

2.1 Toegang beperken tot aandelen waarmee ondernemingsrisico wordt gelopen

Ons commentaar

De toegang tot de BOR en DSR ab wordt beperkt om het misbruikrisico te verkleinen en oneigenlijk gebruik van de BOR en de DSR ab te voorkomen. Ten eerste worden de faciliteiten beperkt tot uitsluitend de verkrijging van aandelen (dit begrip wordt opgenomen in de wettekst) en ten tweede moet de erflater of schenker, al dan niet tezamen met zijn partner, een aandelenbelang in de vennootschap hebben van ten minste 5% van het totaal geplaatste kapitaal (er wordt verwezen naar art. 4.6 aanhef onderdeel a Wet IB 2001). Dit betekent dat de volgende geschonken of vererfde belangen niet langer in aanmerking komen voor de BOR en DSR ab:

- een aanmerkelijk belang op grond van de meesleepregeling;
- een aanmerkelijk belang op grond van de meetrekregeling;
- een soort aanmerkelijk belang dat niet ten minste 5% van het totale geplaatst kapitaal vormt;
- een fictief aanmerkelijk belang;
- opties die kwalificeren als een aanmerkelijk belang;
- winstbewijzen die kwalificeren als een aanmerkelijk belang;
- lidmaatschapsrechten van een coöperatie;
- tracking stocks.

Deze beperking werkt door naar indirect gehouden aandelen. Het *aandelen*belang van de schenker of erflater in een via een holding gehouden werkmaatschappij moet dus ook ten minste 5% van het totaal geplaatste kapitaal omvatten.

Uitsluiting aandelenbelangen die minder dan 5% van het geplaatste kapitaal omvatten

De uitsluiting van kleine belangen voor toepassing van de BOR en DSR ab is een begrijpelijke beperking. Het is ook moeilijk verdedigbaar waarom de verkrijging van een beleggingsportefeuille in actieve beursgenoteerde vennootschappen met een waarde van € 1.000.000 volledig belast is met schenk- of erfbelasting en een summier box 2-belang in een familiebedrijf ter waarde van € 1.000.000 voor minimaal 83% (vanaf 1 januari 2025: 75%) is vrijgesteld van schenk- of erfbelasting.

Aandacht verdient wel dat als het summiere box 2-belang na 1 januari 2026 vererft of wordt geschonken, de schenker of erflater in box 2 wordt belast. Als de verkrijgingsprijs van het minimale belang of winstbewijs/lidmaatschapsrecht ter waarde van € 1.000.000 sinds jaar en dag is doorgeschoven en het nulpunt nadert, wordt de huidige generatie geconfronteerd met een heffing van 24,5%/33% inkomstenbelasting over de meerwaarde en de verkrijger met nog eens 10%/20% schenk- of erfbelasting. Bij toepassing van de toptarieven is € 464.000 aan belastingheffing verschuldigd. Er kan waarschijnlijk wel gebruik worden gemaakt van art. 4.12a Wet IB 2001, maar dat overlijdensdividend moet wel beschikbaar zijn in de onderneming. De afrekening ziet in dit geval immers niet op duurzaam overtollige (vrij-uitkeerbare) liquiditeiten, maar op ondernemingsvermogen. De houder van een dergelijk klein belang heeft in de regel geen invloed op een dividenduitkering.

Verder verdient opmerking dat deze voorgestelde beperking haaks staat op het op 26 oktober 2023 aangenomen amendement nr. 11 waarin de Tweede Kamer voor een verruiming voor kleine aandelenbelangen per 1 januari 2025 heeft gestemd, mits een familiegroep een belang houdt van ten minste 25%. In die situatie heeft elk geschonken of vererfde belang toegang tot de BOR ook al betreft het slechts één aandeel (zie onze kritische aantekeningen over dit amendement en de berichtgeving daarover in *V-N* 2023/50.29, *V-N* 2023/59.2 en *V-N* 2024/18.12). De vraag is dan ook of de wetswijziging die het amendement voorstelt per 1 januari 2025 in werking zal treden of voor die tijd alsnog zal worden ingetrokken.

Uitsluiting tracking stocks

Onverwacht is de uitsluiting van aandelen die een bijzondere gerechtigheid kennen met betrekking tot een of meerdere vermogensbestanddelen of activiteiten, ofwel de tracking stocks.

