van een indirect belang in een onderneming, is een andere benadering vereist. Indien er namelijk een holdingvennootschap tussen de onderneming en de aanmerkelijkbelanghouders zit, is slechts sprake van een aandelenbezit in een holdingvennootschap die zelf geen onderneming drijft. De BOF kan dan niet toegepast worden. Voor dit soort gevallen is een speciale regeling in het leven geroepen in art. 35c lid 5 SW 1956, welke ook wel de toerekeningsbepaling wordt genoemd. Op grond van deze bepaling dienen de vermogensbestanddelen van de indirect gehouden werkmaatschappij toegerekend te worden aan de holdingvennootschap. Nadat toerekening heeft plaatsgevonden kan de BOF worden toegepast op het deel van het aandelenbezit dat betrekking heeft op het ondernemingsvermogen van de holdingvennootschap.

Naast Nederland kennen ook Duitsland en Vlaanderen een bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Ook in Duitsland en Vlaanderen hebben de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in discussies centraal gestaan. Zo heeft in Duitsland het Bundesverfassungsgericht (hierna: BVerfG) in 2014 geoordeeld dat de Duitse bedrijfsopvolgingsfaciliteit in strijd is met de Duitse Grondwet.⁵ Onderdeel van deze uitspraak was de verplichting om de faciliteit in de Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (hierna: ErbStG) te veranderen vóór 1 juli 2016. Een aspect van deze verplichting was de aanpassing van het verschil in de belasting van beleggings- en ondernemingsvermogen, aangezien het BVerfG oordeelde dat dit op onderdelen in strijd was met de grondwet. Slechts één week voor het verlopen van deze termijn, namelijk op 24 juni 2016, heeft het Duitse parlement de *Anpassung der Erbschaft- und Schenkungsteuer an ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts* aangenomen. Op 4 november 2016 is deze aanpassing met terugwerkende kracht tot 1 juli 2016 in werking getreden.

Ik refereer met opzet slechts naar de Vlaamse faciliteit omdat het punt zich voordoet dat er in België sprake is van een drietal Gewesten, welke alle drie afzonderlijke tarieven, vrijstellingen en faciliteiten hebben met betrekking tot successierecht. Er kan derhalve niet gesproken worden van 'de' Belgische bedrijfsopvolgingsfaciliteit, zoals ook Sonneveldt en de Kroon stellen.⁶ Aangezien men in de (Nederlandse) praktijk het meest in aanraking komt met het Vlaamse Gewest, mede gezien de geografische ligging ervan, zal ik in deze scriptie slechts de faciliteit van dit Gewest nader analyseren. In het Vlaamse Gewest is ook niet stil gezeten op het gebied van de faciliteit voor bedrijfsoverdrachten. Niet alleen hebben de oude Belgische fiscale wetten een nieuwe plek gekregen in de Vlaamse Codex Fiscaliteit (hierna: VCF), ook zijn er per 1 januari 2015 allerlei wetswijzigingen doorgevoerd. De Vlaamse variant

4. Zie art. 35b lid 5 SW 1956.

5. BVerfG 17 december 2014, 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50 r.o. 278 e.v.

6. F. Sonneveldt & B.B.A. de Kroon, "Bedrijfsopvolging in België en Duitsland", *WPNR* 2009/6808, paragraaf 2.1.

van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit, de familiale gunstregeling, heeft hierbij ook wijzigingen ondergaan.

Bij de Nederlandse faciliteit zijn de antwoorden op de vragen wie ondernemer is en wat de onderneming precies omvat van groot belang indien dit bezien wordt vanuit een aandeelhouder. Duitsland en Vlaanderen hebben een soortgelijke faciliteit om de continuïteit bij bedrijfsopvolgingen niet in gevaar te brengen. Het lijkt mij daarom interessant om te analyseren hoe in Duitsland en Vlaanderen de faciliteit uitwerkt indien deze wordt toegepast op een holdingvennootschap. Dit rechtsvergelijkend onderzoek strekt ertoe te analyseren hoe de Duitse en Vlaamse faciliteiten uitwerken bij toepassing op een holdingvennootschap. Het doel van deze analyse is om te zien of er facetten van de Duitse en Vlaamse faciliteiten zijn die een welkome toevoeging op de Nederlandse faciliteit kunnen zijn.

