

## NLF-W 2024/17

# Aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025 - Een evaluatie en aanbevelingen

### Samenvatting

Het demissionaire kabinet wil in het Belastingplan 2025 met een drietal maatregelen komen die de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) en doorschuifregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen (DSR) eenvoudiger en robuuster moeten maken. Ten eerste wordt de toegang tot de BOR en DSR beperkt tot gewone aandelen met een minimaal belang van 5%. Ten tweede wordt de bezits- en voortzettingseis in de BOR versoepeld, en ten derde wordt onbedoeld gebruik van de BOR via rollatorinvesteringen en dubbel-BOR tegengegaan. In dit artikel geeft Almer de Beer een kritische analyse van de voorstellen en doet hij ook voorstellen ter verbetering van de BOR en DSR.

## 1. Inleiding

Het demissionaire kabinet wil in het Belastingplan 2025 met een drietal maatregelen komen die de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) en doorschuifregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen (DSR) eenvoudiger en robuuster moeten maken.<sup>1</sup> Ten eerste wordt de toegang tot de BOR en DSR beperkt tot gewone aandelen met een minimaal belang van 5%. Ten tweede wordt de bezits- en voortzettingseis in de BOR versoepeld, en ten derde wordt onbedoeld gebruik van de BOR via rollatorinvesteringen en dubbel-BOR tegengegaan. Daarnaast doet het kabinet nog een aantal voorstellen met als doel de BOR en DSR meer in lijn te brengen met de doelstelling van deze faciliteiten. Belanghebbenden en andere betrokkenen kunnen hun visie geven op de voorstellen. Op 19 april 2024 is in dat kader een internetconsultatie gestart die loopt tot en met 19 mei 2024.<sup>2</sup>

In deze bijdrage evalueer ik de voorstellen.<sup>3</sup> Ik rond af met een aantal aanbevelingen.

## 2. Toegang beperken tot aandelen met ondernemingsrisico

### 2.1. 5% gewone aandelen

Het kabinet stelt voor de grens van het ondernemerschap van de aandeelhouder te trekken bij een regulier aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6, aanhef en onderdeel a, Wet IB 2001. De erflater of schenker moet dus een 5%-belang in het totaal geplaatste kapitaal hebben en het belang moet gewone

---

1 Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956 in verband met aanpassingen in een aantal fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025) (hierna: Wafb 2025).

2 Zie internetconsultatie wetsvoorstel 'Aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025'.

3 Ik heb daarbij een selectie gemaakt van de te behandelen voorstellen.

aandelen betreffen.<sup>4</sup> Een gelijksoortig vereiste geldt voor de indirect gehouden aandelen.<sup>5</sup> Gewone aandelen zijn aandelen niet zijnde preferente aandelen dan wel tracking stocks. Voorgesteld is van preferente aandelen en tracking stocks een definitie op te nemen in de faciliteiten. Deze behandel ik in paragraaf 2.3 respectievelijk paragraaf 2.4.

Het totaal geplaatste kapitaal omvat naast de gewone aandelen ook de preferente aandelen.<sup>6</sup> Het is mijns inziens juist om 5% te verlangen van het geplaatste aandelenkapitaal van uitsluitend de gewone aandelen. De gewone aandelen zijn immers de ondernemersaandelen.<sup>7</sup>

Reële bedrijfsopvolging vereist dat de verkrijger 'als ondernemer' de onderneming voortzet. Het kabinet stelt naar mijn oordeel dan ook ten onrechte geen 5%-criterium voor ten aanzien van de verkrijger, terwijl nota bene het kabinet zelf opmerkt dat 'de verkrijger van deze kleine belangen (*A dB: belangen van gewone aandelen van minder dan 5% in het totale geplaatste kapitaal*) veeleer (kan) worden gelijkgesteld met een belegger'.<sup>8</sup>

Gelet op het voorgaande stelt het kabinet wel voor om van de BOR en DSR uit te sluiten:

- opties op aandelen;
- winstbewijzen;
- aanmerkelijkbelangpakketten van minder dan 5% van het totaal geplaatste kapitaal;
- een aanmerkelijk belang op grond van de meesleepregeling;
- een fictief aanmerkelijk belang; en
- een soort aanmerkelijk belang dat kleiner is dan 5% van het totaal geplaatste kapitaal.

De facilitering van een vruchtgebruik of bloot eigendom van aandelen wil het kabinet handhaven. Voor familiebedrijven is dat zonder meer prettig, maar het is wel een inbreuk op het uitgangspunt dat voor ondernemerschap ten minste een volledig belang bij 5% van de gewone aandelen is vereist. Het vruchtgebruik of bloot eigendom moet wel betrekking hebben op gewone aandelen en moet bij de erflater of schenker behoren tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 4.6, aanhef en onderdeel a, Wet IB 2001.

---

4 Voorgesteld artikel 4.17a, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956.

5 Voorgesteld artikel 4.17a, lid 5, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 5, SW 1956.

6 Ook tracking stocks vallen er onder, maar in dat geval kwalificeert, als het aan het kabinet ligt, geen van de aandelen voor de BOR (zie paragraaf 2.4).

7 Het voorgestelde 5%-criterium kan betekenen dat bij aanwezigheid van een preferent aandelenkapitaal een bezit van 5% aan gewone aandelen niet mogelijk is. Denk bijvoorbeeld aan een geplaatst aandelenkapitaal van gewone aandelen van € 10.000 en een preferent aandelenkapitaal van € 200.000. De gewone aandelen vertegenwoordigen dan slechts 4,8% van het totaal geplaatste aandelenkapitaal.

8 Wafb 2025, MvT, p. 10.

Het kabinet wil, behoudens de uitsluiting van het fictieve aanmerkelijk belang, de facilitering van 'verwaterde' belangen in stand houden.<sup>9</sup> Dit druist in tegen het uitgangspunt dat bij belangen van kleiner dan 5% er, op grond van de doelstelling van de BOR, geen reden is de faciliteit te verlenen. Voor een select clubje belastingplichtigen worden de fiscale spelregels echter aangepast als de uitkomst hen niet welgevallig uitkomt.<sup>10</sup>

## 2.2. Bedrijfsopvolgingsprefs

De BOR en DSR blijven ook van toepassing op preferente aandelen die in het kader van een bedrijfsopvolging zijn uitgegeven.<sup>11</sup> De preferente aandelen moeten wel een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen in de zin van artikel 4.6, aanhef en onderdeel a, Wet IB 2001.<sup>12</sup> Het kabinet doet geen verdere voorstellen ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsprefs. Dat is een gemis, omdat deze regeling te stringent is vormgegeven.<sup>13</sup> In dat kader wijs ik met name op de 'landingsplatformbenadering'. Op grond hiervan moet de verkrijger aandeelhouder zijn van de gewone aandelen uitgereikt ten tijde van de omvorming van de gewone aandelen van de erflater of schenker in preferente aandelen. Voor de gefaciliteerde verkrijging van de preferente aandelen volstaat naar mijn oordeel dat de verkrijger ten tijde van de verkrijging 5% van de gewone aandelen heeft, ongeacht de historische oorsprong van de gewone aandelen.

