



## **Advies Netwerk Notarissen**

### **Internetconsultatie Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025**

#### vooraf

Met dit advies reageert Netwerk Notarissen op de internetconsultatie met betrekking tot de Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025. Netwerk Notarissen staat positief tegenover de wens van het kabinet om de BOR en de DSR eenvoudiger en robuuster te maken. In deze reactie gaan we in op een aantal onderdelen uit het wetsvoorstel en formuleren we, vanuit onze ervaringen in de notariële praktijk, een advies met aanbevelingen om te verwerken in het wetsvoorstel.

Deze internetconsultatie gaat over het wijzigen van art. 4.17a, 4.17b en 4.17c Wet inkomstenbelasting 2001 en art. 35b en 35c Successiewet 1956. Op grond van de aanmerkelijkbelangregeling zijn de voordelen die worden behaald bij de (fictieve) vervreemding van het aanmerkelijk belang belast met inkomstenbelasting bij de aanmerkelijkbelanghouder. Onder voorwaarden geldt hiervoor een uitzondering in de situatie van de overgang op grond van het schenkingsrecht of erfrecht. In dat geval kan op verzoek de verkrijgingsprijs van de schenker respectievelijk erflater worden doorgeschoven, voor zover sprake is van ondernemingsvermogen. Voor zover bij het lichaam sprake is van beleggingsvermogen moet hierover worden afgerekend, met dien verstande dat voor het beleggingsvermogen tot 1 januari 2025 een doelmatigheidsmarge geldt van 5% van het ondernemingsvermogen. Ook in het geval van een verkoop tegen een lagere prijs dan de waarde in het economische verkeer, waarbij sprake is van een gift, kan de verkrijgingsprijs van de schenker geheel of gedeeltelijk worden doorgeschoven. Op grond van de Successiewet 1956 is een verkrijging op grond van het schenkingsrecht of erfrecht van een (fictief) in Nederland woonachtige schenker respectievelijk erflater belast met schenk- of erfbelasting. Voor deze wet wordt een gift als schenking aangemerkt. Onder voorwaarden kan op verzoek een vrijstelling worden verkregen voor het ondernemingsvermogen dat wordt verkregen van een ondernemer of een aanmerkelijkbelanghouder. Deze voorwaarden zien onder meer op de bezits- en voortzettingseis. Op grond van de bezitseis moet de erflater de onderneming minstens één jaar voor zijn overlijden hebben gedreven, of moet hij gerechtigd zijn tot het aanmerkelijk belang en moet het lichaam waarin het aanmerkelijk belang wordt gehouden de onderneming drijven. Voor de schenker geldt een bezitseis van vijf jaar. Op grond van de voortzettingseis moet de verkrijger de onderneming minstens vijf jaar na de verkrijging behouden, of moet hij gedurende die periode gerechtigd blijven tot het aanmerkelijk belang en moet het lichaam waarin het aanmerkelijk belang wordt gehouden de onderneming blijven drijven.

#### het wetsvoorstel

Dit conceptwetsvoorstel wordt onderdeel van het Belastingplan 2025 en volgt op de eerdere aankondiging van het kabinet om de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting (BOR) en de doorschuifregeling voor aanmerkelijk belang in box 2 van de inkomstenbelasting (DSR) verder te wijzigen. In het voorstel zijn versoepelingen en beperkingen opgenomen.

#### gevolgen voor de notariële praktijk

In het concept wetsvoorstel zijn enige versoepelingen opgenomen met betrekking tot de bezitseis. Netwerk Notarissen zou graag zien dat voorafgaand aan het indienen van het wetsvoorstel aandacht wordt besteed aan de volgende aspecten. In het rapport 'De bedrijfsopvolgingsregeling gewikt en gewogen', dat in september 2022 is gepubliceerd, zijn sommige van deze aspecten eerder onder de aandacht gebracht.