1.2 Probleemstelling

Naar aanleiding van de in de vorige paragraaf aangehaalde ontwikkelingen en problematiek bij de behandeling van de schenking of vererving van vermogen vanuit het perspectief van de holdingvennootschap, ben ik tot de volgende onderzoeksvraag gekomen:

In hoeverre is de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 in lijn met haar doelstelling om alle reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, bezien vanuit het perspectief van de holdingvennootschap, en zou lering getrokken kunnen worden uit (onderdelen van) de Belgische en Duitse faciliteiten om aanbevelingen te doen ter wijziging van de Nederlandse faciliteit?

Om tot een beantwoording van deze onderzoeksvraag te kunnen komen, zal ik de volgende deelonderwerpen behandelen:

- I. De hoofdlijnen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956, ErbStG en Vlaamse Codex.
- II. De Nederlandse faciliteit toegepast op een holdingvennootschap.
- III. De Duitse faciliteit toegepast op een holdingvennootschap.
- IV. De Vlaamse faciliteit toegepast op een holdingvennootschap.
- V. De facilitering van alle reële bedrijfsopvolgingen.

1.3 Doelstelling

Deze scriptie heeft als doel om de problematiek met betrekking tot de toepassing van de BOF bij een belang in een holdingvennootschap nader te analyseren. Hierbij wordt niet alleen gepoogd duidelijkheid te verstrekken met betrekking tot de mogelijke probleempunten die men tegen kan komen, tevens wordt gepoogd om te analyseren of de (onderdelen van de) faciliteit in lijn is (zijn) met de ratio ervan: de facilitering van alle reële bedrijfsopvolgingen. Daarnaast heeft deze scriptie de beantwoording van de vragen wat precies de ondernemer is bij een holdingvennootschap en wat precies het ondernemingsvermogen allemaal behelst tot doel. Ter reflectie van de Nederlandse faciliteit, en wellicht ter inspiratie, worden zowel

de Duitse als de Vlaamse faciliteiten nader geanalyseerd. Mogelijk dat deze rechtsvergelijking uitkomst kan bieden voor de beantwoording van vragen en het oplossen van problemen die zich voordoen bij de Nederlandse faciliteit. Het uiteindelijke doel van deze scriptie is om te komen tot het doen van suggesties voor de Nederlandse faciliteit in de SW 1956 om ervoor te zorgen dat de behandeling van vermogen vanuit het perspectief van een holdingvennootschap in lijn is met de doelstelling van de faciliteit om alle reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

1.4 Verantwoording van de opzet

Om tot de beantwoording van de onderzoeksvraag te kunnen komen, heb ik de opzet van deze scriptie als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 is opgedeeld in drie paragrafen, waarin de hoofdlijnen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de SW 1956, de Duitse ErbStG en de VCF zullen worden behandeld. Daarna zal in de hoofdstukken 3, 4 en 5 een meer technische analyse volgen van de uitwerking van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bij de vererving van een aandelenbelang in een holdingvennootschap. Vervolgens zal in hoofdstuk 6 dieper in worden gegaan op de vraag of alle reële bedrijfsopvolgingen fiscaal gefacilieerd worden en zal worden geanalyseerd op welke vlakken verbetering wenselijk is. Tevens zal in dit hoofdstuk de Duitse en Vlaamse faciliteit naast de Nederlandse worden gelegd om te analyseren hoe in deze beide faciliteiten met de problematiek (en) van holdingvennootschappen om wordt gegaan. Uiteindelijk zal in hoofdstuk 7 afgesloten worden met een conclusie en het doen van aanbevelingen voor de Nederlandse faciliteit.

HOOFDSTUK 2

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

In dit hoofdstuk zullen achtereenvolgens de Nederlandse, de Duitse en de Vlaamse faciliteiten worden geïntroduceerd. Het doel van dit hoofdstuk is om de faciliteiten op hoofdlijnen kort aan te stippen. Om de hoofdlijnen van de faciliteiten te raken zal in worden gegaan op de ratio, de systematiek en de voorwaarden van de faciliteiten.