In het conceptwetsvoorstel is vooral aandacht voor de misbruiksituaties. Het misbruik heeft echter niet te maken met het type aandeel, maar met de toerekeningswijze van het vermogen aan de desbetreffende aandelen. Op dit moment is het algemene uitgangspunt dat het beleggings- en ondernemingsvermogen naar rato van de waarde van het geschonken of vererfde belang worden toegerekend. Het is daarbij niet relevant of het totaal geplaatst aandelenkapitaal bestaat uit gewone aandelen, uit letteraandelen, uit preferente/gewone aandelen en dus ook niet of tracking stocks zijn uitgegeven. Deze laatste hebben echter een dergelijk specifiek karakter dat een andere toerekening gerechtvaardigd is. Onzes inziens moet het tegengaan van het misbruik niet plaatsvinden door tracking stock uit te sluiten, maar door een uitzondering te maken op de toerekening van het vermogen. De noodzaak voor deze andere benadering blijkt uit de artikelsgewijze toelichting. Wij citeren: *“Bedacht moet worden dat als bepaalde aandelen in een vennootschap tracking stocks zijn, de andere aandelen in de vennootschap dat per definitie ook zijn.”* Stel: een vennootschap heeft twee aandelen, A en B. Aandeel A geeft slechts recht geeft op het beleggingsvermogen. Het gevolg is dat aandeel B uitsluitend recht geeft op het ondernemingsvermogen. Daarmee is zowel aandeel A als B een tracking stock en kwalificeert ook het aandeel B, dat recht geeft op ondernemingsvermogen, niet voor de DSR ab en de BOR. Dat lijkt ons haaks te staan op het principe van de DSR ab en de BOR.

Actieve ondernemingen waarin tracking stocks onderdeel van de structuur zijn, zullen aangepast gaan worden. Een juridische splitsing ligt dan het meest voor de hand. Er wordt nagedacht over een overgangsregeling die erin voorziet dat de bezitsperiode van de tracking stocks en de bezitsperiode van de gewone aandelen in de (af)gesplitste vennootschap bij elkaar mogen worden geteld voor de toets aan de bezitseijs als de (af)splitsing uiterlijk 31 december 2027 heeft plaatsgevonden.

Welke bijzondere en/of kleine belangen blijven wel kwalificeren voor de BOR en DSR ab?

Preferente aandelen die zijn uitgegeven in het kader van een bedrijfsopvolging blijven onder voorwaarden kwalificeren. Wel vindt ook ten aanzien van deze aandelen een beperking plaats. Slechts de aandelen die op het moment van omvorming ten minste 5% van het totaal geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, kunnen worden omgevormd tot preferente aandelen met latere toepassing van de BOR en de DSR ab. Hetzelfde gaat gelden voor indirect gehouden preferente aandelen. Voor zover wij kunnen opmaken uit de tekst komt er geen overgangsregeling voor per 1 januari 2026 reeds bestaande preferente aandelen die zijn gevormd door omzetting van gewone aandelen met een kleiner belang dan 5% van het totaal geplaatste kapitaal.

Ook een vruchtgebruik of bloot eigendom van gewone aandelen blijft kwalificeren voor de BOR en DSR ab, mits deze betrekking heeft op een aandelenbelang in de vennootschap van ten minste 5% van het totaal geplaatste kapitaal. Als het vruchtgebruik of bloot eigendom betrekking heeft op een kleiner belang of op bijvoorbeeld winstbewijzen, kwalificeert dit niet voor de BOR en DSR ab vanaf 1 januari 2026.

De verwateringsregeling van art. 4.17a lid 5 onderdeel b Wet IB 2001 en art. 35c lid 5 onderdeel b SW 1956 blijft bestaan. Kleine indirecte belangen die zijn verwaterd als gevolg van schenking, vererving of huwelijksvermogensrecht kunnen onder voorwaarden dus nog steeds in aanmerking komen voor de BOR en DSR ab. De toepassing wordt beperkt tot verwaterde *aandelen*belangen die geen bijzondere gerechtigheid kennen. Wat ons betreft vervalt de tegemoetkoming voor verwaterde belangen in zijn geheel en kwalificeert slechts een aandelenbelang van 5% of meer.