1. Voor de inkomstenbelasting zijn beide echtgenoten aanmerkelijkbelanghouders, als het aanmerkelijk belang in de huwelijksgemeenschap valt. Dit geldt ook voor geregistreerde

partners als sprake is van een gemeenschap. Doorgaans laten ondernemers en aanmerkelijkbelanghouders huwelijkse voorwaarden maken, waarbij iedere gemeenschap van goederen wordt uitgesloten ter bescherming van de niet-ondernemende echtgenoot. Deze huwelijksvoorwaarden kunnen worden aangevuld met een periodiek en/of finaal verrekenbeding, zodat ook de niet-ondernemende echtgenoot kan delen in de vermogensontwikkeling van de ondernemende echtgenoot. Hoewel het bij een periodiek verrekenbeding de bedoeling is jaarlijks te verrekenen, vindt een dergelijke verrekening doorgaans pas plaats na het ontbinden van het huwelijk door echtscheiding of overlijden. Bij een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding vindt de verrekening plaats na het ontbinden van het huwelijk door echtscheiding en/of overlijden. Een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding wordt ook wel een 'alsof-beding' genoemd, omdat bij het ontbinden van het huwelijk wordt afgerekend alsof sprake is van de algehele gemeenschap van goederen. Overigens is het mogelijk de verrekenmassa, dus de samenstelling van de activa en passiva die moet worden verrekend, te beperken. Naast een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding, is het mogelijk het verrekenbeding eenzijdig of facultatief te maken. Onder omstandigheden kan de omvang van een vordering uit hoofde van een periodiek verrekenbeding identiek zijn aan de omvang van een vordering uit hoofde van een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding.

2. Als een aanmerkelijkbelanghouder trouwt in algehele gemeenschap van goederen, begint voor diens echtgenoot een nieuwe bezitstermijn. Als deze echtgenoot binnen een jaar na het huwelijk overlijdt, wordt niet voldaan aan de bezitsei van één jaar en hebben de erfgenamen geen recht op toepassing van de voorwaardelijke vrijstelling (BOR). Dit is ook niet het geval als op grond van de (quasi) wettelijke verdeling de langstlevende echtgenoot alle goederen en schulden van de nalatenschap verkrijgt. Dit is eveneens het geval als de huwelijkse voorwaarden, waarbij iedere gemeenschap van goederen was uitgesloten en een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding was opgenomen, binnen een jaar voor het overlijden van de echtgenoot van de aanmerkelijkbelanghouder is gewijzigd in de algehele gemeenschap van goederen. Hoewel voor toepassing van de Successiewet de Hoge Raad een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding heeft geduid als een economische goederengemeenschap (HR 27 juni 1990, nr. 26 596, BNB 1990/255), geldt die benadering niet voor de bedrijfsopvolgingsregeling. In art. 9 uitv.reg. S&E is enige versoepeling opgenomen voor de bezitsei van art. 35d SW 1956, maar niet voor de situatie dat het aanmerkelijk belang onder algemene titel is overgegaan en de echtgenoot binnen één jaar na het aangaan van het huwelijk of de wijziging van de huwelijks voorwaarde overlijdt. Wel is een versoepeling opgenomen in het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, Stcrt. 1 januari 2012, nr. 2175, in het geval de echtgenoot van een in de algehele gemeenschap van goederen gehuwde ondernemer overlijdt en in het geval de echtgenoot van de ondernemer of aanmerkelijkbelanghouder overlijdt en sprake is van een finaal verrekenbeding, mits de langstlevende de vordering op grond van de wettelijke verdeling verkrijgt. Overigens geldt deze versoepeling niet voor een vordering uit hoofde van een periodiek verrekenbeding, terwijl die dezelfde omvang kan hebben als een vordering op grond van een finaal verrekenbeding. Netwerk Notarissen vraagt zich af of een dergelijke goedkeuring niet ook in het (aangepaste) besluit zou moeten worden opgenomen. In art. 10 lid 7 Uitv.reg. S&E is wel een versoepeling opgenomen met betrekking tot de voortzettingsei van art. 35e SW 1956, voor het geval de verkrijger gedurende de voortzettingperiode huwt in de algemene gemeenschap van goederen. Een dergelijke regeling zou ook in art. 9 Uitv.reg. S&E kunnen worden opgenomen. Dat geldt ook voor de situatie dat als gevolg van een echtscheiding de huwelijksgoederengemeenschap wordt verdeeld en hierbij de ene echtgenoot het gehele aanmerkelijk belang heeft verkregen, zodat op dat moment een nieuwe bezitstermijn gaat lopen voor de helft van het aanmerkelijk belang.