## 2.3. Preferente aandelen: definitie

De BOR en DSR staan enkel open voor de verkrijging van gewone aandelen. Behoudens bedrijfsopvolgingsprefs zijn preferente aandelen uitgesloten. De wetgever heeft zich in tegenstrijdige zin uitgelaten over wat preferente aandelen zijn. Daarom stelt het kabinet voor om dit duidelijker te regelen.

Voorgesteld is de volgende definitie:<sup>14</sup>

- 
- 9 De verwateringsregeling voor indirecte belangen is vastgelegd in artikel 4.17a, lid 5, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 5, SW 1956. De regeling voor verwaterde belangen is in het kader van de Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2024 door het aangenomen amendement van de leden Van Dijk en Erkens (Kamerstukken II 2023/24, 36 421, 11) verder verruimd. Allereerst geldt de voorwaarde van het minimum van 0,5%, niet als de verkrijger een bloedverwant in de neergaande lijn is van een van de rechtsvoorgangers. Daarnaast is de BOR en de DSR opengesteld voor kleine belangen indien de erflater of schenker, al dan niet tezamen met zijn partner, en bloed- en aanverwanten in de neergaande lijn van de eerste familiale aandeelhouder, doet blijken voor ten minste 25% een belang in het lichaam te houden (artikel 35c, lid 8a, SW 1956).
- 10 Zie NRC, 'Zo. Nu eerst een belastingvoordeel. Hoe de Bavaria-familie het uitstekend voor zichzelf regelde', 8 februari 2023. Zie over deze kwestie J.L.M. Gribnau, 'Bavaria's fiscale privilege', NTFR 2024/601 en de brief van de staatssecretaris van Financiën van 7 maart 2024, 2024-0000190809, NLF 2024/0635.
- 11 Artikel 4.17a, lid 3, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 4, SW 1956.
- 12 Voorgesteld artikel 4.17a, lid 3, onderdeel a, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 4, onderdeel a, SW 1956.
- 13 Zie A.M.A de Beer, 'BOR: bedrijfsopvolging met preferente aandelen en de (rigide) landingsplatformbenadering', WFR 2023/35.
- 14 Voorgesteld artikel 4.17a, lid 3, laatste volzin, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 4, laatste volzin, SW 1956. In laatstgenoemde bepaling ontbreekt de tweede zinsnede van de definitie preferent aandeel. Naar ik aanneem, is dit een omissie.

‘Voor de toepassing van dit artikel en de daarop berustende bepalingen wordt onder preferente aandelen verstaan aandelen met voorrang ten aanzien van de winstverdeling of liquidatieopbrengsten. 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.’

Twee begrippen staan in deze definitie centraal:

1. voorrang; en
2. wezenlijk.

### *Ad a. Voorrang*

Wezenskenmerk van een preferent aandeel is volgens het kabinet – en dit onderschrijf ik <sup>15</sup> – een voorrang op de winstverdeling of liquidatieopbrengsten. Het archetype preferent aandeel betreft het aandeel dat aanspraak geeft op een vaste preferente vergoeding en verder niet deelt in de (over)winst. Dergelijke financieringsprefs schurken dicht aan tegen een achtergestelde lening. Zie onderstaand voorbeeld. <sup>16</sup>

### *Voorbeeld*

Een vennootschap heeft twee soorten aandelen, aandelen A en aandelen B. De aandelen A hebben een nominaal kapitaal van € 100.000 waarover jaarlijks met voorrang een primaire vergoeding wordt betaald van 2%. De volledige restwinst gaat naar de aandelen B. De aandelen A hebben voorrang ten aanzien van de winstverdeling en worden dus aangemerkt als preferent. Hierbij is het niet relevant of de vennootschap jaarlijks € 2.000 of € 200.000 winst maakt. Het criterium wezenlijk speelt hierbij geen rol.

Het kabinet merkt op dat aandelen waarop agio is gestort of storting van informeel kapitaal heeft plaatsgevonden, blijven kwalificeren voor de BOR en de DSR, mits deze aandelen geen voorrang kennen ten opzichte van andere aandelen. <sup>17 18</sup>

### *Voorbeeld*

Een vennootschap heeft twee aandeelhouders (ieder 50%). Het totale nominaal gestort kapitaal bedraagt € 20.000. Beide aandeelhouders storten € 1.000.000 agio waarover een 5% preferente vergoeding wordt vergoed.

---

15 Zie A.M.A. de Beer, ‘De aandeelhouder-ondernemer in de BOR en DSR (I)’, WFR 2024/12, par. 3.2.1.

16 Het voorbeeld is ontleend aan het consultatiedocument ( Wafb 2025, MvT, p. 21, voetnoot 48 ).

17 Wafb 2025, MvT, p. 12 . Ter zake merkt het kabinet op: ‘Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt dat aandelen waarop agio is gestort of storting van informeel kapitaal heeft plaatsgevonden, blijven kwalificeren voor de BOR en de DSR ab, mits deze aandelen geen voorrang kennen *ten opzichte van andere aandelen ( AdB: cursivering )*’. Ik begrijp deze uitlating aldus dat als de aandelen weliswaar een voorrangrecht kennen, toch geen sprake is van een preferent aandeel indien alle andere aandelen eenzelfde voorrangrecht hebben. Er dient met andere woorden een (extra) voorrangrecht te bestaan ten opzichte van de andere aandelen.

18 Dit wijkt af van het huidige standpunt van de Kennisgroep successiewet van de Belastingdienst (zie hierover A.M.A. de Beer, ‘Oppompen ondernemingsvermogen en BOR’, WFR 2024/96, par. 4 en 5).

