

# Knelpunten in de bedrijfsopvolgingsregelingen



MR. SABINE A.M. DE WIJKERSLOOTH-LHOËST EN PAUL-JOHAN SWANK LL.M.<sup>1</sup>

Met de verschillende doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001<sup>2</sup> en de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) in de Successiewet<sup>3</sup> (hierna gezamenlijk aangehaald als de bedrijfsopvolgingsregelingen) zijn diverse regelingen beschikbaar om belastingheffing bij een bedrijfsopvolging uit te stellen of te beperken. Als gevolg van verschillende wijzigingen van deze regelingen per 1 januari 2010 is het toepassingsbereik beperkt tot wat de staatssecretaris van Financiën noemt 'reële bedrijfsopvolgingen'.<sup>4</sup> In deze bijdrage lichten wij enkele wijzigingen toe aan de hand van casusposities waarvan het onduidelijk is in hoeverre de vernieuwde bedrijfsopvolgingsregelingen van toepassing zijn. Daarbij beperken wij ons tot de vererving of schenking van aandelen in een BV die bij de erfflater of schenker tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 van de Wet IB 2001<sup>5</sup> hebben behoord.

## 1. De bedrijfsopvolgingsregelingen per 1 januari 2010

### 1.1. Doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001

De vererving en schenking van aanmerkelijkbelangaandelen wordt voor de heffing van inkomstenbelasting als een (fictieve) vervreemding van die aandelen beschouwd. Een dergelijke vervreemding leidt in beginsel tot heffing van 25% inkomstenbelasting over de waarde in het economische verkeer van de aanmerkelijkbelangaandelen, verminderd met de verkrijgingsprijs van die aandelen. Op grond van de doorschuiffaciliteit werd deze inkomstenbelastingclaim tot 2010 ingeval van vererving van aanmerkelijkbelangaandelen doorgeschoven naar de verkrijgers.<sup>6</sup> Van afstel was overigens geen sprake, aangezien de claim alsnog moest worden voldaan indien de aandelen – anders dan door overlijden – door de verkrijger(s) daarvan werden vervreemd. De inkomstenbelastingclaim die verband houdt met de schenking van aanmerkelijkbelangaandelen kon tot 2010 niet worden doorgeschoven, maar mocht renteloos in tien jaarlijkse termijn worden voldaan.<sup>7</sup>

Per 1 januari 2010 is ook een doorschuiffaciliteit voor de schenking van aanmerkelijkbelangaandelen beschikbaar, vergelijkbaar met de (eveneens per die datum gewijzigde) doorschuiffaciliteit bij vererving van aanmerkelijkbelangaandelen. Beide faciliteiten kunnen op verzoek worden toegepast indien en voor zover de BV een materiële onderneming drijft, waarbij wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting.<sup>8</sup> De ondernemingseis is per 2010 in de wet opgenomen omdat volgens de staatssecretaris geen bedrijfseconomische reden bestaat om de belastingclaim bij vererving of schenking van aanmerkelijkbelangaandelen door te schuiven voor zover in de BV beleggingsvermogen aanwezig is.<sup>9</sup> Overigens geldt de doorschuiffaciliteit wel voor beleggingsvermogen tot maximaal vijf procent van de waarde van het ondernemingsvermogen.<sup>10</sup> Verder zijn de doorschuiffaciliteiten nog slechts van toepassing op vererving en schenking van preferente aandelen, indien deze in het kader van een 'gefaseerde bedrijfsoverdracht' zijn ontstaan.<sup>11</sup> Ingeval van schenking geldt ten slotte nog de extra voorwaarde dat de verkrijger gedurende 36 maanden voorafgaand aan de schenking bij de BV in dienstbetrekking moet zijn geweest.<sup>12</sup> Met al deze eisen tracht de wetgever te bewerkstelligen dat alleen nog de reële bedrijfsopvolgingen fiscaal worden gefaciliteerd.<sup>13</sup>

### 1.2. Bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet

Naast de heffing van inkomstenbelasting is in beginsel tevens erf- of schenkbelasting (tot 2010 successie- of schenkingsrechten) verschuldigd bij de vererving of schenking van aanmerkelijkbelangaandelen. Deze heffingen blijven onder voorwaarden (deels) achterwege door de toepassing van de BOR, welke per 2010 eveneens enkele wijzigingen heeft ondergaan.<sup>14</sup>

In tegenstelling tot de 'oude' doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 was de BOR ook voor 2010 in principe alleen van toepassing op ondernemingsvermogen en gold deze regeling zowel voor erfrechtelijke verkrijgingen als voor schenkingen.<sup>15</sup> Wat per 2010 wel gewijzigd

<sup>1</sup> Beide auteurs zijn werkzaam bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

<sup>2</sup> Art. 4.17 - 4.17c en 4.38 - 4.39c Wet IB 2001.

<sup>3</sup> Art. 35b - 35f Succ.w.

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3 en 6 (MvT) en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 7 (NV).

<sup>5</sup> Met uitzondering van art. 4.10 Wet IB 2001.

<sup>6</sup> Art. 4.17 lid 1 Wet IB 2001 (tekst 2009).

<sup>7</sup> Art. 25 lid 9 Inv.w. (tekst 2009).

<sup>8</sup> Zie art. 4.17a lid 1 onder a Wet IB 2001 voor de faciliteit bij overlijden en art. 4.17c lid 1 onder a Wet IB 2001 voor de faciliteit bij schenking.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3 (MvT).

<sup>10</sup> Art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 en art. 4.17c lid 3 Wet IB 2001.

<sup>11</sup> Art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 jo. art. 4.17c lid 3 Wet IB 2001 en Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 5 (MvT).

<sup>12</sup> Art. 4.17c lid 1 onder d Wet IB 2001.

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 5 (MvT).

<sup>14</sup> Art. 35b - 35c Succ.w. (tot 2010) en art. 35b - 35f Succ.w. (vanaf 2010).