2.1 De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de zin van de SW 1956

In deze paragraaf zal de Nederlandse BOF met al haar karakteristieken, zoals deze – op hoofdlijnen – per 1 januari 2010 haar intrede heeft gedaan in hoofdstuk IIIA van de SW 1956, centraal staan. Om tot een beantwoording van de vraag te kunnen komen wat nou precies een bedrijfsopvolging is in de zin van de SW 1956, dient allereerst de ratio van de faciliteit nader belicht te worden. Vervolgens zal de systematiek van de faciliteit behandeld worden en afgesloten zal worden met de voorwaarden die voor de faciliteit gelden.

Nederland heeft de laatste jaren een sterke vergrijzing doorgemaakt welke op dit moment nog steeds niet over haar top heen is. Samenhangend hiermee is de toename van het aantal bedrijfsoverdrachten, wat vaak ook wel wordt omschreven als het overgaan van de (dagelijkse) leiding van een bedrijf naar een opvolger. Veel van deze bedrijfsoverdrachten vinden binnen de familiesfeer plaats.¹ Jammer genoeg gaat minimaal 10% van de Europese bedrijven door een slecht geregelde bedrijfsopvolging failliet.² Daarnaast is in een meer recent uitgevoerd onderzoek door PricewaterhouseCoopers geconcludeerd dat na een bedrijfsopvolging de continuïteit van 46% tot 68% van de familiebedrijven op de lange termijn wordt bedreigd. Tevens is geconcludeerd dat een versobering van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zou leiden tot een ernstige verslechtering van de financiële positie van familiebedrijven.³ Het fiscale thema ‘bedrijfsopvolging’ kan dus als een *hot issue*

1. Staatssecretaris van Financiën, “Bedrijfsoverdracht, continuïteit door fiscaliteit”, WDB 2004-420M, V-N 2004/37.7.
2. European Commission, “Final Report of the Expert Group on the Transfer of Small and Medium-sized Enterprises”, Brussel mei 2002.
3. R. de Lange-Snijders & J.H.M. Nieuwenhuizen, “Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk”, *PwC spotlight* 2014, <https://actueel.pwc.nl/belastingnieuws/bedrijfsopvolgingsregelingen-noodzakelijk-voor-de-nederlandse-economie/>.

worden gezien, waarbij de bedrijfsopvolging een cruciale fase vormt in de continuïteit en het behoud van een onderneming.⁴

2.1.1 De ratio van de Nederlandse faciliteit

Hoofregel in de SW 1956 is, ex art. 1 SW 1956, dat erf- en schenkbelasting verschuldigd is over al wat krachtens erfrecht of middels schenking wordt verkregen. Indien een bedrijf wordt geschonken of bij overlijden over gaat op de erfopvolger, zou dus zonder een faciliteit belasting verschuldigd zijn over de waarde van het bedrijf. Op 7 december 1994 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een aanbeveling gedaan inzake de heffing van belasting bij overdrachten van kleine en middelgrote ondernemingen. De aanleiding van deze aanbeveling was een onderzoek waaruit bleek dat *jaarlijks duizenden ondernemingen ertoe worden gedwongen wegens onoverkomelijke moeilijkheden in verband met de overdracht ervan, hun bedrijf stop te zetten*.⁵

De conclusie van het onderzoek is later nogmaals bevestigd door een rapport van de Europese Commissie waaruit bleek dat bij minimaal 10% van de Europese bedrijven een slecht geregelde bedrijfsopvolging de oorzaak was van het (uiteindelijke) faillissement van het bedrijf.⁶ Dat de overdracht van een onderneming krachtens erfrecht, en de daarmee gepaard gaande verschuldigde belastingen, tot financiële problemen zou kunnen leiden werd eerder ook al gesignaleerd.⁷ De ratio van de faciliteit is derhalve terug te leiden naar het zogenoemde 'continuïteitsargument': de faciliteit is er om de continuïteit van de onderneming zo min mogelijk te belemmeren met de heffing van belasting.