Alle aandelen hebben in dit voorbeeld gelijke rechten. Hoewel de aandelen voor het agiodeel een preferent winstrecht kennen, is dus desondanks geen sprake van een preferent aandeel. Aan de hierna te behandelen wezenlijkheidstoets wordt dan niet meer toegekomen. Reikt de vennootschap echter vervolgens een gewoon (letter)aandeel uit dat in de winst deelt na toekenning van de preferente vergoeding (de overwinst) dan hebben de aandelen wel een voorrangrecht ten opzichte van het gewone (letter)aandeel. Dan moet vervolgens worden beoordeeld of op grond van de wezenlijkheidstoets sprake is van een preferent aandeel. Uitgaande van de hierna te bespreken visie van het kabinet zullen de aandelen op grond van de wezenlijkheidstoets als preferent kwalificeren. Het bijplaatsen van een gewoon (letter)aandeel leidt dus tot het verstrekkende gevolg dat de aandelen niet meer kwalificeren voor de BOR, dan wel indien de uitgifte na een gefaciliteerde verkrijging geschiedt, dit resulteert in een 'verboden handeling' voor de voortzettingseis waardoor de BOR alsnog volledig vervalt.<sup>19</sup>

#### *Ad b. Wezenlijk*

Aandelen kunnen zowel recht geven op een preferente vergoeding en voorts delen in de (over)winst. Deze aandelen hebben zowel kenmerken van zuivere financieringsprefs als volledig ondernemingsrisico dragende gewone aandelen. Voor deze 'hybride aandelen' stelt het kabinet een aanvullende 'wezenlijkheidstoets' voor. Hebben de aandelen slechts voor een deel van het gestorte kapitaal voorrang op de winstverdeling of liquidatieopbrengsten, dan is uitsluitend sprake van een preferent aandeel als de voorrang wezenlijk is ten opzichte van het deel van het gestorte kapitaal van die aandelen dat geen voorrang kent. Onder gestort kapitaal verstaat het voorstel aandelenkapitaal plus agio.<sup>20</sup> Een aandeel dat enkel voorrang kent ten aanzien van de winstreserves, is dus geen preferent aandeel.<sup>21</sup> De verlettering van aandelen om een eigen dividendpolitiek te kunnen voeren leidt in zoverre niet tot het etiket preferent aandeel.

#### *Voorbeeld*

Een vennootschap heeft twee aandeelhouders (ieder 50%). Teneinde een eigen dividendpolitiek te kunnen voeren wordt besloten om de aandelen te verletteren. De gewone aandelen worden verletterd in aandelen A en aandelen B. De vóór de statutenwijziging aan de gewone aandelen verbonden zichtbare winstreserves ad € 2.000.000 worden volledig toegerekend aan de aandelen A respectievelijk B (ieder 50%). De aandelen A en B geven ten aanzien van de winstreserves recht op een 6% vergoeding (primair dividend). De overwinst wordt naar rato van het geplaatste aandelenkapitaal verdeeld (50%:50%).

De preferentie ten aanzien van de winstverdeling heeft in dit voorbeeld geen betrekking op het gestorte kapitaal, maar op de winstreserves. De letteraandelen A en B zijn dan geen preferente aandelen. Dat wordt niet anders indien de letterreserves, door een uiteenlopende dividendpolitiek gaan afwijken. Naar mijn oordeel is er ook om een andere reden geen reden om deze aandelen als preferent te kwalificeren.

---

19 Artikel 35e, lid 1, onderdeel c, onder 2°, SW 1956 .

20 Wafb 2025, artikelsgewijze toelichting bij artikel 4.17a t/m 4.17c Wet IB 2001 . Onduidelijk is of informeel kapitaal ook onder de noemer 'agio' valt.

21 Wafb 2025, MvT, p. 21 .

De wetgever heeft uitsluitend financieringsprefs als preferent willen aanmerken. In casu is de preferentie enkel een middel om een zakelijke winstverdeling tot stand te brengen.<sup>22</sup>

De wezenlijkheidstoets betreft dus aandelen die voor een deel van het gestorte kapitaal een preferentie op de winst kennen en voor een deel niet. Met de 'wezenlijkheidstoets' moet dan worden bepaald of sprake is van een gewoon dan wel preferent aandeel. Het kabinet geeft onder andere het volgende voorbeeld.<sup>23</sup>

#### *Voorbeeld*

Een vennootschap heeft twee soorten aandelen, aandelen A en aandelen B. De aandelen A en B hebben ieder een nominale waarde van € 100.000. De aandelen A hebben daarnaast een statutaire agioreserve (van € 1 miljoen) waarover met voorrang een primaire vergoeding wordt betaald van 5%. Het agio waarover de primaire vergoeding op de aandelen A met voorrang wordt berekend is in dit geval duidelijk wezenlijk ten opzichte van het niet-preferente nominale kapitaal van de aandelen A. De aandelen A worden daarom aangemerkt als preferente aandelen.

De verhouding tussen nominaal gestort kapitaal en agio is in dit voorbeeld 1:10. Het agio waarover de preferente vergoeding wordt berekend, is volgens het kabinet dan 'duidelijk wezenlijk' ten opzichte van het niet-preferente nominale aandelenkapitaal A. Het kabinet geeft merkwaardig genoeg niet aan waar het omslagpunt tussen wezenlijk en niet-wezenlijk ligt. Een andere kwestie is of de verhouding tussen preferent kapitaal en volledig winstdelend kapitaal wel een representatief criterium is om te bepalen of sprake is van een gewoon dan wel preferent aandeel.

#### *Voorbeeld*

Een vennootschap heeft twee soorten aandelen, aandelen A en B. De aandelen A en B hebben ieder een nominale waarde van € 100.000. Door de aanwezigheid van winstreserves en goodwill hebben de aandelen A en B een waarde van € 20.000.000 ieder. De aandeelhouder van de letteraandelen A stort vervolgens € 1.000.000 agio.

De verhouding tussen nominaal gestort kapitaal en agio is 1:10. Kijken we naar de verhouding waarde van de aandelen versus agio dan is de verhouding 20:1. Een relatief bescheiden agiostorting ten opzichte van de waarde van het aandeel kan dus tot gevolg hebben dat gewone aandelen van kleur verschieten in preferente aandelen.

#### *Geen splitsing*

Hybride aandelen kwalificeren als een gewoon dan wel preferent aandeel. Door het preferente en niet-preferente kapitaal te verdelen over verschillende aandelen is deze alles-of-nietsuitkomst te voorkomen.