<sup>15</sup> Art. 35b - 35c Succ.w. (tekst 2009).

is, is de hoogte van de vrijstelling. Voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.006.000 niet te boven gaat, geldt een vrijstelling van erf- en schenkbelasting van 100%. Voor het overige deel geldt een vrijstelling van 83% van het ondernemingsvermogen.<sup>16</sup> Tot 2010 was de vrijstelling voor het gehele ondernemingsvermogen 75%.<sup>17</sup> Ook de hiervoor genoemde beperking betreffende preferente aandelen is nieuw in de BOR.<sup>18</sup>

Opvallende verschillen met de doorschuif Faciliteiten uit de Wet IB 2001 zijn het ontbreken van de dienstbetrekkingsvoorwaarde bij schenking van aanmerkelijkbelangaandelen en de extra voorwaarden dat de erfflater of schenker ten minste één respectievelijk vijf jaren aanmerkelijkbelanghouder moet zijn geweest. Daarnaast moet de verkrijger gedurende vijf jaren aan het voortzettingsvereiste voldoen.<sup>19</sup> Hoewel het voor de hand had gelegen om volledige uniformiteit tussen alle bedrijfsopvolgingsregelingen aan te brengen, heeft de staatssecretaris opgemerkt dat er redenen kunnen zijn om af te wijken, zoals het verschil in de aard van de heffing of de aard van de faciliteiten.<sup>20</sup>

### 1.3. Knelpunten

In een aantal situaties is de vraag of (en zo ja, in hoeverre) de bedrijfsopvolgingsregelingen van toepassing zijn op grond van de per 2010 geldende regelgeving niet altijd even eenvoudig te beantwoorden. Hierna zullen wij enkele van deze situaties bespreken, waarbij het accent zal liggen op de toepassing van de BOR uit de Successiewet. Daarbij komen de volgende aspecten aan bod:

- de 100%-vrijstelling (paragraaf 2);
- de bezitseis (paragraaf 3);
- de voortzettingseis (paragraaf 4); en
- ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen (paragraaf 5).

## 2. De 100%-vrijstelling

### 2.1. Objectieve onderneming vs. materieel ondernemingsvermogen

Het vrijstellingsmechanisme van de BOR werkt als volgt. Voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming hoger is dan € 1.006.000 is het verschil tussen de liquida-

tiewaarde en de lagere waarde going concern onder toepassing van de BOR volledig vrijgesteld van erf- en schenkbelasting. Vervolgens is de waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft voor 100% vrijgesteld indien de waarde van dit ondernemingsvermogen € 1.006.000 niet te boven gaat (100%-vrijstelling). Indien de waarde van het ondernemingsvermogen meer dan € 1.006.000 bedraagt wordt de verkrijging van het overige deel voor 83% vrijgesteld.<sup>21</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat de 100%-vrijstelling in de BOR moet worden beoordeeld vanuit de waarde van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft. Tot 2010 was daarentegen de omvang van de verkrijging (de subjectieve onderneming) beslissend. Het is echter de subjectieve onderneming waarop de BOR – na vaststelling van de vrijstelling – wordt toegepast. De waarde van de objectieve onderneming moet worden beoordeeld vanuit de positie van de erfflater of schenker.<sup>22</sup>

Uit het voorgaande volgt dat voor de toepassing van de BOR verschillende ondernemingsbegrippen worden gehanteerd. De 100%-vrijstelling wordt immers per objectieve onderneming verleend, waarbij een objectieve onderneming kan bestaan uit materieel ondernemingsvermogen en/of beleggingsvermogen. Slechts de verkrijging van materieel ondernemingsvermogen en een beperkt deel van het beleggingsvermogen komt in aanmerking voor de toepassing van de BOR. Dat de 100%-vrijstelling per objectieve onderneming hoger kan zijn dan € 1.006.000 blijkt uit de volgende casuspositie.

### 2.2. Casus

De heren A en B bezitten beide 100% van de aandelen in een houdstermaatschappij (respectievelijk H1 BV en H2 BV). H1 BV en H2 BV bezitten beide 50% van de aandelen in X BV. X BV drijft een materiële onderneming en heeft een waarde van € 1.000.000. Hoe hoog is de 100%-vrijstelling van de BOR indien de heren A en B overlijden? Is dit anders indien H1 BV tevens een pand bezit ter waarde van € 300.000 dat in de materiële onderneming van X BV wordt gebruikt?

<sup>16</sup> Art. 35b lid 1 onder b, Succ.w.

<sup>17</sup> Art. 35c lid 2 Succ.w. (tekst 2009).

<sup>18</sup> Art. 35c lid 4 Succ.w.

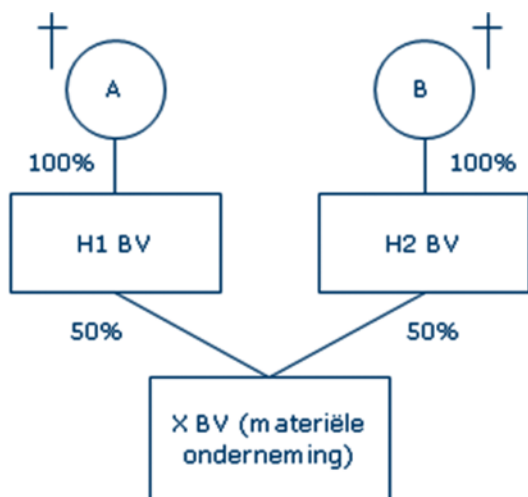
<sup>19</sup> Art. 35b lid 5 Succ.w. jo. 35d - 35e Succ.w.

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 5 (MVT).

<sup>21</sup> Art. 35b lid 1 Succ.w.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 79, blz. 2 (Nader gewijzigd amendement).