Preferente aandelen

Op dit moment zijn preferente aandelen niet als zodanig gedefinieerd. In de praktijk is gebleken dat een aandeel niet als preferent wordt beschouwd als het aandeel, kort gezegd, gerechtigd is tot de winst en tot liquidatie-uitkeringen. Anders dan in de concept-memorie van toelichting wordt gesuggereerd, hebben wij niet de indruk dat hierover in de praktijk veel onzekerheid bestaat. Hier lijkt een oplossing te worden gezocht voor een niet bestaand probleem. Een oplossing die bovendien de toegang tot de DSR ab en de BOR fors beperkt. Uit de voorbeelden van de artikelsgewijze toelichting blijkt de ware aard van de voorgestelde aanpassing. Als een aandeel voor een deel van het gestorte kapitaal voorrang heeft op de winst of op een liquidatie-uitkering en deze voorrang wezenlijk is, is sprake van een preferent aandeel. Wat onder wezenlijk wordt verstaan is onduidelijk. Dit begrip is onbekend in het fiscale jargon. In de voorbeelden worden twee uitersten genoemd. Voorbeeld 1: een vennootschap heeft twee aandelen, A en B, met ieder een gestort kapitaal van € 100.000. De aandelen A hebben bovendien een statutaire agioreserve van € 1 mln. waarover een primair dividend van 5% wordt vergoed. Dit is volgens de toelichting een wezenlijke voorrang. Anders ligt het als het gestorte kapitaal in beide gevallen € 100.000 is en de agioreserve slechts € 1000. Dat het begrip 'wezenlijk' tot vele discussies gaat leiden staat voor ons wel vast.

In de praktijk is het volstrekt gebruikelijk dat een aandeelhouder die agio heeft gestort op zijn aandelen statutair bij voorrang recht heeft op een primair dividend over het als agio gestorte kapitaal en vervolgens naar rato meedeelt in de overwinst. Een dergelijk bonafide geval leidt er in het voorstel toe dat de DSR ab en de BOR niet van toepassing (kunnen) zijn. Wat ons betreft is er ten aanzien van dit onderdeel in het wetsvoorstel sprake van overkill.

Opmerkelijk is nog dat de wettekst waarin preferente aandelen in de Wet IB 2001 worden gedefinieerd, afwijkt van de wettekst in de Successiewet 1956. De zinsnede: "Indien aandelen slechts voor een deel van het gestorte kapitaal voorrang kennen, is enkel sprake van preferente aandelen als de voorrang wezenlijk is ten opzichte van het deel van het gestorte kapitaal van die aandelen dat geen voorrang kent." ontbreekt in de Successiewet 1956. Dit lijkt een omissie die in het definitieve wetsvoorstel hersteld moet worden.

2.2 Versoepeling van de bezits- en de voortzettingseis in de BOR

Ons commentaar

Ondernemers ervaren de bezits- en voortzettingstermijn als een BOR-klem van tien jaren bij schenken en van zes jaren bij overlijden. Overnames, fusies, splitsingen en wijziging van activiteiten die in het kader van de continuïteit van de onderneming tijdens deze periode plaatsvinden, helpen de BOR in veel situaties om zeep. De kerngedachte van de BOR is juist de continuïteit van de bestaande onderneming te waarborgen. Daarom is het wenselijk dat er bij reële bedrijfsopvolgingen meer ruimte komt voor ondernemerschap en worden versoepelingen van de bezits- en de voortzettingseis voorgesteld.

Deze versoepeling van de bezits- en voortzettingseis bestaat uit de volgende elementen:

1. De uitkomsten van de 29 mei-arresten worden gerespecteerd;
2. Herstructureringen in de bezitstermijn worden vergemakkelijkt;
3. Invoering van een faciliteit in geval van overheidsingrijpen tijdens de bezitsperiode;
4. Verkorting van de voortzettingstermijn van vijf jaar naar drie jaar;
5. Herstructureringen in de voortzettingstermijn worden vergemakkelijkt.

De term 'versoepeling' is overigens misleidend. Er komen enkele versoepelingen, maar in de kern wordt de toepassing beperkt door vanaf 1 januari 2026 wettelijk aan te sluiten bij de subjectieve gerechtigdheid tot de objectieve onderneming. Ook kunnen enkele opmerkingen in het concept-algemeen deel behoorlijk nadelig uitwerken bij de toepassing van de versoepelingen.