#### *Voorbeeld*

Een aandeelhouder heeft gewone letteraandelen met een nominaal gestort kapitaal € 10.000 (totaal nominaal gestort kapitaal is € 20.000). Hij stort hierop € 500.000 agio. Hierover wordt een 5% preferente

---

22 Hier dringt zich de vergelijking op met firmaverhoudingen waarbij het ook gebruikelijk is om eerst over de kapitaalstand van de firmanten een vergoeding toe te kennen en vervolgens de overwinst volgens een vaste verdeelsleutel te verdelen.

23 Wafb 2025, artikelsgewijze toelichting bij artikel 4.17a t/m 4.17c Wet IB 2001 .

dividendvergoeding berekend. De aandelen kwalificeren dan als preferente aandelen. Stort de aandeelhouder de € 500.000 echter op een nieuw uit te geven 5% preferent aandeel, dan blijven de aandelen ad € 10.000 gewone aandelen. Uitsluitend het nieuw uitgegeven aandeel ad € 500.000 is een preferent aandeel.

Voor dit verschil in uitkomst zijn geen goede redenen aan te voeren. Materieel zijn beide gevallen vergelijkbaar. De regeling leidt tot rechtvaardigere uitkomsten indien bij hybride aandelen een (materiële) knip wordt aangebracht. Uitsluitend de waarde van het preferente deel van het aandeel wordt dan uit de grondslag voor de BOR en DSR geëlimineerd.

Overigens ben ik van oordeel dat indien de erflater of schenker een 5%-deelname in het geplaatst kapitaal heeft en een dito belang heeft in de (over)winst, de erflater respectievelijk schenker als ondernemer moet worden aangemerkt. Uit hoofde van zijn ondernemerschap zouden dan ook de preferente aandelen respectievelijk het preferente deel van de aandelen moeten kwalificeren. Vanuit de erflater of schenker bezien is dan immers sprake van ondernemingsvermogen.<sup>24</sup> Voor een gefacilieerde schenking of vererving moeten de preferente aandelen dan wel gekoppeld blijven aan de gewone aandelen.

#### **2.4. Tracking stocks**

Tracking stocks definieert het kabinet als aandelen met een bijzondere gerechtigdheid met betrekking tot vermogensbestanddelen of activiteiten van de vennootschap.<sup>25</sup> Zie onderstaand voorbeeld.<sup>26</sup>

##### *Voorbeeld*

A en B zijn aandeelhouders van XY bv. A houdt alle aandelen A en B houdt alle aandelen B. De aandelen A geven enkel recht op de resultaten van de onderneming en de waarde van het ondernemingsvermogen. De aandelen B geven enkel recht op de resultaten uit de beleggingen en de waarde van het beleggingsvermogen.

Het kabinet stelt voor om tracking stocks uit te sluiten van de toepassing van de BOR en DSR. Vanuit de ratio van deze faciliteiten is er geen reden om tracking stocks uit te sluiten indien en voor zover deze een gerechtigdheid geven tot het vermogen en de winst van de onderneming. De voorgestelde uitsluiting van alle tracking stocks is dan ook een paardenmiddel. Als argumenten voert het kabinet aan dat de

---

24 Dat preferente aandelen niet kwalificeren voor de BOR en DSR leidt tot willekeurige uitkomsten. Stel een schenker heeft 100% van de aandelen in een holdingvennootschap die op haar beurt 100% van de aandelen in een werkmaatschappij heeft. De holdingvennootschap verstrekt een achtergestelde lening aan de werkmaatschappij van € 1.000.000 voor de aanschaf van een machine. Door toepassing van de consolidatieregeling wordt de machine toegerekend aan de holdingvennootschap en schuld/vordering-verhouding tussen de werkmaatschappij en de holdingvennootschap wordt 'weggeconsolideerd'. Op de toerekeningsbalans resteert dus een machine van € 1.000.000. Deze machine telt mee als ondernemingsvermogen voor de BOR. Indien de holding de financiering verstrekt in de vorm van preferent aandelenkapitaal dan is consolidatie niet mogelijk ten aanzien van deze (niet-kwalificerende) preferente aandelen. De grondslag voor de BOR is dan € 1.000.000 lager dan in het geval van de leenfinanciering. In beide gevallen vervult de financiering een ondernemingsfunctie. Er is naar mijn oordeel dan ook geen reden om voor de BOR tussen beide financieringsvormen een onderscheid te maken.

25 Voorgesteld artikel 4.17a, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956.

26 Wafb 2025, artikelsgewijze toelichting bij artikel 4.17a t/m 4.17c Wet IB 2001 .

toepassing van de BOR en de DSR bij tracking stocks complex is en tot onbedoeld gebruik kan leiden.<sup>27</sup> Het kabinet wijst daarbij op de mogelijkheid om met tracking stocks een hoger bedrag onder de BOR te brengen dan dat er aan ondernemingsvermogen is.<sup>28</sup> Deze knelpunten onderschrijf ik, maar het kabinet maakt niet duidelijk waarom het niet mogelijk is een uitvoerbare regeling te ontwerpen waarbij tracking stocks met een gerechtigdheid tot de onderneming en het ondernemingsvermogen wel kwalificeren. Belastingplichtigen worden hiermee – ter behoud van de BOR en DSR – gedwongen de structuur aan te passen.

Voor bepaalde gevallen stelt het kabinet wel voor een overgangsregeling te treffen 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 opgeteld als de (af)splitsing uiterlijk 31 december 2027 heeft plaatsgevonden.

### 3. Versoepeling bezits- en voortzettingseis BOR

#### 3.1. Herstructurering

Herstructureren kan resulteren in een nieuwe bezitstermijn of een strijdigheid met de voortzettingseis.

Om herstructureringen niet te belemmeren zijn voorzieningen getroffen.<sup>29</sup> De hierin gestelde voorwaarden zijn evenwel te stringent.<sup>30</sup> Belastingplichtigen worden daardoor belemmerd hun ondernemingsstructuur in te richten op een wijze die vanuit bedrijfseconomisch en juridisch oogpunt het meest wenselijk is. Knellend werkt met name de voorwaarde dat de herstructurering voor de inkomstenbelasting en/of vennootschapsbelasting met toepassing van een doorschuiffaciliteit moet plaatsvinden en de daarmee verband houdende eis dat geen contanten mogen worden ontvangen, alsmede de voorwaarde dat de verkrijger enig aandeelhouder moet worden.<sup>31</sup>

Het kabinet stelt terecht voor de eis van geruisloos doorschuiven te laten vervallen. In het licht van de doelstelling van de BOR was er ook geen enkele reden om deze voorwaarde te stellen. Wel houdt het kabinet voor de voortzettingseis vast aan de eis dat de verkrijger geen contanten mag ontvangen, waaronder ook vorderingen of andere vormen van betaling zijn begrepen.<sup>32</sup> De herstructurering moet dus naar ik aanneem tegen uitreiking van aandelen plaatsvinden. Het ontvangen van contanten strookt volgens het kabinet niet met de bedoeling van de BOR, te weten dat de onderneming niet in gevaar mag

27 Wafb 2025, MvT, p. 12 .

28 Wafb 2025, artikelsgewijze toelichting bij artikel 4.17a t/m 4.17c Wet IB 2001 . In het onderdeel 'Tracking Stocks' geeft het kabinet een voorbeeld van onbedoeld gebruik.