Opgemerkt dient te worden dat er in de literatuur zowel voor- als tegenstanders van dit 'continuïteitsargument' zijn. Hoogveen stelt bijvoorbeeld dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat afrekening bij overlijden daadwerkelijk tot continuïteitsproblemen van de onderneming leidt.⁸ Ik zal in deze scriptie in het midden laten wat het waarheidsgehalte van dit 'continuïteitsargument' is en ik zal aansluiten bij de ratio van de faciliteit zoals deze in de parlementaire geschiedenis wordt

4. H. van Mens & M. Bouallouch, "De ondernemende familie", Instituut voor Nationale en Internationale Estate Planning (INIEP), Utrecht: Kluwer 2004, p. 109 en 136.
5. Europese Commissie, "Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen", nr. 94/1069/EG, p. 1.
6. European Commission, "Final Report of the Expert Group on the Transfer of Small and Medium-sized Enterprises", Brussel mei 2002.
7. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1997-1998, 25 688, nr. 3, p. 7. Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1962-1963, 5380, nr. 19, p. 38, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 31 930, nr. 40, p. 46, "Rapport Fiscale maatregelen ten bate van het midden- en kleinbedrijf", Brief van 16 september 1983, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1982-1983, 17 553, nr. 17 en P. Kavelaars, "Wetsvoorstel uitbreiding ondernemingsvrijstelling in de vermogensbelasting", *WFR* 1985/553.
8. M.J. Hoogveen, "Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving", Fiscaal Wetenschappelijke reeks, Den Haag: Sdu uitgevers 2011, p. 363.

genoemd. Een voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis over de ratio van de BOF is bijvoorbeeld de volgende overweging:⁹

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

In een later jaar is het doel van de faciliteit in de parlementaire stukken nogmaals doeltreffend herhaald in de volgende overweging:¹⁰

Bedrijven hebben diverse malen in mijn richting, maar ook in de media aangegeven dat dit (KD: het afrekenen van successiebelasting over toekomstig te behalen winsten) echt tot problemen leidt. Ik hoor soms ook van individuele gevallen waarbij zich problemen voordoen. Er ontstaan dan problemen omdat het bedrijf (...) volstrekt onvoldoende liquiditeiten heeft om de successiebelasting te betalen. Het kabinet vindt dat onwenselijk.

Signalering van deze problematiek heeft ertoe geleid dat er per 1 januari 1997 faciliteiten in de SW 1956 zijn ingevoerd teneinde deze financiële problemen te voorkomen. Later zijn de faciliteiten enkele keren verruimd.^{11,12}

2.1.2 De systematiek van de Nederlandse faciliteit

Hoofdregeel van de BOF is dat indien in het kader van een reële bedrijfsopvolging krachtens erfrecht of schenking ondernemingsvermogen wordt verkregen, aan de

9. Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 688, nr. 3, p. 2.

10. Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 31 930, nr. 40, p. 46.

11. Wet van 18 december 1997, houdende wijziging van enkele belastingwetten c.a. 1998 (fiscale structuurversterking), *Stb* 1997, 731. Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2000-2001, 27 789, nr. 9, p. 1. Zie tevens *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 28 015, nr. 3, p. 2-4.

12. Voor verdere informatie met betrekking tot de totstandkoming- en wijziging van de systematiek van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 verwijs ik naar hoofdstuk 9 van M.J. Hoogeveen, "Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving", *Fiscaal Wettenschappelijke reeks*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2011.

verkrijger, op verzoek, een voorwaardelijke vrijstelling wordt verleend. Het amendement van Cramer, Tang en Omtzigt¹³ heeft uiteindelijk geresulteerd in de vrijstelling van art. 35b SW 1956 die uit twee delen bestaat. De faciliteit houdt in dat:

- I. 100% van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming tot een bepaalde drempel wordt vrijgesteld (art. 35b SW 1956); en
- II. voor zover het verkregen ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming het drempelbedrag overschrijdt, hier slechts voor 83% een voorwaardelijke vrijstelling voor zal bestaan.

Het eerste deel betreft de 100%-vrijstelling, welke inhoudt dat verkregen ondernemingsvermogen tot een maximumbedrag van € 1.071.987 (cijfer 2018) wordt vrijgesteld van de heffing van belasting. Deze vrijstelling is gerelateerd aan de waarde die wordt verkregen in de achterliggende objectieve onderneming.¹⁴ Indien de verkregen achterliggende onderneming, of een deel daarvan, meer waard is dan dit drempelbedrag, zal over het overige bedrag een voorwaardelijke vrijstelling van 83% worden verleend. Dit is het tweede deel van de vrijstelling. De vaststelling van de waarde van de achterliggende objectieve onderneming is dus van belang voor de hoogte van de verschuldigde belasting. Deze systematiek wordt in de literatuur als lastig bestempeld.¹⁵ In het kader van de gelijkheid van behandeling wordt gepoogd zowel geen onderscheid te maken tussen de verkrijging van direct en indirect gehouden aandelen in een actief lichaam als tussen de verkrijging van een IB-onderneming en van aanmerkelijkbelangaandelen.¹⁶

