

Discussiebijdrage vervolgonderzoek bedrijfsopvolgingsregeling en doorschuifregeling

Amsterdam, 10 maart 2023

Geachte heer/mevrouw,

Op 9 december 2022 is de kabinetsreactie op de door het CPB verrichte evaluatie van de fiscale bedrijfsopvolgingsregelingen naar de Tweede Kamer gestuurd.¹ In de kabinetsreactie is vervolgonderzoek aangekondigd naar de beste manier om de gewenste verbeteringen in de BOR en DSR te kunnen realiseren. Doel van de aanpassingen is een positief effect op de doelmatigheid en uitvoerbaarheid van de regelingen, zowel vanuit het perspectief van ondernemers als de Belastingdienst. Kortom, een eenvoudiger, beter werkende, BOR en DSR waarbij schijnconstructies en oneigenlijk gebruik worden aangepakt.

Het vervolgonderzoek betreft een aantal in de kabinetsreactie geformuleerde vragen. U heeft de NOB gevraagd om input te leveren op het vervolgonderzoek. U vraagt enerzijds om onze visie te geven op de geformuleerde vragen² en anderzijds om inzicht te geven op de knelpunten in de uitvoering vanuit ondernemersperspectief. Graag maken wij gebruik van deze gelegenheid. Wij vangen aan met een algemeen deel waarin we de belangrijkste uitgangsunten formuleren, beantwoorden vervolgens de vragen en eindigen met een lijst van knelpunten vanuit ondernemersperspectief.

¹ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/09/kabinetsreactie-evaluatie-fiscale-bedrijfsopvolgingsregelingen>

² Eerste 9 bullets op pagina 8 van de kabinetsreactie.



Volledigheidshalve merken wij op dat wij uitgaan van de door het CPB en SEO gehanteerde definitie van bedrijfsoverdracht, te weten: *de overdracht van een bedrijf of een aanmerkelijk belang in een vennootschap, ongeacht of het bedrijf binnen de familie blijft, naar een werknemer gaat of naar externe derden en ongeacht of de onderneming overgedragen wordt via verkoop, vererving of schenking.*³

De NOB is uiteraard graag bereid deze bijdrage nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden.

Met vriendelijke groet,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Inhoud

1.	Algemeen	3
2.	Behandeling onderzoeksvragen	5
3.	Knelpunten in de uitvoering vanuit ondernemingsperspectief	7
3.1.	Bezits- en voortzettingstermijn	7
3.2.	Splitsing holdingvennootschap in onverdeelde nalatenschap teneinde onderneming aan juiste opvolger te kunnen toedelen	8
3.3.	Verwateringsregeling	8
3.4.	Indirect overdracht van aandelen	9
3.5.	Niet-kwalificerend ondernemingsvermogen	10
3.6.	100%-vrijstelling	11
3.7.	Overdrachtsbelasting	11
3.8.	Fictieve verkrijgingen en de BOR	12
3.9.	Schenking aan een werknemer: schenking of loon	12

³ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/09/kabinetsreactie-evaluatie-fiscale-bedrijfsopvolgingsregelingen>, p. 1 noot 2.



1. Algemeen

De NOB heeft met instemming kennis genomen van het kabinetsstandpunt dat de BOR en DSR op hoofdlijnen in stand blijven. Dat is een steun in de rug voor familiebedrijven en zorgt tegelijkertijd voor een internationaal level-playing-field. Wij onderschrijven ook de wens om de regelingen te vereenvoudigen en misbruik tegen te gaan. Wij stellen wel vast dat de wens tot vereenvoudiging vaak lastig is te combineren met het tegengaan van misbruik. Dat doet er volgens de NOB echter niet aan af dat het een goed streven is om die wensen te combineren.