2.2.1. De uitkomsten van de 29 mei-arresten van de Hoge Raad respecteren; geen wetsaanpassing

Ons commentaar

Zoals verwacht wordt de toepassing van de bezitstermijn aangescherpt. Het uitgangspunt voor de nieuwe bezitstermijn is, dat:

- voor de uitbreiding van de objectieve onderneming *geen* afzonderlijke bezitstermijn gaat lopen, en
- voor de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid tot de totale objectieve onderneming *wel* een afzonderlijke bezitstermijn gaat lopen.

Uitbreiding objectieve onderneming

Het consultatiedocument gaat kort in op de 29 mei-arresten (HR 29 mei 2020, 19/01680, *BNB* 2021/1, *V-N* 2020/26.13 (activa/passiva-transactie) en HR 29 mei 2020, 19/00189, *BNB* 2021/2, *V-N* 2020/26.12 (aanschaf deelnemingen)). Er zijn volgens het consultatiedocument drie opties om de arresten te verwerken in de toepassing van de bezitstermijn:

1. de uitkomsten van deze arresten respecteren,
2. bij fictie een 100% deelneming altijd aanmerken als een nieuwe onderneming, of
3. bij fictie een 100%-deelneming altijd aanmerken als opgaan in de bestaande onderneming.

Alles afwegende wordt ervoor gekozen de benadering van de 29-mei arresten te volgen. Dit betekent dat voor de uitbreiding van de objectieve onderneming geen afzonderlijke bezitstermijn zal gaan lopen, mits de uitbreiding opgaat in de totale onderneming. Maar let op het addertje waar wij in de inleiding van onderdeel 2.2 op wezen. Het consultatiedocument gaat ervanuit dat alleen bij een activa/passiva-transactie sprake kan zijn van een 'opgaan-in'. Er staat:

“Van ‘opgaan in’ zal in de meeste gevallen sprake zijn bij aankoop van activa en passiva, dit komt in de praktijk niet vaak voor. Daarnaast kan het ook spelen bij aankoop van aandelen in een vennootschap, maar daarvoor geldt dat gezien de juridische huls ‘opgaan in’ zelden het geval is. Wel is in de weinige gevallen dat dit zich voordoet, deze beoordeling complex.”

De aangekondigde versoepeling werkt in deze situatie wel zeer beperkt uit. Veel overnames vinden plaats door aankoop van een deelneming met activiteiten en worden juist niet vormgegeven als een losse activa/passiva-transactie. Als we de geciteerde passage goed begrijpen, gaat bij de aankoop van een deelneming een nieuwe termijn lopen. Dat is naar onze mening een onjuiste uitleg. Voor de BOR wordt in art. 35c lid 5 SW 1956 geregeld dat de bezittingen en schulden van deelnemingen waarin de schenker of erflater een indirect aanmerkelijk of verwaterd belang bezit, naar rato van dat belang worden toegerekend aan de vennootschap waarvan de aandelen geschonken worden. Door de toerekening kunnen de bezittingen en schulden van een werkmaatschappij opgaan in de reeds gedreven onderneming, ondanks dat deze in de structuur zijn ondergebracht in een afzonderlijke entiteit. Het 'opgaan in'-criterium wordt pas getoetst na toerekening. Onze ervaring uit de praktijk is dat de Belastingdienst het 'opgaan in'-criterium ook op deze manier toetst bij de aankoop van (nieuwe) deelnemingen die een uitbreiding vormen van de reeds gedreven objectieve onderneming. Zie ook de uitspraak van Rechtbank Gelderland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4543, *V-N* 2023/41.2.4. Binnen de bezitstermijn had de Holding een nieuwe deelneming aangekocht en belangen in reeds bestaande deelnemingen uitgebreid. Tussen de Belastingdienst en belastingplichtige was de bezitstermijn voor de nieuw aangekochte deelneming niet in geschil. Partijen waren het erover eens dat deze was opgegaan in de reeds gedreven onderneming. De uitbreiding van een belang in een reeds gehouden deelneming was wel onderwerp van geschil. De rechtbank oordeelde dat de uitbreiding van een belang in bestaande deelnemingen wel kwalificeerde voor de BOR. Dit in tegenstelling tot een latere uitspraak van Rechtbank Zeeland-West Brabant, die oordeelde

dat een uitbreiding van het belang in een deelneming niet kwalificeerde voor de BOR (Rb. Zeeland-West-Brabant 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWE:2023:7419), omdat de uitbreiding geen wijziging bracht in de totale objectieve onderneming, maar slechts de subjectieve gerechtigdheid daartoe vergrootte.