29 Zie in dat kader o.a. artikel 9 en 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting .

30 In de literatuur is hier ook geregeld kritiek op gegeven. Zie bijv. mijn bijdrage, 'BOR-SW en herstructureren', in: PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging (thans: Tijdschrift Familiebedrijven), nummer 3, juli 2017, p. 35-44; T.C. Hoogwout, 'De bezitseis voor de Bedrijfsopvolgingsregeling', FTV 2019/33. en M.J. Hoogeveen in zijn noot in BNB 2021/1 bij HR 29 mei 2020, 19/01680, ECLI:NL:HR:2020:867 ( NLF 2020/1333 , met noot van Hoogwout) en zijn noot in BNB 2021/2 bij HR 29 mei 2020, 19/00189, ECLI:NL:HR:2020:990 ( NLF 2020/1334 , met noot van Hoogwout).

31 Artikel 10, lid 1, onderdeel d en e, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting .

32 Wafb 2025, MvT, p. 17 .



komen door de betaling van schenk- of erfbelasting. Met de ontvangen contanten had de verkrijger – zo betoogt het kabinet althans – immers de verschuldigde belasting kunnen betalen. Dit klinkt wellicht logisch, maar naar mijn oordeel berust dit argument op een misvatting. Een zuivere herstructurering resulteert nimmer in een vergroting van het betaalvermogen van de aandeelhouder-verkrijger.

### *Voorbeeld*

Verkrijger heeft 100% van de aandelen in een werkmaatschappij met toepassing van de BOR verkregen. De onderneming heeft een waarde van 100. Daarnaast heeft de verkrijger 100 liquide middelen in box 3. De werkmaatschappij verkoopt de onderneming aan de dga tegen betaling van een koopsom van 100.

De verkrijger wordt in dit voorbeeld niet rijker of armer door de overdracht. De liquiditeiten verschuiven uitsluitend binnen het vermogen van de verkrijger. Anders dan bij een verkoop van de onderneming aan een derde tegen een koopsom neemt de betaalcapaciteit van verkrijger dus niet toe.<sup>33</sup>

### *Voorbeeld*

Verkrijger brengt zijn onderneming in in een besloten vennootschap waarvan hij 100% aandeelhouder is. Voor de stakingswinst van € 100.000 bedingt hij een stakingslijfrente<sup>34</sup> bij de vennootschap.

In de visie van het kabinet betekent deze rechtsvormwijziging een verboden handeling. Ook hier resulteert de inbreng van de onderneming evenwel niet tot een verbetering van de betaalcapaciteit. De verkrijger zou naar mijn oordeel dus een stakingslijfrente moeten kunnen bedingen bij de vennootschap.

Het kabinet stelt voorts terecht voor om de eis van enig aandeelhouderschap te laten vervallen. Ik heb nooit begrepen waarom bij aanwezigheid van meerdere aandeelhouders een goedkeuring niet in overeenstemming zou zijn met de ratio van de voortzettingseis.

Het kabinet moet de goedkeuring voor de verschillende vormen van herstructurerings nog vormgeven. Deze goedkeuring kan mijns inziens uiterst beknopt zijn. Het enige criterium voor zowel de bezits- als voortzettingseis zou moeten zijn dat door de herstructurering of rechtsvormwijziging het belang van de erflater, schenker respectievelijk verkrijger bij de onderneming direct of indirect niet wijzigt.<sup>35</sup> Het is dan aan de Inspecteur om te beoordelen of zulks het geval is.

---

33 Anders zou ook de verkrijger die liquide middelen op een privérekening heeft geen recht hebben op toepassing van de BOR 'omdat hij dan immers de verschuldigde belasting kan betalen'. Voor de BOR is de aanwezigheid van betaalcapaciteit bij de verkrijger echter geen relevant criterium voor de toepassing van de faciliteit.

34 Artikel 3.129 jo. 3.126, lid 1, onderdeel a, onder 2°, Wet IB 2001 .

35 In dat kader kan tevens worden gewezen op HR 7 mei 2010, 08/01890, ECLI:NL:HR:2010:BI3713 inzake toepassing van de stakingslijfrenteafrek bij dooroverdracht van een onderneming aan een dochtervennootschap. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat de dooroverdracht van de onderneming geen beletsel vormt voor het bedingen van een stakingslijfrente ( artikel 3.129 jo. 3.126, lid 1, onderdeel a, onder 2°, Wet IB 2001 ) bij de houdstervennootschap, zolang de houdstervennootschap maar feitelijk het belang bij de onderneming behoudt.

### 3.2. Uitbreiding onderneming

Uit de arresten van de Hoge Raad van 29 mei 2020<sup>36</sup> volgt dat de uitbreiding van de onderneming door overname tot een afzonderlijke bezitstermijn voor de uitbreiding kan leiden. Dit is het geval indien kort gezegd de overgenomen onderneming niet 'opgaat in' de onderneming van de overnemer. Het kabinet schetst een aantal opties hoe omgegaan zou kunnen worden met de uitkomst van deze arresten. Volgens het kabinet zijn er drie opties.

1. de uitkomsten van de 29-mei arresten respecteren;
2. bij fictie een 100%-deelneming altijd aanmerken als een nieuwe onderneming;
3. bij fictie een 100%-deelneming altijd aanmerken als opgaan in de bestaande onderneming.

Het kabinet geeft daarbij de voorkeur aan de eerste optie. Naar mijn oordeel heeft geen van de opties de voorkeur.