### 2.2.1. Situatie 1

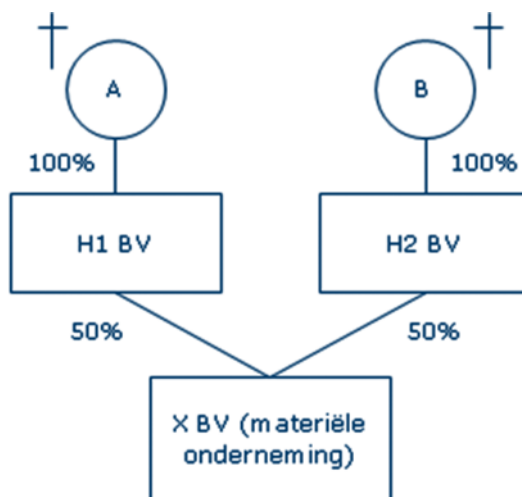


H1 BV			
X BV	€ 500	EV	€ 500
	€ 500		€ 500

H2 BV			
X BV	€ 500	EV	€ 500
	€ 500		€ 500

X BV			
Activa	€ 1000	EV + W	€ 1000
	€ 1000		€ 1000

### 2.2.2. Situatie 2



H1 BV			
X BV	€ 500	EV	€ 800
Pand	€ 300		
	€ 800		€ 800

H2 BV			
X BV	€ 500	EV	€ 500
	€ 500		€ 500

X BV			
Activa	€ 1000	EV + W	€ 1000
	€ 1000		€ 1000

Ingeval H1 BV enkel het 50%-belang in X BV bezit bedraagt de 100%-vrijstelling bij het overlijden van de heer A € 500.000. De hoogte van de vrijstelling wordt immers berekend naar de verhouding waarin de waarde van de verkrijging (€ 500.000) staat tot de waarde van de objectieve onderneming (€ 1.000.000), vermenigvuldigd met de totale vrijstelling ad € 1.006.000. Bij het overlijden van de heer B geldt hetzelfde indien H2 BV enkel het 50%-belang in X BV bezit. De totale 100%-vrijstelling met betrekking tot de vererving van de aandelen in X BV bedraagt dan € 1.000.000.

Indien H1 BV tevens een pand bezit dat verhuurd wordt aan X BV is het de vraag hoe hiermee moet worden omgegaan bij het vaststellen van de hoogte van de 100%-vrijstelling voor de erfgenamen van de heren A en B. Wij zijn van mening dat ingeval van overlijden van de heer A zijn erfgenaam recht heeft op een 100%-vrijstelling van ca. € 619.000.<sup>23</sup> De waarde van zijn verkrijging bedraagt immers € 800.000, terwijl de waarde van de objectieve onderneming in H1 BV en X BV € 1.300.000 bedraagt. Voor de bepaling van de vrijstelling moet immers de totale waarde van deelneming aan H1 BV worden toegerekend. Indien het totale vermogen van H1 BV als materieel ondernemingsvermogen is aan te merken of slechts beperkt sprake is

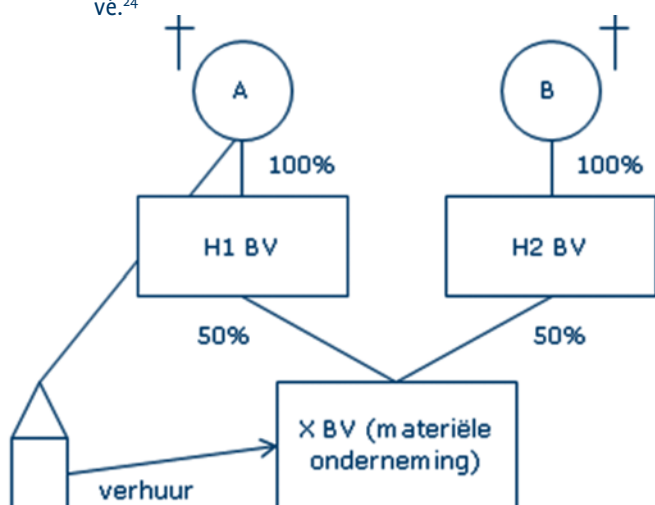
<sup>23</sup> € 800.000 / € 1.300.000 \* € 1.006.000.

van beleggingsvermogen, zal het restant van de verkrijging ad € 181.000 voor 83% worden vrijgesteld.

Bij overlijden van de heer B heeft zijn erfgenaam recht op een 100%-vrijstelling van ca. € 500.000, gelijk aan situatie 1. In totaal wordt in situatie 2 een 100%-vrijstelling verleend van € 1.119.000.

### 2.2.3. Situatie 3

Ten slotte maakt het voor de hoogte van de 100%-vrijstelling voor de erfgenaam van de heer B nog verschil of het pand ad € 300.000 aan X BV ter beschikking wordt gesteld vanuit H1 BV (situatie 2) of door de heer A privé.<sup>24</sup>



H1 BV			
X BV	€ 500	EV	€ 500
	€ 500		€ 500

H2 BV			
X BV	€ 500	EV	€ 500
	€ 500		€ 500

X BV			
Activa	€ 1000	EV+	
		W	€ 1000
	€ 1000		€ 1000

In situatie 3 behoort het pand namelijk ook tot de objectieve onderneming van X BV.<sup>25</sup> De vrijstelling voor de erfgenaam van de heer B bedraagt dan ca. € 387.000.<sup>26</sup>

Het blijkt dus ongunstiger voor de erfgenamen van de heer B te zijn wanneer het pand door A ter beschikking wordt gesteld aan X BV dan wanneer H1 BV het pand verhuurt aan X BV.

De hoogte van de vrijstelling voor de erfgenaam van de heer A is gelijk aan situatie 2, aangezien de BOR ook van toepassing is op onroerende zaken die bij de erflater behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001.<sup>27</sup> Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 5.