Uitbreiding subjectieve gerechtigdheid (tot de objectieve onderneming)

Aan art. 35d SW 1956 wordt toegevoegd, dat als een toename van het belang van de erflater of schenker in de onderneming tijdens de bezitsperiode heeft plaatsgevonden, voor dat deel niet is voldaan aan de bezitseis. Deze aanscherping vloeit volgens de toelichting voort uit het *Horen-en Zien*-arrest (HR 21 april 2023, 21/04462, BNB 2023/97, V-N 2023/19.6). In het consultatiedocument wordt opgemerkt dat de Hoge Raad in dit arrest de subjectieve gerechtigdheid tot de objectieve onderneming als ijkpunt zou hanteren bij de toepassing van de bezitseis. Hierbij plaatsen wij een kritische kanttekening. De Hoge Raad heeft het verwijzingshof Arnhem-Leeuwarden (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2024, 23/1408, ECLI:NL:GHARL:2024/1864) met een kluitje het riet ingestuurd waardoor het hof de cryptische verwijzingsopdracht zelf heeft moeten invullen (zie r.o. 4.1 en 4.2). Dat de slotzin een codificatie is van het *Horen-en-Zien*-arrest, achten wij daarom zeer de vraag. Het *Horen-en Zien*-arrest is allerm minst duidelijk en zou wat dat betreft beter als *Horen- Zien en Zwijgen* (van de Hoge Raad)-arrest kunnen worden aangeduid.

Desalniettemin vinden wij deze wijziging in de bezitseis een juiste aanpassing, omdat hierdoor een uitbreiding van het direct gehouden aandelenbelang gelijk wordt behandeld als een uitbreiding van een indirect gehouden aandelenbelang. Wel dienen naar onze mening enkele uitzonderingen op de hoofdregel te worden gemaakt, namelijk in situaties waarin sprake is van herstructureringen die met het oog op de continuïteit van de onderneming worden gedaan en waarbij geen privé- of beleggingsvermogen wordt omgezet in ondernemingsvermogen. Wij denken hierbij onder andere aan:

- Aanwending van een overnamekas voor de uitbreiding van een belang in een reeds tot de objectieve onderneming behorende deelneming. In deze situatie is en blijft sprake van ondernemingsvermogen dat tot dezelfde objectieve onderneming behoort.
- Inkoop van aandelen bij een derde waarbij de gerechtigdheid van de schenker of erflater toeneemt en waarbij de inkoop wordt gefinancierd door een externe financiering of schuldig wordt gebleven
- Situaties zoals het *Horen-en-Zien*-arrest, waarin gedurende meer dan vijf jaren voorafgaande aan de schenking of een jaar voorafgaande aan het overlijden meerdere objectieve ondernemingen worden gedreven en als gevolg van een ruziesplitsing aandeelhouders een of meerdere eigen objectieve ondernemingen volledig voor eigen rekening voortzetten. Voor de uitbreiding naar 100% zou geen nieuwe bezitstermijn moeten gaan lopen. Dit is anders als een van de ondernemingen minder dan vijf jaren wordt gedreven of als liquiditeiten vrijkomen.

In deze situaties is namelijk geen sprake van misbruik en zou de verscherping van de bezitseis juist de continuïteit van onderneming belemmeren.

2.2.3 Herstructureringen bezitsperiode

Ons commentaar

De voorgenomen versoepelingen leiden ertoe dat voor zover bij een herstructurering de economische gerechtigdheid tot de over te dragen onderneming op zowel direct als indirect niveau niet wijzigt, er voor de erflater/schenker geen nieuwe bezitstermijn aanvangt. In een situatie waarin een enig aandeelhouder aandelen omvormt, uitgeeft of inkoop tijdens de bezitsperiode, zal dat geen probleem voor de bezitseis meer opleveren. Bij meerdere aandeelhouders zijn er in de bezitsperiode evenmin gevolgen, mits de onderlinge

gerechtigdheid tot de onderneming hetzelfde blijft. Nu moet in dergelijke situaties expliciet om goedkeuring worden verzocht waarbij overigens de ervaring is dat deze in reële bedrijfsopvolgingen wordt verleend.