In het vervolgonderzoek op de kabinetsreactie wordt de aandacht met name gericht op de doorschuifregeling en de bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelanghouders bij de overdracht van aandelen in het kader van een schenking of vererving. Deze regelingen bieden – onder voorwaarden – een faciliteit voor de inkomstenbelasting door de aanmerkelijkbelangclaim door te schuiven naar de verkrijger ('de DSR') en een vrijstelling voor de verkrijgers van 100% of 83% van schenk- of erfbelasting ('de BOR'), voor zover het vermogen van de vennootschappen bestaat uit ondernemingsvermogen.⁴

De belangrijkste reden om deze faciliteiten te verstrekken is dat hiermee de continuïteit van de onderneming wordt gewaarborgd. Gedachte hierbij is dat bij schenking of vererving van de aandelen belasting is verschuldigd bij de overdrager (inkomstenbelasting) en verkrijger (schenk- of erfbelasting), terwijl er geen liquiditeit beschikbaar komt ter zake van de overdracht van de aandelen. Veelal zal de belasting voldaan moeten worden uit het ondernemingsvermogen, hetgeen de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. De verschuldigde belasting bij de aandeelhouders heeft dus (in)direct consequenties voor de continuïteit van de onderneming.

De voorwaarden die worden gesteld bij het toepassen van de DSR en de BOR dienen naar de mening van de NOB dan ook gericht te zijn op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming (het object). Uitgaande van de definitie van een bedrijfsoverdracht is de positie van de aandeelhouder (het subject) ten opzichte van de onderneming (zoals: het soort aandelen, het stemrecht als aandeelhouder dan wel of ze bestuurder of werknemer zijn) irrelevant. De belastingheffing vloeit immers enkel voort uit het feit dat het aandelenbelang als aanmerkelijkbelang wordt aangemerkt (IB) en dat de aanmerkelijkbelangaandelen een bepaalde waarde vertegenwoordigen (schenk- of erfbelasting). De overige genoemde elementen zijn niet van belang. Indien de faciliteiten desalniettemin als te ruim worden ervaren, zou dit bijvoorbeeld ook betekenen dat het aanmerkelijkbelang criterium, w.o voor soort-aandelen, aangepast moet worden.

⁴ Tevens wordt een 5%-marge verleend voor beleggingsvermogen.





Een tweede uitgangspunt van de regelingen is dat de faciliteiten zich richten op de continuïteit van ondernemingen, en dus niet op beleggingsvermogen. Het onderscheid tussen deze vormen van vermogen is – naar onze mening terecht – cruciaal. In de jurisprudentie en literatuur zijn de nodige richtlijnen te vinden voor dit onderscheid, maar het zal altijd een beoordeling van de individuele, feitelijke situatie vergen om tot een definitief oordeel te komen. In het verleden zijn vaker wetsficties opgenomen waarbij bepaalde vermogensbestanddelen wel of niet als ondernemingsvermogen zijn aangemerkt,⁵ zoals thans ook het voornemen is voor verhuurd vastgoed. Dat doet er echter niet aan af dat altijd discussie mogelijk is tussen belastingplichtige en de Belastingdienst voor de niet bij fictie aangewezen vermogensbestanddelen. Het is naar de mening van de NOB derhalve een illusie om te denken dat er methodes, zoals ficties, zijn om deze discussies te vermijden of vereenvoudigen.

Een ander punt waar we nu reeds aandacht voor vragen is het feit dat de BOR en DSR, in de huidige vorm, de flexibiliteit en het innovatievermogen van ondernemingen langjarig beperkt. Wij doelen hierbij specifiek op de bezits- en voortzettingseis van de BOR. Deze eisen hebben het karakter van anti-misbruik bepalingen maar zijn in de praktijk een groot obstakel bij reguliere, dagelijkse ondernemingshandelingen. Naar de mening van de NOB kunnen deze regelingen in stand blijven, maar dan wel gericht op – en beperkt tot – het werkelijke misbruik. Daarvan is naar de mening van de NOB enkel sprake als in de bezitstermijn beleggingsvermogen wordt omgezet in ondernemingsvermogen (zodat van de faciliteiten gebruik kan worden gemaakt) of in de voortzettingstermijn als ondernemingsvermogen wordt omgezet in beleggingsvermogen. Zo lang in de bezits- en voortzettingstermijn sprake is van ondernemingsvermogen, in welke hoedanigheid dan ook, dient de continuïteit van de onderneming te worden gewaarborgd. Als vermogen in die periodes echter definitief wordt omgezet in beleggingsvermogen, raakt dit de continuïteit van de onderneming niet en is er voldoende liquiditeit beschikbaar om de belastingschuld te voldoen.