Doelstelling van de bezitser is het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. In het verlengde daarvan moet de bezitser oneigenlijk gebruik van de BOR voorkomen. Van oneigenlijk gebruik is sprake indien met het oog op toepassing van de BOR kort voor schenken of vererven belast (beleggings)vermogen wordt getransformeerd in vrijgesteld ondernemingsvermogen. Dit betekent dat bij een reëel ondernemerschap van de erflater of schenker de BOR van toepassing zou moeten zijn ongeacht de bezitsduur van de onderneming. Een harde bezitstermijn kan daardoor tot overkill leiden. Over de mogelijkheid van een tegenbewijsregeling, op grond waarvan belastingplichtige aannemelijk kan maken dat ondanks de schenking of vererving van de onderneming binnen de bezitsperiode geen sprake is van oneigenlijk gebruik van de BOR, gaat het kabinet ten onrechte niet in. Dit wringt temeer in geval van een uitbreiding van de onderneming. De uitbreiding van de onderneming vindt in de regel plaats op grond van bedrijfseconomische redenen. Bezwaar van handhaving van de 'opgaan in'-benadering van de Hoge Raad is voorts dat deze benadering mogelijk niet rechtsvormneutraal uitwerkt. Bij een activa-passivatransactie kan sprake zijn van een 'opgaan in', in geval van een overname van aandelen in een werkmaatschappij mogelijk niet, dan wel minder snel.<sup>37</sup> Rechtsvormneutraliteit is echter een van de pijlers van de BOR. De wijze van overname van een onderneming zou voor de BOR dan ook volstrekt irrelevant moeten zijn.

### 3.3. Voortzettingseis: geen versoepeling stakingsbegrip

Kerngedachte van de BOR is dat de continuïteit van onderneming niet in gevaar mag komen door te betalen schenk- of erfbelasting door de verkrijger die deze onderneming voortzet. Veel ondernemers ervaren de knellende werking van de voortzettingseis. Een belangrijke oorzaak is dat de wetgever in beginsel<sup>38</sup> aansluiting heeft gezocht bij het stakingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Een aantal voorbeelden ter illustratie.

---

36 HR 29 mei 2020, 19/01680, ECLI:NL:HR:2020:867, NLF 2020/1333, met noot van Hoogwout (activa/passiva-transactie) en HR 29 mei 2020, 19/00189, ECLI:NL:HR:2020:990, NLF 2020/1334, met noot van Hoogwout (aanschaf deelnemingen).

37 Zie in dat kader de noot van I.J.F.A. van Vijfeijken in BNB 2023/97.

38 Wel laat de wetgever op grond van de aard van de BOR ruimte om af te wijken van het reguliere stakingsbegrip. Zie hierover A.M.A. de Beer, 'De voortzettingseis op aandelen en toetreden', WFR 2023/121, par. 10.2.

*Voorbeeld*

Een verkrijger van een IB-onderneming heeft een winkel. In de winkelstraat is sprake van veel leegloop. Het cliëntenbestand loopt daardoor ernstig terug. Ter afwending van een mogelijk faillissement besluit de ondernemer zijn onderneming binnen de voortzettingsperiode te verplaatsen naar een andere plaats met een levendiger winkelgebied. Naar inkomstenbelastingmaatstaven is sprake van een staking van een onderneming, omdat door onder andere een gewijzigd cliëntenbestand de economische identiteit van de onderneming niet hetzelfde is gebleven.<sup>39</sup> Voor de voortzettingseis is dan sprake van een verboden handeling. Verkrijger is alsnog schenkbelasting verschuldigd over de waarde van zijn onderneming ten tijde van de verkrijging.

*Voorbeeld*

Verkrijger heeft met toepassing van de BOR een bakkerij verkregen. Vanwege de komst van een grote supermarkt in de winkelstraat is de bakkerij niet meer levensvatbaar. Daarom besluit de ondernemer het roer om te gooien en op dezelfde locatie een ijssalon te openen. Als gevolg van de wijziging van de ondernemingsactiviteit is sprake van een staking van de onderneming voor de inkomstenbelasting. Voor de voortzettingseis is dan sprake van een verboden handeling. Indien dit in de voortzettingsperiode gebeurt, is schenker alsnog schenkbelasting verschuldigd over de waarde van zijn onderneming ten tijde van de verkrijging.

*Voorbeeld*

De verkrijger heeft een apotheek verkregen. Om schaalvergroting te realiseren gaat hij in de voortzettingsperiode een vof aan met een andere ondernemer die ook een apotheek drijft. Hierdoor ontstaat een vof, waarbij de gerechtigdheid van de verkrijger tot de verkregen apotheek afneemt. Voor zover die gerechtigdheid afneemt, wordt niet voldaan aan de voortzettingseis. Dat de verkrijger gerechtigd wordt tot de apotheek van de andere ondernemer is voor het voldoen aan de voortzettingseis niet relevant.

*NB. Dit voorbeeld is ontleend aan het consultatiedocument ( Wafb 2025, MvT, p. 21, voetnoot 48 ).*

Deze voorbeelden illustreren dat bij een onverkorte aansluiting bij het stakingsbegrip voor de voortzettingseis de verkrijger – op straffe van verval van de faciliteit – wordt ‘gedwongen’ een niet-rendabele onderneming op dezelfde voet voort te zetten, dan wel af te zien van een fusie met het oog op de groei van de onderneming. De BOR zet de ondernemer met andere woorden aan tot bedrijfseconomisch volstrekt irrationeel handelen. Desondanks ziet het kabinet niets in het verbeteren van de regeling op dit punt. Het beroept zich daarbij op een nogal formalistisch argument. Naar zijn oordeel krijgt de regeling dan een andere doelstelling dan het faciliteren van een bedrijfsopvolging.<sup>40</sup> Dit argument berust naar mijn oordeel op een misvatting.