In het consultatiedocument wordt opgemerkt dat ook bij certificering en decertificering geen nieuwe bezitstermijn aanvangt als de aandelen en certificaten te vereenzelvigen zijn. Tot op heden is dit (nog steeds) niet gecodificeerd en ook dit consultatiewetsvoorstel voorziet hier niet in. In de praktijk blijkt certificering tijdens de bezitsperiode geen probleem, maar het is wenselijk dat dit in de wet of in de uitvoeringsregeling wordt vastgelegd. Ook een fiscaal niet gefaciliteerde (een zogenoemde ruisende) fusie of splitsing in de bezitstermijn wordt mogelijk zonder dat een nieuwe bezitstermijn aanvangt. Tevens wordt het mogelijk om een vennootschap waarin de schenker of erflater een direct belang heeft, te verkopen aan een andere vennootschap van de erflater/schenker. Onder de huidige regeling was dat niet toegestaan.

In de artikelsgewijze toelichting worden nog twee versoepelingen genoemd: de tweetrapsschenking en de fictieve verkrijging op grond van art. 12 SW 1956.

Tweetrapsschenking

Tweetrapsbepalingen kunnen worden opgenomen in schenkingsovereenkomsten en testamenten. De schenker/erflater kan daardoor - als het ware - meer dan een keer over het vermogen beschikken. In een testament is sprake van een making onder een ontbindende voorwaarde dat de erfgenaam/legataris (de bezwaarde) overlijdt en een daarbij aansluitende making onder opschortende volgens welke het vermaakte of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde aan een opvolgende erfgenaam/legataris (de verwachter) toekomt, indien deze het aangewezen tijdstip overleeft. In een schenkingsovereenkomst worden de ontbindende en opschortende voorwaarde gekoppeld aan het geschonkene.

Als de bezwaarde (de aandelen in) de onderneming verkrijgt, verkrijgt deze van de insteller. Bij de insteller wordt getoetst of is voldaan aan de bezitstermijn. Het knelpunt is dat bij de verkrijging door de verwachter wederom bij de insteller wordt getoetst of deze voldoet aan de bezitstermijn, terwijl het juist de bezwaarde is die de onderneming tot dat moment heeft gedreven. De voorgestelde versoepelingen in de Successiewet 1956 en/of Uitvoeringsregeling Schenk- en Erfbelasting dienen hierop aan te sluiten. Ons voorstel zou zijn dat als een verwachter ondernemingsvermogen verkrijgt uit hoofde van een tweetrapsmaking of tweetrapsschenking, bij de bezwaarde wordt getoetst of deze persoon heeft voldaan aan de bezitstermijn van vijf jaren (bij een verkrijging krachtens schenking) of één jaar (bij een (fictieve) verkrijging krachtens erfrecht). Voor voorbeelden in geval van schenking of vererving van ondernemingsvermogen wordt verwezen naar het artikel van J.J.J.M. Sturme en M.M.J. Schuurman-van Nifterik, 'Tweetrapsmaking en de BOR. Geen grip op het bezit van ondernemingsvermogen', *WPNR* 2024/7451.

Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen

Indien ondernemingsvermogen wordt geschonken kan de verkrijger – mits aan de voorwaarden is voldaan - de BOR toepassen. Als de schenker vervolgens binnen 180 dagen na de schenking komt te overlijden wordt de schenking alsnog als verkrijging krachtens erfrecht aangemerkt waardoor de verkrijger erfbelasting is verschuldigd. De erflater voldoet niet aan de bezitstermijn, omdat deze het ondernemingsvermogen reeds had geschonken. Op grond van de huidige regeling is de BOR dus niet van toepassing. Via art. 7 SW 1956 kan de schenkbelasting wel verrekend worden met de verschuldigde erfbelasting, maar bij de schenking is de BOR toegepast waardoor er weinig de verrekenen valt en de verkrijger dus alsnog over de volle waarde van de onderneming erfbelasting zal moeten betalen. Hiervoor komt een terechte tegemoetkoming.