2.1.3 De voorwaarden van de Nederlandse faciliteit

De ratio van de BOF is de faciëring van alle reële bedrijfsopvolgingen. Om ervoor te zorgen dat slechts reële bedrijfsopvolgingen gefacilieerd worden zijn er enkele voorwaarden gesteld waaraan voldaan dient te worden. De codificatie hiervan is terug te vinden in art. 35b lid 5 SW 1956, op grond waarvan vereist wordt dat sprake is van:

- I. de verkrijging van ondernemingsvermogen;
- II. het voldoen aan de bezitstermijn; en
- III. het voldoen aan het voortzettingsvereiste.

In de volgende paragrafen zullen de vereisten dat sprake dient te zijn van ondernemingsvermogen, de bezitstermijn en het voortzettingsvereiste uiteengezet en nader toegelicht worden.

13. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008-2009, 31 930, nr. 79, p. 2.

14. A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, "De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)", *WFR* 2016/183, p. 1.

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

16. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 47.

2.1.3.1 De objectieve onderneming

Om misbruik van de faciliteit te voorkomen, wordt voor de verlening van de 100%-vrijstelling aangeknoopt bij de objectieve onderneming, en wordt deze ruime faciliteit niet verleend voor iedere verkrijging van ondernemingsvermogen. Een onderneming wordt ook wel omschreven als:

- I. een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid;
- II. die deelneemt aan het maatschappelijke verkeer; en
- III. met het oogmerk om winst te behalen.¹⁷

Indien meer wordt verkregen dan het maximumbedrag van de 100%-vrijstelling, in een of meerdere keren, zal over het meerdere niet de 100%-vrijstelling worden verleend maar een vrijstelling van 83%. Het doel van het beperken van de 100%-vrijstelling tot een maximumbedrag en tot de objectieve onderneming is om te voorkomen dat belastingplichtigen keer op keer kleine delen van de onderneming schenken, wat dan steeds onder de 100%-vrijstelling belastingvrij over zou kunnen gaan. Het vermogen dat tot de objectieve onderneming behoort is derhalve van cruciaal belang voor de verlening van de 100%-vrijstelling.¹⁸ Naast het geval dat de gehele objectieve onderneming aan één persoon over wordt gedragen, bestaat uiteraard ook het geval dat personen een deel van de objectieve onderneming verkrijgen. De mate waarin de verkrijger recht heeft op de waarde van de objectieve onderneming is in dat geval van belang voor het vaststellen van de omvang van de vrijstelling.

Aangezien de SW 1956 geen fictiebepaling kent op grond waarvan een lichaam wordt geacht met haar gehele vermogen een onderneming te drijven, zoals art. 2 lid 5 Wet Vpb 1969, dient vervolgens vastgesteld te worden welk vermogen precies toerekenbaar is aan de onderneming. In de SW 1956 wordt rechtsvormneutraliteit beoogd waardoor – onder andere – voor het begrip ondernemingsvermogen wordt aangesloten bij de Wet IB 2001.¹⁹ Een gevolg dat hieruit voortvloeit, is dat de spelregels van vermogensetikettering van belang zijn voor de vaststelling van de omvang van de objectieve onderneming.²⁰ De wetgever heeft gepoogd een nadere concretisering van hetgeen ‘de objectieve onderneming’ precies behelst te codificeren in art. 35c SW 1956.²¹ Art. 35c SW 1956 somt een aantal verschillende vormen van kwalificerend ondernemingsvermogen op waar de BOF op toegepast kan worden, te weten:

- I. een (gedeelte van een) onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001;
- II. een (gedeelte van een) medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 sub a Wet IB 2001;

17. M.L.M. van Kempen, “Cursus Belastingrecht”, IB.3.2.2.A.a.

18. A.M.A. de Beer & M.J. Hoozeveer, “De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)”, *WFR* 2016/183, p. 3.

19. A. de Haan, “Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel”, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 18.

20. E.P. Hageman FB e.a., “De herziene Successiewet 1956”, Deventer: Kluwer 2010, p. 121.

21. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 41.