## 3. De bezitseis

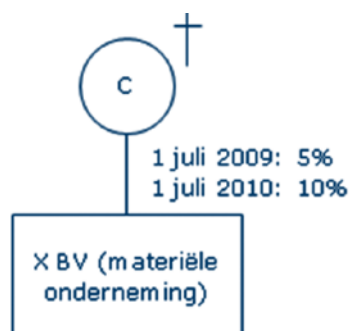
### 3.1. Kwalificerende erflater of schenker

In tegenstelling tot de toepassing van de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting wordt de toepassing van de BOR beperkt door de bezitseis. Om misbruik te voorkomen is de BOR namelijk alleen van toepassing indien de erflater gedurende één jaar tot het overlijden, dan wel de schenker gedurende vijf jaren tot de schenking, aanmerkelijkbelanghouder is geweest terwijl het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende diezelfde periode een materiële onderneming heeft gedreven.<sup>28</sup> Daarbij rijst de vraag hoe moet worden omgegaan met een aandelenbelang dat gedurende het jaar voorafgaand aan het overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder, dan wel gedurende de vijf jaren voorafgaand aan de schenking van die aandelen, is uitgebreid.

### 3.2. Casus

De heer C koopt op 1 juli 2009 5% van de aandelen in X BV. X BV drijft een materiële onderneming. Exact een jaar later verwerft de heer C nog eens 5% van de aandelen in X BV. Op 1 november 2010 overlijdt de heer C en erft zijn dochter het 10%-belang in X BV. Zijn de bedrijfsopvolgingsregelingen op deze verkrijging van toepassing? Is dit anders indien niet de heer C, maar zijn houdstermaatschappij H BV per 1 juli 2009 5% van de aandelen in X BV hield en dit belang op 1 juli 2010 met nog eens 5% heeft uitgebreid?

#### 3.2.1. Situatie



<sup>24</sup> Op de voet van art. 3.92 Wet IB 2001.

<sup>25</sup> Art. 7 lid 2 Uitv.reg. SEB.

<sup>26</sup> € 500.000 / € 1.300.000 \* € 1.006.000.

<sup>27</sup> Art. 35c lid 1 onder d Succ.w.

<sup>28</sup> Art. 35d lid 1 onder c Succ.w. jo. art. 35c lid 1 onder c Succ.w.

De doorschuifregeling uit de Wet IB 2001 is van toepassing vanaf 1 juli 2009, aangezien voor deze regeling geen bezitseis geldt.

Voor de toepassing van de BOR is het daarentegen onduidelijk of voor het gehele 10%-belang in X BV aan de bezitseis is voldaan. Op basis van de redactie van art. 35d lid 1 aanhef en onderdeel c Succ.w. zijn wij van mening dat dit niet het geval is:

“Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een erflater of schenker verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking; aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, [...]”

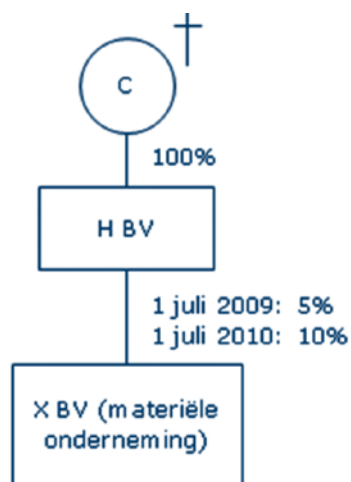
Art. 35c lid 1 onderdeel c Succ.w. schaarst onder de verkrijging van ondernemingsvermogen:

“vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10, van de Wet inkomstenbelasting 2001, [...]”

Hieruit volgt naar onze mening dat de heer C alle door zijn dochter geërfde aandelen voor ten minste één jaar in zijn bezit moet hebben gehad. De heer C was op 1 november 2010 nog niet gedurende één jaar aanmerkelijkbelanghouder van het 5%-pakket aandelen dat hij op 1 juli 2010 had gekocht.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de bezitseis is ingevoerd om misbruik van de BOR te voorkomen. Zonder deze voorwaarde zou immers vlak voor overlijden belastbaar vermogen van de toekomstige erflater kunnen worden omgezet in onbelast vermogen door verwerving van materieel ondernemingsvermogen. De staatssecretaris is van mening dat dit niet de bedrijfs-overdrachten zijn waarvoor de BOR is bedoeld.<sup>29</sup> Hieruit maken wij op dat het gehele aanmerkelijkbelangpakket aan de bezitseis moet worden getoetst. Hoewel in de hiervoor besproken casus niet per definitie sprake hoeft te zijn van misbruik, zal op basis van doel en strekking van de bezitseis de BOR slechts op de helft van het 10%-pakket in X BV kunnen worden toegepast, namelijk op het 5%-pakket dat de heer C op 1 juli 2009 had verkregen.

### 3.2.2. Situatie 2



Ook in deze situatie is geen discussie mogelijk over het feit dat de doorschuifregeling uit de Wet IB 2001 kan worden toegepast. Voor de toepassing van de BOR ligt dit wederom anders. In deze situatie vererft immers 100% van de aandelen in een BV met ondernemingsvermogen,<sup>30</sup> die de heer C langer dan één jaar in zijn bezit heeft gehad. Noch uit de redactie van de wettekst noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de bezitseis doorwerkt naar indirecte belangen, zodat de BOR naar onze mening volledig van toepassing is op de vererving van de aandelen H BV.<sup>31</sup> M.a.w. op het moment dat de heer C één jaar een aanmerkelijk belang in H BV bezit (1 juli 2010) mag voor toepassing van de BOR het belang in X BV aan H BV worden toegerekend. Een uitbreiding van het belang in X BV heeft dan geen gevolgen. Dit is merkwaardig, gelet op het streven van de staatssecretaris om middellijk en onmiddellijk gehouden belangen zoveel mogelijk gelijk te behandelen.<sup>32</sup> Hoewel de twee casusposities vanuit economisch perspectief niet van elkaar verschillen denken wij dat ze voor de toepassing van de BOR verschillend worden behandeld.