In de Successiewet 1956 zijn echter nog meer ficties opgenomen waardoor ondernemingsvermogen als een fictieve erfrechtelijke verkrijging kan worden aangemerkt. Wij verwijzen voor een volledig overzicht naar het artikel van M.J. Hoogeveen, 'Fictieve verkrijgingen, de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de bezitseis', *WPNR* 2016/7104 (hierin worden genoemd art. 10, art. 11 lid 2 slot, art. 13a, art. 16, art. 17 en art. 17a SW 1956). Er zou naar onze mening ook gekeken moeten worden naar tegemoetkomingen in art. 9 Uitv.reg. S&E bij een verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens een van deze ficties.

2.2.4 Herstructureringsvoortzettingstermijn

Ons commentaar

Ook voor de voortzettingstermijn sluit het conceptwetsvoorstel aan bij de subjectieve gerechtigheid van de verkrijger tot de overgedragen onderneming. Bij een herstructurering tijdens de voortzettingstermijn mag deze niet afnemen. Bovendien mag de verkrijger bij een herstructurering tijdens de voortzettingstermijn geen contanten ontvangen. Er zullen nieuwe tegemoetkomingen worden opgenomen in de Uitvoeringsregeling Schenk- & Erfbelasting, die aan deze twee uitgangspunten voldoen. Het omzetten van aandelen in letteraandelen om een eigen dividendpolitiek te kunnen voeren, wordt daardoor mogelijk. Ook zullen ruisende fusies of splitsingen op indirect niveau niet langer aangemerkt worden als een handeling in strijd met het voortzettingstermijnvereiste.

Wij gaan ervan uit dat deze versoepelingen ook gelden voor bedrijfsopvolgingen die al voor 1 januari 2026 hebben plaatsgevonden. Dit wordt echter niet concreet benoemd.

2.2.5 Verkorting van de voortzettingstermijn van vijf jaren naar drie jaren

Ons commentaar

De voortzettingstermijn bedraagt op basis van de huidige wetgeving vijf jaren ongeacht of de onderneming is verkregen krachtens schenking of krachtens erfrecht. In het consultatiewetsvoorstel wordt de voortzettingstermijn verkort naar drie jaren, maar alleen voor verkrijgingen die zich voordoen ná 1 januari 2025.

Als een opvolging in 2025 plaatsvindt, kan de voortzetter vrij handelen in 2028, terwijl de verkrijger van ondernemingsvermogen in 2024, pas in 2029 vrij kan handelen. Wij begrijpen niet waarom 'oude' opvolgingen een langere periode aan de voortzettingstermijn moeten voldoen dan 'nieuwe' opvolgingen. De driejaarstermijn zou naar onze mening per 1 januari 2025 voor alle voortzetters kunnen en moeten gaan gelden van wie de voortzettingstermijn van vijf jaren nog niet is afgelopen. Op die manier worden onevenwichtige schokeffecten voorkomen. Een opvolger die in 2024 de onderneming heeft verkregen, kan dan (na ommekomst van drie jaren) in 2027 vrij handelen. De nieuwe driejaarstermijn zou dan ook gaan gelden voor opvolgers die in 2022 of 2023 hebben verkregen. Voor opvolgers die in 2020 of 2021 hebben verkregen, zou de voortzettingstermijn in ons voorstel eindigen per 1 januari 2025.

2.2.6 De per 1 januari 2024 ingevoerde faciliteit in geval van overheidsingrijpen tijdens de bezitsperiode

Ons commentaar

Ingeval een onderneming als gevolg van overheidsingrijpen wordt gestaakt, wordt de staking met ingang van 1 januari 2024 op grond van art. 9 lid 2 en 3 Uitv.reg. S&E niet aangemerkt als een handeling in strijd met het bezitstermijnvereiste. Omdat wordt betwijfeld of de delegatiegrondslag van art. 35d SW 1956 ruim genoeg is voor een dergelijke tegemoetkoming, wordt in art. 35d SW 1956 een afzonderlijke delegatiegrondslag voor overheidsingrijpen toegevoegd.

Wij pleiten ook nog voor een aanpassing van de uitvoeringsregeling ten aanzien van het

voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956. Als een onderneming failliet gaat leidt dat tot schrijvende situaties. De verkrijger is alsnog schenk- of erfbelasting verschuldigd over de waarde ten tijde van de verkrijging, maar de onderneming is failliet. Wat ons betreft eindigt het voortzettingsvereiste op dat moment zodat heffing van schenk- of erfbelasting achterwege blijft.