Tijdens de parlementaire behandeling van de huidige bedrijfsopvolgingsregeling is gezegd dat deze ook van toepassing is op een fictieve verkrijging. Onder de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen van art. 1, lid 3 SW vallen de vorderingen op grond van een verplicht of facultatief eenzijdig finaal verrekenbeding en een facultatief wederkerig of eenzijdig finaal verrekenbeding. De echtgenoot die op grond van een dergelijk beding een vordering krijgt, verkrijgt echter geen kwalificerend ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsregeling, zodat op grond van de wet deze niet van toepassing is. Ook in het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, Stcrt. 1 januari 2012, nr. 2175 is hiervoor geen goedkeuring opgenomen. Een dergelijke vordering kan zien op het ondernemingsvermogen. Bijvoorbeeld bij aanvang van het huwelijk hebben de echtgenoten geen vermogen en bij het overlijden van de echtgenoot van de ondernemer of aanmerkelijkbelanghouder is het ondernemingsvermogen € 2 miljoen. Tijdens het huwelijk is het periodiek verrekenbeding niet uitgevoerd, zodat de nalatenschap op grond hiervan een vordering heeft op de langstlevende van € 1 miljoen. Deze vordering ziet geheel op het ondernemingsvermogen. Vice versa is dit eveneens het geval bij het overlijden van de ondernemer of aanmerkelijkbelanghouder. Hoewel de erfgenamen recht hebben op een voorwaardelijke vrijstelling van het ondernemingsvermogen van € 2 miljoen, bedraagt deze niet meer dan de omvang van de nalatenschap van € 1 miljoen (ondernemingsvermogen € 2 miljoen -/- verrekenschuld € 1 miljoen). Netwerk Notarissen zou graag zien dat wordt overwogen hiervoor een versoepeling op te nemen in het aan te passen besluit.

3. Met de wetswijziging per 2010 is ook voor de erflater de bezitseis opgenomen. In de praktijk zijn hierbij enige knelpunten vastgesteld voor:
  - de fictief erfrechtelijke verkrijging, zoals art. 10 en 12 SW 1956
  - onder tweetrapsregeling verkregen ondernemingsvermogen

#### *Art. 10 SW 1956*

Als de aanmerkelijkbelanghouder A zijn aandelen aan zijn kinderen schenkt onder voorbehoud van een levenslang recht van vruchtgebruik, kunnen zij op verzoek de BOR toepassen met betrekking tot de waarde van de blooteigendom van de aandelen. Als enkele jaren na de schenking A komt te overlijden, eindigt het vruchtgebruik van rechtswege en worden de kinderen vol eigenaar van de aandelen. Hoewel hierbij geen sprake is van een erfrechtelijke verkrijging, wordt door de werking van art. 10 SW de volle waarde van de aandelen (fictief) tot de nalatenschap gerekend. In die situatie is echter geen sprake van het krachtens erfrecht verkrijgen van kwalificerend ondernemingsvermogen van een erflater die voldoet aan de bezitseis, zodat de voorwaardelijke vrijstelling niet van toepassing lijkt. Naar doel en strekking van deze regeling meent Netwerk Notarissen dat dit wel het geval zou moeten zijn. Overigens komt op grond van art. 7 SW de verschuldigde schenkbelasting (verhoogd met 6% enkelvoudige rente) in mindering op de verschuldigde erfbelasting.

#### *Art. 12 SW 1956*

Als een schenker binnen 180 dagen na de schenking komt te overlijden, wordt door de werking van art. 12 SW het verkregen aanmerkelijk belang geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen. Op verzoek kan de begiftigde de BOR toepassen voor de schenkbelasting. Dat geldt echter niet bij de fictieve erfrechtelijke verkrijging van art. 12 SW 1956, aangezien een strikte toepassing van art. 35d SW 1956 een succesvol beroep hierop zou belemmeren, ook al zou aan alle andere vereisten hiervoor worden voldaan. In de artikelsgewijze toelichting bij art. 35d SW 1956 is opgenomen dat het kabinet het voornemen heeft art. 9 uitv.reg. S&E voor deze situatie uit te breiden. Netwerk Notarissen vraagt zich af of dit voornemen nog steeds bestaat.