Bij de behandeling van de onderzoeksvragen hierna en de knelpunten in de uitvoering, zullen bovenstaande uitgangspunten als leidraad dienen en werken we dit in de concrete onderdelen verder uit.

⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 4.17a, lid 7 Wet IB 2001 en art. 35c, lid 6 SW 1956.



2. Behandeling onderzoeksvragen

- *Hoe kan een beter onderscheid worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen voor de BOR en DSR (naast het wettelijk aanmerken van aan derden verhuurd vastgoed als beleggingsvermogen in de BOR en de DSR).*

Voor wat betreft het wettelijk aanmerken van verhuurd vastgoed als beleggingsvermogen, vraagt de NOB graag de aandacht voor specifieke ondernemingen waarbij het aan derden verhuurde vastgoed integraal onderdeel uitmaakt van de gedreven onderneming. Te denken valt bijvoorbeeld aan recreatieparken, hotels, datacenters, supermarkketens die vastgoed verhuren aan franchisenemers of brouwerijen die vastgoed verhuren aan café-uitbaters. Bij de vormgeving van de wet of de toelichting zouden wij graag zien dat duidelijkheid wordt gegeven over het al dan niet van toepassing zijn van de BOR en de DSR. Nu in voornoemde situaties geen sprake is van passieve vastgoedexploitatie ziet de NOB geen aanleiding voor het niet van toepassing zijn van de BOR en de DSR.

In de praktijk wordt regelmatig gediscussieerd over het al dan niet van toepassing zijn van de BOR en de DSR op een overnamekas of een oorlogskas. Duidelijkere richtlijnen op dit vlak zouden de uitvoeringslast bij zowel de Belastingdienst als de belastingplichtigen kunnen verminderen.

In de loop der jaren is in de uitvoeringspraktijk een derde categorie vermogen ontstaan: het niet-kwalificerende ondernemingsvermogen. Dit vermogen is weliswaar ondernemingsvermogen, maar voldoet niet aan de bezitseis. Deze categorie heeft een onwenselijk effect waarvoor de NOB de aandacht vraagt in de behandeling van de knelpunten.

- *Kan de toegang tot de DSR en BOR beperkt worden tot reguliere aandelen waarmee daadwerkelijk ondernemingsrisico wordt gelopen, bijvoorbeeld reguliere aandelen met een stemrecht? En hoe kunnen deze aandelen worden gedefinieerd?*

De NOB ziet geen aanleiding om de toepassing van de DSR en BOR te beperken tot reguliere aandelen waarmee daadwerkelijk een ondernemingsrisico wordt gelopen. De voorwaarden die worden gesteld bij het toepassen van de DSR en de BOR dienen naar onze mening gericht te zijn op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming (het object). Uitgaande van de definitie van een bedrijfsoverdracht is de positie van de aandeelhouder (het subject) ten opzichte van de onderneming (zoals: het soort aandelen, het stemrecht als aandeelhouder dan wel of ze bestuurder of werknemer zijn) irrelevant. Bovendien kan men zich afvragen in hoeverre het beperken van de DSR en de BOR tot reguliere aandelen, en de daarmee vereiste beoordeling wanneer van dergelijke aandelen sprake is, geen aanleiding zal geven tot discussie tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst.