## 4. De voortzettingseis

### 4.1. Vervreemdingsverbod

De BOR wordt teruggenomen indien de geschonken of erfrechtelijk verkregen aanmerkelijkbelangaandelen binnen vijf jaren na die verkrijging worden vervreemd of worden omgezet in preferente aandelen. Dit is ook het geval indien het lichaam waarop de verkregen aandelen betrekking hebben binnen vijf jaar na de

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 46 (MvT).

<sup>30</sup> Op grond van art. 35c lid 5 Succ.w. mag het vermogen van X BV worden toegerekend aan H BV, mits de heer C indirect een aanmerkelijk belang in X BV heeft. Onder voorwaarden is dit ook mogelijk bij een indirect belang van ten minste 0,5%.

<sup>31</sup> Ervan uitgaande dat H BV geen overig ondernemingsvermogen bezit en de waarde van eventueel beleggingsvermogen maximaal 5% van het ondernemingsvermogen bedraagt.

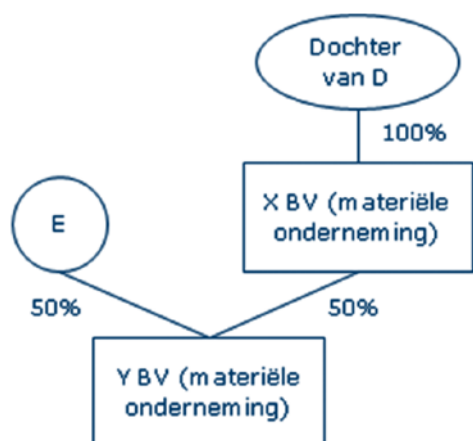
<sup>32</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 45 (MvT).

verkrijging (gedeeltelijk) ophoudt winst uit de onderneming te genieten.<sup>33</sup> Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de BOR voor het voortzettingsvereiste het stakings- en vervreemdingsbegrip uit de Wet IB 2001 volgt. Dit kan echter anders zijn wanneer de specifieke aard van de BOR daarom vraagt.<sup>34</sup> Dat van de voortzettingseis een beperkende werking uit kan gaan op de naderhand te ontplooiën ondernemingsactiviteiten blijkt uit de volgende casus.

#### 4.2. Casus

De heer D bezit alle aandelen in X BV. X BV drijft een materiële onderneming. De heer D overlijdt en zijn dochter heeft toegang tot de bedrijfsopvolgingsregelingen voor de verkrijging van de aandelen in X BV. Twee jaar na het overlijden van de heer D wil mevrouw E participeren in X BV. X BV en mevrouw E richten daartoe de nieuwe vennootschap Y BV op waarin beiden een belang van 50% houden. X BV brengt een deel van zijn onderneming in Y BV in, terwijl mevrouw E geld inbrengt. Y BV drijft eveneens een materiële onderneming. Heeft het aangaan van de samenwerking met mevrouw E gevolgen voor de toepassing van de BOR voor de dochter van de heer D? Is dit anders indien de dochter van de heer D niet de aandelen in X BV, maar de aandelen in houdstermaatschappij H BV heeft verkregen, terwijl H BV alle aandelen in X BV houdt?

##### 4.2.1. Situatie 1



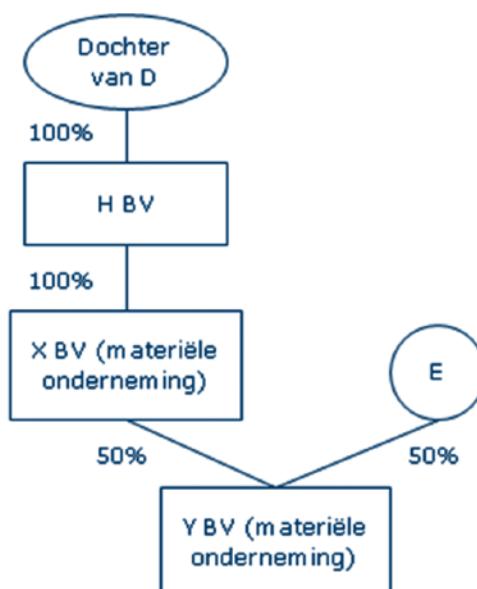
Y BV			
Activa	€ 400	EV+	
Geld E	€ 400	W	€ 800
	€ 800		€ 800

In het geval dat de dochter van de heer D de aandelen in X BV heeft verkregen, zal de BOR worden teruggenomen, aangezien de materiële onderneming die X BV drijft (gedeeltelijk) wordt gestaakt door de inbreng van activa in Y BV.

In dit kader merken wij nog op dat voor enkele gevallen is goedgekeurd dat het niet voldoen aan de voortzettingseis geen consequenties heeft voor de toepassing van de BOR. Deze goedkeuring geldt onder andere voor een aandelen- of bedrijfsfusie, mits de erfgenaam enig aandeelhouder wordt van de vennootschap die de aandelen respectievelijk de onderneming heeft verkregen.<sup>35</sup> Aangezien de dochter van de heer D niet (indirect) enig aandeelhouder is van Y BV, kan zij geen beroep doen op de goedkeuring.

Overigens wordt ingeval van een gedeeltelijke staking de BOR naar evenredigheid teruggenomen.<sup>36</sup>

##### 4.2.2. Situatie 2



Y BV			
Activa	€ 400	EV+	
Geld E	€ 400	W	€ 800
	€ 800		€ 800

In het tweede geval wijzigt door de samenwerking tussen X BV en mevrouw E niets met betrekking tot H BV. H BV behoudt alle aandelen in X BV. Het is echter de vraag of het (deels) staken van X BV aan H BV moet worden toegerekend, aangezien dit uit de redactie van de wettekst niet valt op te maken. In de parlementaire

<sup>33</sup> Art. 35b lid 5 Succ.w. Jo. art. 35e lid 1 onder c ten derde Succ.w.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 46 (MvT). Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de overdracht van een onderneming waarbij gebruik wordt gemaakt van art. 3:63 Wet IB 2001. Deze niet-stakingsfictie werkt niet door naar de BOR.