Reële bedrijfsopvolging is gedefinieerd als ‘een overdracht van een onderneming door een ondernemer, die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming als ondernemer voortzet’.<sup>41</sup> Reële bedrijfsopvolging behelst niet dat de verkrijger de onderneming minimaal

---

39 Zie in dat kader Conclusie A-G Niessen 19 maart 2010, 08/02813, ECLI:NL:PHR:2010:BK4551 .

40 Wafb 2025, MvT, p. 14 .

41 Kamerstukken II 2009/10, 31 930, 9, p. 17 .

vijf jaar moet voortzetten. Een bedrijfsopvolging is dus ook reëel indien een ondernemer in de loop van de voortzettingstermijn zich genoodzaakt ziet de onderneming te beëindigen, bijvoorbeeld omdat de onderneming niet meer levensvatbaar is. Een harde voortzettingstermijn maakt daarmee juist inbreuk op het concept van reële bedrijfsopvolging.<sup>42</sup> Dat neemt niet weg dat vanwege het royale karakter van de vrijstelling een harde voortzettingstermijn op zichzelf bezien wel is te billijken. Het is niet onredelijk dat ten aanzien van een ondernemer die binnen de voortzettingstermijn zijn onderneming tegen 'cash' overdraagt de faciliteit alsnog wordt teruggenomen, ook al is de bedrijfsopvolging reëel.<sup>43</sup> De verkrijger is dan namelijk alsnog in staat om de schenk- of erfbelasting te betalen. De voortzettingstermijn werkt echter disproportioneel uit indien de vrijstelling wordt teruggenomen onder andere in gevallen waarin de ondernemer om bedrijfseconomische redenen zijn onderneming verplaatst, de activiteiten wijzigt of met het oog op de groei van de onderneming een fusie aangaat. Een tegemoetkoming voor deze gevallen is dan ook – anders dan het kabinet veronderstelt – volledig verenigbaar met de doelstelling van de faciliteit. Een tegemoetkoming kan daarbij op de volgende drie uitgangspunten worden gebaseerd. Ten eerste blijft het ondernemingsvermogen van de 'oude' onderneming, al dan niet krachtens herinvestering, ook binnen de nieuwe onderneming de functie van ondernemingsvermogen vervullen.<sup>44</sup> Ten tweede mag de relatieve gerechtigdheid van de verkrijger tot de onderneming niet afnemen. En ten derde dient de resterende voortzettingstermijn door te schuiven naar de 'nieuwe' onderneming.

Als belangrijk argument tegen een versoepeling van de voortzettingseis voert het kabinet voorts aan dat dit gepaard gaat met een lange periode van onzekerheid over de (toekomstige) regelgeving van de BOR. Deze onzekerheid vindt het kabinet voor bedrijfsopvolgingen onwenselijk. Een naar mijn oordeel wat merkwaardig argument. Ik neem aan dat belastingplichtigen liever een coulantere voortzettingseis willen met mogelijk nog wat onduidelijkheden dan een duidelijke(re), maar aanzienlijk ongunstigere regeling. Het kabinet maakt overigens ook niet duidelijk waarom de regeling onoverkomelijke onduidelijkheden zou bevatten. Met dit argument zou de invoering van vrijwel iedere regeling kunnen worden afgeserveerd.

---

42 De situatie waarbij de verkrijger een bestaande onderneming voortzet en daarna een nieuwe onderneming begint dan wel fuseert met een andere onderneming is dan ook niet te vergelijken met de verkrijger die een bedrag krijgt geschonken of erft en vervolgens hiermee een onderneming koopt. Het kopen van een onderneming is geen reële bedrijfsopvolging. Vanuit dat perspectief bezien is er geen reden om de verkrijging van het geld te faciliteren. In de door mij geschetste voorbeelden is het station van de reële bedrijfsopvolging al gepasseerd. Vanuit het oogpunt van reële bedrijfsopvolging is er dan geen reden om de faciliteiten terug te nemen (de DSR bijvoorbeeld doet dit ook niet). De harde voortzettingstermijn gaat in de voorbeelden dus aanzienlijk verder dan nodig is vanuit het oogpunt van reële bedrijfsopvolging. Een versoepeling geeft daarmee juist beter invulling aan het concept van reële bedrijfsopvolging.

43 Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de verkrijger door arbeidsongeschiktheid zich genoodzaakt ziet de onderneming te verkopen. Zie in dat kader A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5, par. 4 en 5.

44 In dat kader kan een op dezelfde leest geschoeide bepaling als artikel 3.64 Wet IB 2001 in het leven worden geroepen.

### 3.4. Voortzettingseis: uitgifte van aandelen

In het licht van het voorgaande past ook de door het kabinet voorgestelde wijziging van de voortzettingseis. Het kabinet stelt de volgende wijziging (*in cursief*) van artikel 35e, lid 1, onderdeel c, onder 2°, SW 1956 voor.

2°. (...), of op andere wijze wordt de aanspraak van die direct of indirect gehouden aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen, *al dan niet via uitgifte van vermogensbestanddelen beperkt*

Volgens het kabinet betreft het hier louter een verduidelijking van de wettekst.<sup>45</sup> Naar zijn oordeel betekent een uitgifte van aandelen in de vennootschap van de verkrijger reeds onder de huidige bepaling een verboden handeling. Het is echter maar zeer de vraag of dit standpunt correct is.<sup>46</sup> Ter onderbouwing merkt het kabinet op dat door de uitgifte van aandelen het deel van de winst waarop de verkregen aandelen aanspraak geven kleiner wordt. Bij een toetreding onder volstrekt zakelijke condities neemt het procentuele (aandelen)belang van de verkrijger weliswaar af, maar het belang in het winstgenererende vermogen van de vennootschap neemt in procentueel gelijke mate toe. Per saldo blijft de winstgerechtigdheid van de verkrijger dus gelijk. Voorts merkt het kabinet op dat door de uitgifte van aandelen aan een ander de subjectieve gerechtigdheid van de verkregen aandelen tot het ondernemingsvermogen kleiner wordt. In de wettekst, in de wetsgeschiedenis bij en wetssystematiek van de voortzettingseis op aandelen zijn naar mijn oordeel geen concrete aanknopingspunten dat voor de 'aanspraak van aandelen' moet worden gekeken naar het belang bij de onderneming van de vennootschap. Wat hier verder ook van zij, een naar mijn oordeel onwenselijk gevolg van de voorgestelde wijziging is dat een bedrijfseconomisch wenselijke (aandelen)fusie en de uitgifte van werknemersparticipaties om belangrijk personeel te binden aan de onderneming tot een verval van de BOR leidt.

### 3.5. Verkorting voortzettingstermijn van vijf jaar naar drie jaar

Ter versoepeling van de voortzettingseis stelt het kabinet wel een verkorting van de voortzettingstermijn van vijf jaar naar drie jaar voor. De knellende werking van de voortzettingseis zal hierdoor onmiskenbaar afnemen, maar het betreft geen fundamentele oplossing. Een harde voortzettingstermijn behelst immers een fictie, een veronderstelling dat in geval van de in de voortzettingseis beschreven 'verboden' handelingen in de voortzettingstermijn geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Ficties zijn vanuit oogpunt van uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst wellicht aantrekkelijk maar met rechtvaardigheid voor individuele belastingplichtigen heeft het weinig van doen. Het is naar mijn oordeel een zorgwekkende ontwikkeling dat de wetgever steeds vaker lijkt te grijpen naar ficties. Het is ook tamelijk ironisch dat zelfs faciliteiten die een 'reële bedrijfsopvolging' willen faciliteren bol staan

---

45 Zie in dat kader tevens kenniscgroepstandpunt 'BOR, afname belang in de voortzettingstermijn door uitgifte van aandelen', KG:063:2024:4.