- *Is het wenselijk om de dienstbetrekkingseis in de DSR te laten vervallen dan wel anders vorm te geven?*

De NOB kan zich vinden in het laten vervallen van de dienstbetrekkingseis. Ook in dit verband wijst de NOB op het feit dat zowel de BOR als de DSR zijn bedoeld om de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Het feit of sprake is van een dienstbetrekking ten opzichte van de onderneming is onzes inziens irrelevant.

- *Is het mogelijk om de huidige bezits- en voortzettingseis in de BOR zodanig aan te passen dat deze positiever uitpakken voor de flexibiliteit van ondernemingen (wijziging ondernemingsactiviteiten) waarbij alleen reële bedrijfsopvolgingen in aanmerking komen?*

Naar de mening van de NOB dienen de bezits- en voortzettingseis in de BOR gericht te zijn op – en beperkt tot – het werkelijke misbruik. Wij verwijzen graag naar de knelpunten hierna voor een nadere toelichting.

- *Is het mogelijk om toepassing van de DSR en BOR te beperken tot een eenmalige toepassing, zodat meermaals gebruikmaken voor dezelfde onderneming tussen dezelfde personen niet mogelijk is (BOR-carrousel)?*

De NOB herkent de BOR-carrousel niet of nauwelijks in de praktijk maar ondersteunt dat dit een onwenselijke situatie is. Wij kunnen ons voorstellen dat wordt uitgesloten dat de BOR meerdere keren kan worden toegepast ten aanzien van hetzelfde ondernemingsvermogen in dezelfde (familie)relatie.

- *Kan navolging gegeven worden aan de aanbevelingen die het CPB doet om het gebruik van de doorschuifregelingen beter te registreren en in aangiftes op te nemen?*
- *Welke beleidsopties die het CPB geeft voor een doelmatiger regeling zijn wenselijk?*

Wenselijk is de door het CPB genoemde beleidsoptie waarbij de dienstbetrekkingseis voor de DSR vervalt. Zie hiervoor. Het CPB stelt een aantal beleidsopties voor op basis van haar onderzoek, waarbij onzes inziens voor een te (beperkte) onderzoeksopzet is gekozen. De voorstellen leiden tot een ingrijpende wijziging van de regelingen (zoals een betalingsregeling) en wat de NOB betreft is terughoudendheid geboden. Wij verwijzen in dat kader naar onze reactie van 14 november 2022.⁶

⁶ <https://www.nob.net/aanpassing-van-de-bor-en-dsr-voorbarig-nader-onderzoek-gewenst>





- *Welke knelpunten in de uitvoering die de Belastingdienst heeft gesignaleerd, kunnen verholpen worden?*
- *Welke knelpunten in de uitvoering die ondernemers signaleren, kunnen verholpen worden?*

De knelpunten in de uitvoering vanuit ondernemersperspectief lichten wij hierna toe.

3. Knelpunten in de uitvoering vanuit ondernemingsperspectief

Bijgaand treft u op uw verzoek enkele knelpunten in de uitvoering aan vanuit het ondernemersperspectief. Deze vormen een aanvulling op de knelpunten die de Belastingdienst reeds heeft gesignaleerd en die als bijlage bij het CPB-rapport zijn verstrekt. Volledigheidshalve merken wij op dat deze opsomming niet uitputtend is, maar dat wij ervoor hebben gekozen om de meest voorkomende dan wel meest knellende aandachtspunten te benoemen.

3.1. Bezits- en voortzettingstermijn

De voorwaarden rond de beziteis leiden ertoe dat acquisities (en eventuele andere mutaties) in de vijf jaren vóór een schenking of een jaar vóór vererving niet in aanmerking komen, terwijl de voortzettingseis voor iedere desinvestering in de vijf jaar na de vererving of schenking alsnog de BOR terugneemt. Dit dient per schenking of overlijden te worden beoordeeld. Dat betekent een hoge uitvoeringslast en vaak langdurige onzekerheid over toepassing van de regelingen in een omgeving waarin bedrijven zich steeds aanpassen en/of innoveren. De continuïteit van bedrijven, haar economische groei en de werkgelegenheid zijn daarbij vaak juist gediend bij aanpassingen en innovaties.