<sup>35</sup> Art. 10 lid 1 onder d en e Uitv.reg. SEB.

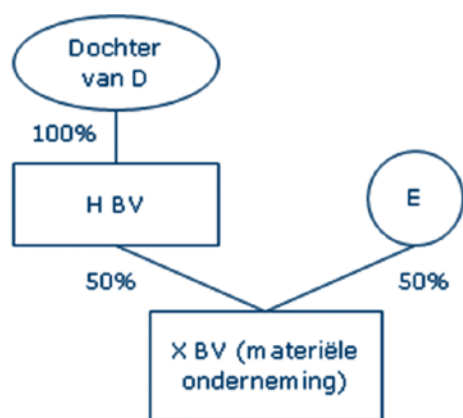
<sup>36</sup> Art. 35b lid 6 Succ.w.

geschiedenis is daarover opgemerkt dat een lichaam tevens ophoudt winst uit onderneming te genieten indien de toerekeningsregel van art. 35c lid 5 Succ.w. niet langer van toepassing is, omdat bijvoorbeeld de aandelen in het lichaam waarin de onderneming van het concern wordt gedreven, wordt verkocht of omdat dat lichaam haar onderneming staakt.<sup>37</sup> Hierdoor wordt bereikt dat de verkrijging van direct en indirect gehouden aanmerkelijkbelangaandelen in een actief lichaam voor wat betreft de voortzettingseis gelijk wordt behandeld. Bovendien past dit binnen het doel en strekking van de BOR, namelijk dat de erfgenaam dezelfde betrokkenheid bij de onderneming houdt als de erflater.

Aangezien in verhouding tot de heer D zijn dochter nog slechts (gedeeltelijk) betrokken is bij de materiële onderneming van X BV, zal de BOR naar alle waarschijnlijkheid (gedeeltelijk) worden teruggenomen.

#### 4.2.3. Situatie 3

Dit is wellicht anders indien mevrouw E zou hebben geparticipeerd in X BV door middel van inbreng van activa tegen uitgifte van nieuwe aandelen X BV.



X BV			
Activa	€ 400	EV +	
Geld E	€ 400	W	€ 800
	€ 800		€ 800

H BV vervreemdt in dat geval immers geen aandelen en X BV houdt niet op winst uit de onderneming te genieten. Wij zien echter geen rechtvaardigingsgrond voor een verschillende fiscale behandeling van de hiervoor besproken situaties.

## 5. Ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen

### 5.1. Onroerende zaken

De doorschuiffaciliteit uit de Wet IB 2001 is eveneens van toepassing op ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 (waaronder onroerende zaken) ingeval van overlijden.<sup>38</sup> Kort gezegd betekent dit dat de werkzaamheid niet wordt geacht te zijn gestaakt, mits de erfgenaam de werkzaamheid voortzet. Voor de schenking van ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen geldt geen doorschuiffaciliteit, maar kan uitstel van betaling van de inkomstenbelastingclaim worden verkregen indien de werkzaamheid als gevolg van de schenking wordt beëindigd.<sup>39</sup> Voor een nadere toelichting op deze regelingen verwijzen wij naar het artikel van De Beer in Estate Planner Digitaal 2011/01.

De BOR is zowel bij overlijden als bij schenking niet van toepassing op ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen, met uitzondering van onroerende zaken die bij de erflater behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001. Dergelijke onroerende zaken worden als ondernemingsvermogen aangemerkt, mits ze dienstbaar zijn aan de onderneming van het lichaam waarvan de aandelen vererven en de verkrijger van de onroerende zaken tevens aandelen verkrijgt in het lichaam waaraan de onroerende zaak dienstbaar is.<sup>40</sup> Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat hierbij niet is vereist dat de verkrijger van de onroerende zaak zelf ook aanmerkelijkbelanghouder wordt in de vennootschap.<sup>41</sup> In dit kader wordt onder onroerende zaken tevens begrepen appartementsrechten, opstalrechten, erfpachtrechten, vruchtgebruik en economische eigendom van een onroerende zaak.<sup>42</sup>

Het is opvallend dat behoudens ter beschikking gestelde onroerende zaken geen ander met de onderneming samenhangend vermogen voor de toepassing van de BOR kwalificeert. De wetgever heeft daar echter bewust voor gekozen, ondermeer omdat voor andere ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen de reden minder aanwezig is om deze in privé te houden.<sup>43</sup> In de volgende casuspositie gaan wij in op het onderscheid tussen in privé ter beschikking gestelde onroerende zaken en vanuit de houdstermaatschappij verhuurde onroerende zaken. Tevens komt de behandeling van andere vermogensbestanddelen aan de orde.

<sup>37</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 46 (MvT).

<sup>38</sup> Art. 3.95 jo. 3.62 Wet IB 2001.

<sup>39</sup> Art. 25 lid 14 Inv.w.

<sup>40</sup> Art. 35c lid 1 onder d Succ.w.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 44 (MvT). Zie tevens Heithuis, Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA in 2010; alle wijzigingen in de Wet IB 2001 en SW 1956 op een rij, Kluwer, Deventer 2010, eerste druk, blz. 102.