2.3. Tegengaan onbedoeld gebruik BOR op (zeer) hoge leeftijd

Ons commentaar

In art. 35d SW 1956 wordt een bepaling opgenomen die ervoor moet zorgen dat voor ondernemers die op hoge leeftijd overlijden of schenken een verlengde bezitstermijn geldt. Per jaar dat de erflater meer dan twee jaar ouder is dan de AOW-leeftijd, wordt de bezitstermijn verlengd met zes maanden. Voor de oudere schenker wordt de bezitstermijn verlengd met zes maanden voor ieder jaar dat de schenker op het moment van de schenking meer dan zes jaar ouder is dan de AOW-leeftijd.

In de toelichting wordt een voorbeeld genoemd van het starten van een onderneming op hoge leeftijd. Maar let op, het toepassingsbereik van deze antimisbruikbepalingen is algemeen geformuleerd. Deze regels gelden bijvoorbeeld ook als een schenker of erflater die al sinds jaar en dag een onderneming drijft zijn subjectieve gerechtigdheid uitbreidt. Wij noemen een voorbeeld uitgaande van een AOW-leeftijd van 67 jaar. Een 70-jarige potentiële erflater heeft een (in)direct aanmerkelijk belang van 50% in een BV en hij breidt dat belang uit naar 60%. Voor de extra 10% geldt een nieuwe verlengde bezitstermijn van 1,5 jaar. Koopt hij een jaar later weer 10% erbij, dan geldt hiervoor weer een afzonderlijke verlengde bezitstermijn van 2 jaar, enz. Wij hebben niet de indruk dat dit veel voorkomt in de praktijk en menen bovendien dat hier van een mug een olifant wordt gemaakt. De BOR is al complex en deze aanpassing is niet bepaald een vereenvoudiging. Bovendien is het de vraag of de regeling haar doel niet voorbijschiet in situaties waarin geen sprake is van misbruik. Hier zou op zijn minst een tegenbewijsregeling moeten gelden, al onderkennen wij dat een tegenbewijsregeling de regeling ook weer complexer maakt.

Tot slot denken wij dat er een gereede kans is dat deze maatregel als een vorm van ongeoorloofde leeftijdsdiscriminatie kan worden gezien.

2.4 Tegengaan onbedoeld gebruik door dubbel-BOR

Ons commentaar

Het komt voor dat een ouder zijn onderneming aan een kind schenkt, het kind na vijf jaar de onderneming verkoopt aan zijn ouder en die ouder de onderneming na vijf jaar weer schenkt aan zijn kind. Al met al is hier een tijdsbeslag van 20 jaar mee gemoeid (bezits- en voortzettingseis over de gehele periode). Het pijnpunt zit in het feit dat bij de (terug)koop door de ouder beleggingsvermogen onbelast bij het kind terecht komt. Dat dit ongewenst is, is voor ons zo klaar als een klontje.

Ook deze antimisbruikbepaling, die is opgenomen in het voorgestelde art. 35c lid 7 onderdeel d SW 1956, heeft overigens een veel ruimere werking dan de aanleiding voor het ontwerp daarvan. Als het kind de onderneming zelf is gestart, verkoopt aan zijn ouders en deze na vijf jaar geschonken krijgt, kan het kind geen beroep doen op de BOR tot het bedrag van de ontvangen koopsom. Alleen het meerdere komt in aanmerking van de BOR. Als de onderneming niet in waarde is gestegen, kan het kind géén beroep doen op de BOR. Het is dus niet relevant hoe de onderneming vanuit het kind in het vermogen van de schenker of erflater is genomen en of de onderneming al eerder door de schenker of erflater werd gedreven.

2.5 Overige maatregelen bestaande uit het salderen van de schuld bij ter beschikking gestelde onroerende zaken en wetstechnische verbeteringen

Ons commentaar

De BOR is onder voorwaarden van toepassing op een ter beschikking gesteld pand. Bij het bepalen van de waarde waarop de BOR van toepassing is, wordt thans ten onrechte een eventuele schuld niet meegenomen. Deze omissie wordt nu gecorrigeerd. Voorgesteld wordt de BOR toe te passen over het saldo van de waarde van het pand minus de op het pand betrekking hebbende schuld.