Naar onze mening dienen de bezits- en voortzettingseis te worden beperkt tot die situaties waarbij beleggingsvermogen wordt omgezet in ondernemingsvermogen (bezitseis) of ondernemingsvermogen in beleggingsvermogen (voortzettingseis). Herstructureren (al dan niet fiscaal gefaciliteerd), uitbreiding of afstoten van bedrijfsonderdelen of fusies/joint ventures met andere ondernemingen moeten mogelijk zijn, mits daarbij geen beleggingsvermogen vrijkomt. Bij het afstoten van bedrijfsonderdelen moeten er, met betrekking tot de (verkoop)opbrengst, uiteraard plannen zijn voor (her)investering in/ uitbreiding van het bedrijf om het bewijs te leveren dat er nog steeds sprake is van ondernemingsvermogen.

Deze benadering zorgt ook voor minder uitvoeringlast, eveneens een erkend probleem van de regeling vanuit de Belastingdienst. De gegeven stringente uitleg aan deze termijnen is een groot onderdeel van de uitvoeringsproblematiek.





3.2. Splitsing holdingvennootschap in onverdeelde nalatenschap teneinde onderneming aan juiste opvolger te kunnen toedelen

Bij een onverwacht overlijden, kan de situatie ontstaan dat de ondernemingsstructuur nog niet aansluit op de bedrijfsopvolging. Bijvoorbeeld als er meerdere erfgenamen zijn en de holding een mix van (toegerekend) beleggings- en ondernemingsvermogen heeft of meerdere (toegerekende) objectieve ondernemingen heeft. Het kan dan wenselijk zijn om nog voordat de nalatenschap is verdeeld, de holding zuiver te splitsen en vervolgens bij de verdeling van de nalatenschap de aandelen in de ontstane holdings toe te delen aan de juist opvolger. Ook kan de situatie voorkomen dat aandelen in een werkmaatschappij worden gelegateerd aan een bedrijfsopvolger.

Volgens de Belastingdienst geeft de huidige regeling geen ruimte om na een zuivere splitsing de nieuwe aandelen geheel toe te delen aan de bedrijfsopvolger, omdat deze aandelen geen deel uitmaken van de nalatenschap op moment van overlijden, hoewel er materieel niets is gewijzigd vanuit de gehele nalatenschap bezien.

Gevolg is dat in voorkomende gevallen ofwel niet-bedrijfsopvolgers toch gedurende de voortzettingstermijn verkregen aanmerkelijkbelangaandelen aanhouden ofwel dat na de splitsing of afgifte van het legaat afgerekend moet worden over de waarde van het ondernemingsvermogen. Beide situaties zijn in onze ogen ongewenst en kunnen voorkomen worden door aanpassing van de regeling.

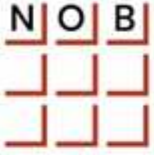
3.3. Verwateringsregeling

Om toegang tot de BOR te hebben dient het aandelenbezit tot box 2 gerekend te worden en ten minste 5% te bedragen. Onder zeer strikte voorwaarden mag het belang ten minste 0,5% bedragen, maar dan dienen deze belangen onder de 5% te zijn gezakt door schenking, vererving of huwelijksvermogensrecht (art. 35c, lid 5, onder b SW 1956).

De voorwaarde van een minimale omvang van het aandelenbezit leidt ertoe dat de oudere familiebedrijven al in deze generatie of in de volgende generatie geen toegang tot de BOR hebben vanwege het grote aantal aandeelhouders. Daarnaast is met name de regeling voor belangen <5% zeer complex en geeft aanleiding tot veel discussie en soms onlogische uitkomsten.⁷ Bovendien kan een fusie van een (onderdeel van het) familiebedrijf met een ander bedrijf leiden tot een daling van boven de 5% tot onder de 5%, waardoor aandeelhouders recht op toepassing van de BOR verliezen. Ook kunnen verkopen binnen familieverband en zakelijk ingegeven uitgifte van aandelen, bijvoorbeeld in het kader van een managementparticipatieplan, leiden tot een daling onder de 5% bij bepaalde aandeelhouders.