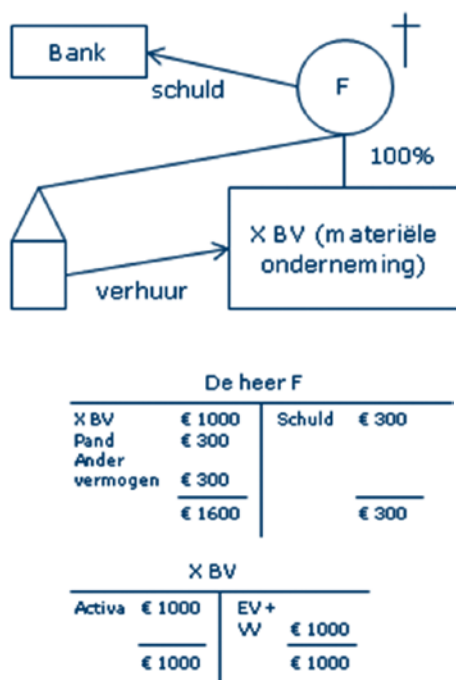
<sup>42</sup> Art. 35c lid 6 Succ.w.

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 45 (MvT).

## 5.2. Casus

De heer F bezit alle aandelen in X BV. X BV drijft een materiële onderneming. De heer F bezit tevens een pand ter waarde van € 300.000 dat hij aan X BV verhuurt. Het pand, dat dienstbaar is aan de onderneming van X BV, is volledig met vreemd vermogen gefinancierd. De heer F bezit ten slotte voor € 300.000 aan ander vermogen. De heer F overlijdt en zijn dochter is enig erfgenaam. Op welke vermogensbestanddelen is de BOR van toepassing? Is dit anders indien niet de heer F, maar zijn houdstermaatschappij H BV alle aandelen in X BV bezit en tevens eigenaar is van het met vreemd vermogen gefinancierde pand?

### 5.2.1. Situatie 1



De BOR is van toepassing op de aandelen in X BV (mits aan alle voorwaarden is voldaan) en de door de heer F aan X BV ter beschikking gestelde onroerende zaak, aangezien deze dienstbaar is aan de onderneming van X BV en de dochter van de heer F tevens een (aanmerkelijk) belang in X BV verkrijgt. De vraag rijst of ook de schuld waarmee het pand gefinancierd is onder de BOR valt. Uit de redactie van de wettekst kan worden afgeleid dat dit niet het geval is. Onder ondernemingsvermogen wordt op grond van art. 35c lid 1 onderdeel d Succ.w. immers verstaan:

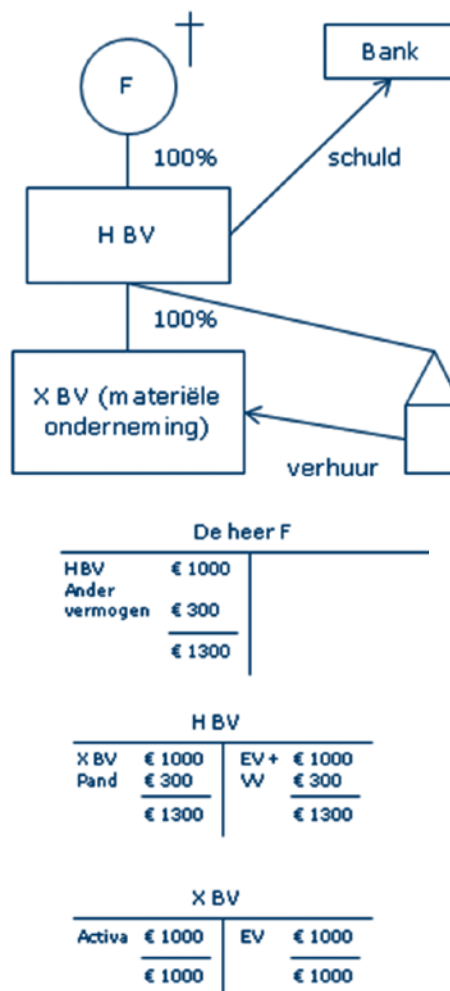
“Onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001, mits deze

dienstbaar zijn aan de onderneming van een lichaam als bedoeld in onderdeel c, [...]”

Hier doet verder niet aan af dat de desbetreffende schuld op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 wel als resultaatvermogen wordt beschouwd.<sup>44</sup> Indien de wetgever de schuld eveneens onder de toepassing van de BOR had willen brengen had hij moeten verwijzen naar het gehele resultaatvermogen in plaats van naar onroerende zaken.

Het voorgaande betekent dat het pand onder toepassing van de BOR (grotendeels) voorwaardelijk is vrijgesteld van erfbelasting, terwijl de verkregen schuld in mindering kan worden gebracht op overig verkregen vermogensbestanddelen die wel in de heffing van erfbelasting worden betrokken. Aangezien de waarde van de schuld gelijk is aan de waarde van het overig vermogen van de heer F is over dit vermogen per saldo geen erfbelasting verschuldigd.

### 5.2.2. Situatie 2



<sup>44</sup> Art. 3.92 lid 1 onder a Wet IB 2001 kwalificeert de schulden die rechtstreeks samenhangen met ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen expliciet als werkzaamheid.

Bij de vererving van de aandelen H BV ligt dit anders. De bedrijfsopvolgingsregelingen zijn van toepassing op de aandelen H BV voor zover deze een materiële onderneming drijft. Aangezien de onderneming van X BV, waaraan het pand dienstbaar is als materieel ondernemingsvermogen kwalificeert en toegerekend wordt aan H BV, vormt ook het aan X BV verhuurd pand inclusief de daarmee samenhangende schuld ondernemingsvermogen in H BV. Op de verkrijging van de aandelen H BV zijn de bedrijfsopvolgingsregelingen dan ook volledig van toepassing,<sup>45</sup> terwijl het overig vermogen ad € 300.000 volledig in de heffing van erfbelasting wordt betrokken.