#### *Onder tweetrapsmaking verkregen vermogen*

Bij een tweetrapsmaking verkrijgen zowel de bezwaarde als de verwachter onder algemene titel het kwalificerende ondernemingsvermogen van de erflater. Op verzoek kan zowel de bezwaarde als de verwachter de BOR toepassen voor de erfbelasting. Dat geldt echter niet als de bezwaarde niet-ondernemingsvermogen heeft verkregen van de erflater (insteller tweetrapsmaking) en dat vermogen omzet in ondernemingsvermogen, dat vervolgens bij het overlijden van de bezwaarde overgaat naar de verwachter. Zelfs als de bezwaarde langer dan één jaar voor zijn overlijden dat kwalificerende ondernemingsvermogen bezat, verhindert een strikte toepassing van art. 35d SW 1956 een succesvol beroep hierop, aangezien de erflater niet één jaar voor zijn overlijden aan de bezitsei heeft voldaan (zie brief staatssecretaris van Financiën van 23 juli 2018, nr. 2018-0000119906). Voor toepassing van de bezitsei in het geval van een tweetrapsmaking zou de wettelijke regeling aangepast moeten worden, zodat zowel naar de bezitsperiode van de insteller van de tweetrapsregeling als naar de bezitsperiode van de bezwaarde wordt gekeken voor de toets van één jaar.

4. De voortzettingstermijn van vijf jaar wordt voor verkrijgingen vanaf 1 januari 2025 verkort naar drie jaar. Als voor verkrijgingen die hebben plaatsgevonden voor 1 januari 2025, de voortzettingstermijn van vijf jaar blijft gehandhaafd en de verkrijger binnen die periode overlijdt, wordt de opvolgende verkrijger geacht in de plaats te treden van de oorspronkelijke verkrijger gedurende de resterende duur van de termijn van vijf jaar. Dit op grond van art. 10 lid 6, uitv.reg. S&E. De opvolgende verkrijger moet dus voor de resterende termijn van de oorspronkelijke verkrijger voldoen aan de termijn van vijf jaar. Daarnaast moet deze voldoen aan de eigen voortzettingstermijn van drie jaar in het geval van een verkrijging na 1 januari 2025. Zowel nu als in de toekomst kunnen dus twee verschillende termijnen naast elkaar lopen. Vanaf 1 januari 2025 zal sprake zijn van een termijn van vijf jaar naast een termijn van drie jaar. In het kader van de eenvoud adviseert Netwerk Notarissen voor beide een termijn van maximaal drie jaar.
5. De doorschuifregeling voor het aanmerkelijk belang geldt voor de overgang krachtens schenking of erfrecht van het directe belang dat de schenker of erflater houdt. Bij de overgang van het indirecte belang (ook wel onderlangse schenking genoemd), wordt de waarde van het indirecte belang als (verkapte) dividenduitkering in aanmerking genomen en is hiervoor geen doorschuifregeling mogelijk. Wel kan hiervoor gedurende hoogstens tien jaar op verzoek uitstel van betaling worden verkregen (art. 25 lid 11 Invorderingswet 1990). Bij de invoering van de huidige doorschuifregeling voor het aanmerkelijk belang is aangegeven dat de doorschuifregeling hiervoor niet geldt en dat bijvoorbeeld de holding waarin het directe belang wordt gehouden juridisch kan worden gesplitst, waarna de (af)gesplitste holding met deelneming met gebruikmaking van de doorschuifregeling kan worden geschonken. In dat kader kan bij splitsing met het oog op de bedrijfsopvolging geen sprake zijn van ontgaan of uitstellen van belastingheffing (Kamerstukken II 2009/10, 32.129, nr.8, p. 65). Deze 'verplichte' herstructurering vormt een knelpunt en zou opgelost kunnen worden door de doorschuifregeling ook van toepassing te laten zijn op een onderlangse schenking.

Utrecht, 17 mei 2024

Netwerk Notarissen

Lucienne van der Geld (directeur)

*Netwerk Notarissen is een organisatie van 150 notariskantoren in Nederland met bijna 600 juristen die samen een expertnetwerk vormen op notariële onderwerpen. Zij vormen ook samen een denktank voor de veranderende maatschappij.*