⁷ Zie voor een uitgebreide beschrijving van de verwateringsregeling M.J. Hoogeveen en R.C.G. Lindenhof, 'toerekenen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten per 1 juli 2016', MBB 2017/10, p. 324 e.v.





Dit bemoeilijkt bedrijfsoverdracht binnen familieverband, omdat de aandeelhouder op zijn resterende aandelenpakket recht op toepassing van de BOR verliest.

Kortom, de huidige verwateringsregeling is ingewikkeld en werkt niet consistent uit waardoor reële bedrijfsopvolgingen niet in aanmerking komen voor de BOR. Wij kunnen ons dan ook voorstellen dat toepassing van de BOR wordt gekoppeld aan een familietoets waarbij de erflater/schenker al dan niet tezamen met zijn familie en minimaal totaalbelang in de onderneming bezit. Ondanks dat in de Kamerbrief is aangegeven dat een dergelijke familietoets de BOR niet eenvoudiger maakt, ervaart de praktijk de verwateringsregeling dusdanig ingewikkeld, dat dit een vergelijkend onderzoek tussen de huidige verwateringsregeling en mogelijkheid van een familietoets naar de mening van de NOB rechtvaardigt. Mocht een vergelijkend onderzoek niet gewenst zijn, dan dienen de omissies uit de verwateringsregeling te worden gehaald.

3.4. Indirecte overdracht van aandelen

De doorschuifregeling is van toepassing bij de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen door de schenker/erflater aan de opvolger. Indien niet de direct gehouden aanmerkelijkbelangaandelen worden overgedragen, maar de holding van de overdrager op verzoek van haar aandeelhouder(s) de aandelen in een actieve dochtervennootschap om niet aan de opvolger overdraagt, wordt dat voor belastingheffing gezien als een dividenduitkering gevolgd door een schenking. De dividenduitkering is een regulier voordeel waarover inkomstenbelasting is verschuldigd. Onder voorwaarden kan gebruik worden gemaakt van een uitstel van betalingsfaciliteit (art. 24, lid 11 Inv.Wet). De verkrijgingsprijs voor de schenker is gelijk aan de waarde in het economische verkeer. Bij de daaropvolgende schenking is geen meerwaarde aanwezig waardoor de doorschuifregeling niet hoeft te worden toegepast. Voor de schenkbelasting geldt een tegemoetkoming.⁸

Eenzelfde situatie kan ontstaan indien een erflater in zijn testament de door hem via een holding gehouden aandelen in een dochtermaatschappij legateert aan de opvolger. Ook dan vindt eerst een dividenduitkering plaats, gevolgd voor een erfrechtelijke verkrijging. Over de dividenduitkering is inkomstenbelasting verschuldigd, waarvoor onder voorwaarden uitstel van betaling kan worden verkregen. Anders dan voor een schenking, is voor een indirect legaat geen goedkeuring voor de BOR opgenomen in het besluit bedrijfsopvolging.

⁸ Besluit 'Schenk- en Erfbelasting. Bedrijfsopvolgingsregeling' d.d. 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, goedkeuring 3.8.





Via een omweg kan de schenking worden vormgegeven, waarbij wel gebruik kan worden gemaakt van de DSR. De omweg behelst een juridische (af)splitsing van de holding die als bezitting de aandelen in de werkmaatschappij(en) meekrijgt. De aandelen in de holding worden vervolgens geschonken. Deze route vergt echter meer kosten en tijd vanwege wettelijke voorschriften en wachttermijnen. Bovendien is deze route niet mogelijk na overlijden van de erflater (zie ook knelpunt 3.2). Het is wenselijk dat voor een indirecte schenking en legaat van aandelen in de werkmaatschappij de DSR en de BOR kunnen worden toegepast.