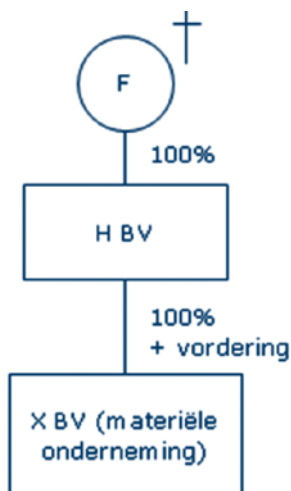
### 5.3. Vorderingen en schulden

Naast het ter beschikking stellen van onroerende zaken, zijn ook onderlinge vordering- en schuldverhoudingen een veel voorkomend verschijnsel. Hierna gaan wij in op de vraag hoe voor de toepassing van de BOR moet worden omgegaan met een vordering op de werkmaatschappij waarin de geldverstrekker aandelen houdt.

### 5.4. Casus

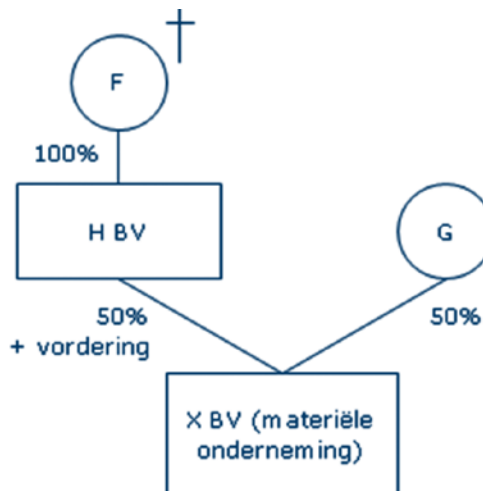
De heer F bezit conform situatie 2 alle aandelen in H BV. H BV bezit alle aandelen in X BV, welke een materiële onderneming drijft. H BV bezit tevens een vordering op X BV. De heer F overlijdt en zijn dochter erft de aandelen in H BV. Hoe wordt de vordering op X BV behandeld voor de toepassing van de BOR? Is dit anders indien H BV slechts 50% van de aandelen in X BV bezit, terwijl de overige 50% van de aandelen in X BV worden gehouden door de heer G?

#### 5.4.1. Situatie 3



De bezittingen van X BV moeten aan H BV worden toegerekend met inachtneming van de omvang van het belang dat H BV in X BV houdt. Daarbij is vereist dat erfflater een indirect belang in X BV heeft van ten minste 5%. In het geval waarin H BV alle aandelen in X BV houdt valt bij consolidatie van de bezittingen van X BV in H BV de vordering volledig weg tegen de daarmee samenhangende schuld.

#### 5.4.2. Situatie 4



In het tweede geval ‘vervalt’ slechts de helft van de vordering, aangezien de daarmee samenhangende schuld van X BV slechts voor 50% in de consolidatie wordt betrokken. Alsdan moet de vraag worden beantwoord of de andere helft van de vordering als ondernemingsvermogen kwalificeert. Zou daarbij hetzelfde criterium kunnen worden gehanteerd als bij een ter beschikking gestelde onroerende zaak, namelijk of de vordering dienstbaar is aan de onderneming van X BV? Ook ingeval van een vordering is immers sprake van ter beschikking gesteld vermogen.

Ter onderbouwing van het standpunt dat de vordering als ondernemingsvermogen kwalificeert zou naar onze mening de parallel kunnen worden getrokken met de situatie waarin een vennoot aan zijn VOF een lening verstrekt. In dat geval zou de vordering kwalificeren als buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen van de vennoot en bestaat zijn IB-onderneming zowel uit zijn aandeel in de VOF als uit de vordering. Aangezien voor het begrip ondernemingsvermogen moet worden aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip<sup>46</sup> betekent dit dat de vordering in H BV voor de toepassing van de BOR als ondernemingsvermogen kwalificeert.

<sup>45</sup> Aannemende dat H BV geen overig ondernemingsvermogen bezit en de waarde van eventueel beleggingsvermogen maximaal 5% van het ondernemingsvermogen bedraagt.

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 4-5 (MvT).

In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad echter beslist dat voor het antwoord op de vraag of voor de toepassing van de BOR sprake is van ondernemings- of beleggingsvermogen het oogmerk waarmee de vordering wordt aangehouden van belang is.<sup>47</sup> De mate van risico dat met het uitlenen van geld wordt gelopen is in dit kader geen onderscheidend criterium, aldus de Hoge Raad. Hieruit kan worden afgeleid dat een vordering van een houdstermaatschappij op een gelieerde vennootschap niet snel als materieel ondernemingsvermogen kwalificeert. Het is opvallend dat met enerzijds verhuurde onroerende zaken en anderzijds een vordering verschillende criteria van toepassing zijn (respectievelijk dienstbaar aan de onderneming en oogmerk van de leningverstrekker). Ten slotte merken wij nog op dat door de staatssecretaris is goedgekeurd dat vorderingen die zijn ontstaan in het kader van de bedrijfsopvolging onder voorwaarden wel aan ondernemingsvermogen worden gelijkgesteld.<sup>48</sup>

## 6. Conclusie

De bedrijfsopvolgingsregelingen moeten per 2010 alleen nog reële bedrijfsopvolgingen faciliteren. Tevens is het toepassingsbereik van de BOR uitgebreid tot de verkrijging van onroerende zaken en is de vrijstelling verhoogd. Uit de hiervoor besproken casusposities blijkt dat één en ander nog steeds onduidelijk is en dat economisch vergelijkbare situaties verschillend lijken te worden behandeld. Aangezien dé reële bedrijfsopvolging niet lijkt te bestaan, vermoeden wij dat er gedurende de komende jaren nog vele situaties de revue zullen passeren waarbij het de vraag is of (en in hoeverre) de bedrijfsopvolgingsregelingen van toepassing zijn. Wij wachten dan ook met smart op een nieuw beleidsbesluit waarin de staatssecretaris onder andere duidelijkheid schept over de verschillende knelpunten die wij hiervoor besproken hebben.

<sup>47</sup> Hoge Raad 22 oktober 2010, nr. 09/05132, V-N 2010/59.26.

<sup>48</sup> Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, par. 3.4.