3.5. Niet-kwalificerend ondernemingsvermogen

De bedrijfsopvolgingsregeling is alleen van toepassing indien en voor zover sprake is van een onderneming in de zin van de Wet IB 2001. Over beleggingsvermogen – behoudens de 5%-regeling van art. 35c, lid 1, onder c, ten tweede SW 1956 (hierna: 5%-beleggingsmarge) – is schenk of erfbelasting verschuldigd. In de loop der jaren is in de uitvoering van de regeling een derde categorie vermogen ontstaan: het niet-kwalificerende ondernemingsvermogen. Dit vermogen is weliswaar ondernemingsvermogen, maar voldoet niet aan de bezitsei. Deze categorie ‘niet-kwalificerend ondernemingsvermogen’ is niet benoemd in de parlementaire geschiedenis en heeft volgens de Belastingdienst de volgende invloed op de toepassing van de BOR:

- De waarde van het niet-kwalificerende ondernemingsvermogen komt niet in aanmerking voor de BOR. Voor zover de waarde van de overgedragen aandelen hierop ziet, is schenk- of erfbelasting verschuldigd.
- Het niet-kwalificerende ondernemingsvermogen wordt meegeteld bij het bepalen van de totale objectieve onderneming.
- Het niet-kwalificerende ondernemingsvermogen is geen beleggingsvermogen en kan niet worden geschoven onder de 5%-beleggingsmarge.
- Het niet kwalificerende ondernemingsvermogen is wél onderdeel van het ondernemingsvermogen waarover de 5%-beleggingsmarge berekend mag worden

Door deze stellingname ontstaat het - naar de mening van de NOB- onwenselijke effect dat als een deel van de waarde van de geschonken of vererfde aandelen wordt aangemerkt als niet-kwalificerend ondernemingsvermogen de 100%-vrijstelling van art. 35b, lid 1, letter b, ten tweede SW 1956 ten bedrage van € 1.205.871 (bedrag 2023) deels teniet wordt gedaan. De waarde van het niet-kwalificerende ondernemingsvermogen wordt immers wel meegenomen in de noemer, maar kan nooit onderdeel uitmaken van de teller.





3.6. 100%-vrijstelling

De vrijstelling goingconcernwaarde houdt in dat per objectieve onderneming tot € 1.205.871 euro (bedrag 2023) van het ondernemingsvermogen volledig wordt vrijgesteld van erf- of schenkbelasting. De objectieve betreft de totale (waarde van de) onderneming en bestaat uit de ter beschikking gestelde onroerende goederen en 100% van de deelbelangen die de vennootschap houdt waarvan de aandelen worden geschonken. De verkrijger heeft recht op een evenredig deel van de 100%-vrijstelling. Dat betekent dat als een bedrijfsopvolging gefaseerd plaatsvindt, per schenking een deel van de voorwaardelijke vrijstelling benut kan worden.

Bij de toepassing van deze 100%-vrijstelling loopt de praktijk tegen diverse knelpunten aan, waaronder:

- De berekening van de totale waarde van de objectieve onderneming is ingewikkeld en tijdrovend.
- De vrijstelling is niet rechtsvormneutraal. Er kunnen meerdere objectieve ondernemingen worden gedreven in de Holding, maar toch is de 100%-vrijstelling slechts eenmaal van toepassing. Indien een IB-ondernemer meerdere IB-ondernemingen drijft, is per IB-onderneming de 100%-vrijstelling van toepassing.
- De huidige vormgeving van de 100%-vrijstelling leidt er in voorkomende situaties toe dat per saldo minder dan € 1.205.871 vrijgesteld overgaat en andere situaties juist een hogere waarde vrijgesteld overgaat.

Voor een uitgebreide beschrijving van deze en andere knelpunten verwijzen wij naar de volgende publicaties: M.J. Hoogeveen en A.M.A. de Beer, 'De 100%-vrijstelling: Aanpassen of afschaffen (I)', WFR 2016/161 en M.J. Hoogeveen en A.M.A. de Beer, 'De 100%-vrijstelling: Aanpassen of afschaffen (II)', WFR 2016/183.

3.7. Overdrachtsbelasting

Voor de heffing van overdrachtsbelasting wordt het begrip onderneming anders ingevuld dan voor de DSR en BOR. Bij het schenken van aanmerkelijkbelangaandelen in een vennootschap die een onderneming drijft kan daardoor in voorkomende gevallen een beroep worden gedaan op de DSR en de BOR, terwijl de verkrijger dan wel 10,4% (tarief 2023) overdrachtsbelasting is verschuldigd over de waarde van de aanwezige onroerende zaken. Veelal zal ook de overdrachtsbelasting voldaan moeten worden uit het ondernemingsvermogen, hetgeen de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. De verschuldigde overdrachtsbelasting bij de aandeelhouders heeft dus (in)direct consequenties voor de continuïteit van de onderneming. Het is wenselijk dat het begrip onderneming in de overdrachtsbelasting aansluit op de DSR en de BOR.





3.8. Fictieve verkrijgingen en de BOR

In de Successiewet zijn ficties opgenomen teneinde verkrijgingen die in economisch opzicht vergelijkbaar zijn met een verkrijging krachtens schenking of erfrecht, te kunnen belasten met schenk- en erfbelasting. Een verkrijging die krachtens een fictie als erfrechtelijke verkrijging is aangemerkt, komt in veel gevallen niet aan aanmerking voor de BOR. De (fictieve) erflater heeft tijdens leven het ondernemingsvermogen reeds overgedragen, waardoor op moment van overlijden niet is voldaan aan de bezitstermijn.

Wij verwijzen voor een uiteenzetting van deze problematiek bij de diverse fictiebepalingen naar M.J. Hoogeveen, 'Fictieve verkrijgingen, de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de bezitstermijn', WPNR 2016/7104. In deze bijdrage gaat de auteur in op de volgende fictiebepalingen:

art. 10 SW 1956:	voorbehouden genot
art. 11, tweede lid, slot SW 1956:	verkoop met uitgestelde levering
art. 12 SW 1956:	schenking binnen 180 dagen voor overlijden
art. 13a SW 1945:	waardestijging aandelen door overlijden
art. 16, art. 17 en art. 17a SW 1956:	afgezonderd particulier vermogen

Het is wenselijk dat hiervoor een tegemoetkoming komt.

3.9. Schenking aan een werknemer: schenking of loon

Bedrijfsoverdracht ziet onder meer op de overdracht van een bedrijf of aanmerkelijk belang in een vennootschap aan werknemers.⁹ Verrijking door een werknemer (zonder familie-/affectieve relatie) wordt mogelijk aangemerkt als loon uit dienstbetrekking. De verkregen aandelen worden dan als loon belast (toptarief in 2023 van maximaal 49,5%), waarbij de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting mogelijk niet van toepassing is. Dit vormt een knelpunt bij bedrijfsoverdracht.

Over de NOB

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) is opgericht in 1954. We zijn de beroepsvereniging van universitair opgeleide belastingadviseurs in Nederland en behartigen de gemeenschappelijke belangen van onze leden. We staan voor een excellente beroepsuitoefening door het aanbieden van opleidingen voor onze leden, het toepassen van onze code of conduct en de handhaving daarvan via onafhankelijk tuchtrecht. We vormen de brug tussen leden en maatschappij door de inzet van de bij onze leden aanwezige (praktijk)kennis over de volle breedte van het fiscale terrein. Deze kennis zetten we in om een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat over belastingen.

⁹ Zie Kabinetsreactie evaluatie fiscale bedrijfsopvolgingsregelingen, p. 1, voetnoot 2.