46 Voor een andersluidende opvatting zie A.M.A. de Beer, 'Oppompen ondernemingsvermogen en BOR', WFR 2024/96 en E.J.W. Heithuis, 'Bedrijfsopvolging voor de dga; bezits- en voortzettingseis', TF2024/1, par. 4.2.

van de ficties. Inmiddels is wel duidelijk dat het EVRM grenzen stelt aan de inzet van ficties voor de belastingheffing.<sup>47</sup> Het gebruik ervan is daarmee niet geheel zonder risico voor de wetgever.

Het kabinet stelt voor de verkorting van de voortzettingstermijn naar drie jaar in te laten gaan voor verkrijgingen die zich voordoen vanaf 1 januari 2025. Ik zie niet in waarom deze driejaarstermijn niet ook voor verkrijgingen van voor die datum zou kunnen gelden.

#### 4. Aanpak rollatorinvestering en dubbel-BOR

Het kabinet stelt ten slotte maatregelen voor tegen de zogenoemde 'dubbel-BOR'<sup>48</sup> en de 'rollatorinvestering'. Een voorbeeld van een dubbel-BOR is de ouder die met toepassing van de BOR ondernemingsvermogen schenkt aan zijn kinderen. Na vijf jaar koopt de ouder de onderneming terug van de kinderen. Met toepassing van de BOR kan de onderneming na één jaar (overlijden) dan wel vijf jaar (schenken) weer met toepassing van de BOR vererven naar respectievelijk geschonken worden aan de kinderen. Bij een rollatorinvestering gaat het om vermogenden die op (zeer) hoge leeftijd hun niet-ondernemingsvermogen zodanig omvormen dat dit kwalificeert als ondernemingsvermogen met als doel van de BOR gebruik te maken.<sup>49</sup>

Deze constructies hebben als gemene deler dat zij louter zijn opgezet om beleggingsvermogen om te katten in ondernemingsvermogen. Met reële bedrijfsopvolging hebben deze weinig van doen. Ook hier wil het kabinet het probleem van oneigenlijk gebruik van de BOR met ficties oplossen. Bij de dubbel-BOR tracht het kabinet zulks te realiseren door het samenspel van (rechts)handelingen vast te leggen dat tot het BOR-voordeel leidt.<sup>50</sup> In geval van de rollatorinvestering is het voorstel om de bezitstermijn te verlengen met zes maanden per jaar dat de erflater op het moment van overlijden meer dan twee jaar ouder is dan de AOW-gerechtigde leeftijd<sup>51</sup> en in geval van schenking de bezitstermijn van vijf jaren te verlengen met zes maanden per jaar dat de schenker op het moment van de schenking meer dan zes jaar ouder is dan de AOW-gerechtigde leeftijd.

Maar ook hier schieten ficties, en dat erkent overigens ook het kabinet, tekort om dit doel te bereiken.<sup>52</sup> Een algemene antimisbruikbepaling, waarmee alle vormen van BOR-misbruik aangepakt kunnen worden

47 Zie onder andere het Kerst-arrest, HR 24 december 2021, 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963, NLF 2022/0106, met noot van Dusarduijn.

48 Een andere gebruikte term is 'BOR-carrousel'.

49 Een voorbeeld uit de rechtspraak (Rechtbank Noord Nederland 24 januari 2019, 16/393, ECLI:NL:RBNNE:2019:422, NLF 2019/0454, met noot van Antonisse) betreft de moeder die op 92-jarige leeftijd toetrad tot een maatschap met haar kinderen en daarbij het land en bedrijfsgebouwen inbracht die zij voorheen verpachtte aan de onderneming. Aangezien de moeder nu ondernemer is, kan zij na het verstrijken van de bezitstermijn van één respectievelijk vijf jaar het land en de bedrijfsgebouwen met toepassing van de BOR nalaten.

50 Voorgesteld artikel 35c, lid 7, onderdeel d, SW 1956.

51 Voorgesteld artikel 35d, lid 2, SW 1956 en artikel 35d, lid 3, SW 1956.

52 Ter zake merkt het kabinet over de rollatorinvestering op (Wafb 2025, MvT, p. 24): 'Deze constructies kunnen, anders dan de term zogenoemde rollatorinvesteringen suggereert, bij schenkers of erflaters in alle leeftijdsgroepen voorkomen. Wel

verdient daarom de voorkeur.<sup>53</sup> Bovendien gaat van een dergelijke antimisbruikbepaling de nodige preventieve werking uit. Belastingplichtigen en hun adviseurs zullen zich dan wel twee keer bedenken voordat zij een gekunstelde BOR-constructie optuigen.

## 5. Aanbevelingen

Op basis van de analyse van de voorstellen van het kabinet kom ik tot de volgende aanbevelingen.<sup>54</sup>

1. Voor de eis dat de erflater of schenker een 5%-belang in het geplaatste aandelenkapitaal heeft, moet worden uitgegaan van het geplaatste aandelenkapitaal van de gewone aandelen.
2. Ook de verkrijger moet (na verkrijging van de gewone aandelen) een aanmerkelijk belang hebben in de gewone aandelen in de zin van artikel 4.6, aanhef en onderdeel a, Wet IB 2001.
3. Een louter bloot eigendom dan wel vruchtgebruik van de aandelen dient niet te kwalificeren.
4. Sluit alle 'verwaterde' belangen van minder dan 5% van toepassing van de BOR en DSR uit.
5. Slechts indien en voor zover aandelen een financieringsfunctie vervullen, zouden deze moeten kwalificeren als preferente aandelen.
6. Preferente aandelen moeten kwalificeren indien de erflater of schenker op grond van zijn bezit van gewone aandelen een ondernemer is en de preferente aandelen een ondernemingsfunctie vervullen.
7. Voor de gefacilieerde verkrijging van bedrijfsopvolgingsprefs kan worden volstaan met de voorwaarde dat de verkrijger 5% van de gewone aandelen heeft. De historische oorsprong van de gewone aandelen is niet relevant.
8. Tracking stocks met een gerechtigdheid tot de onderneming en het ondernemingsvermogen moeten kwalificeren voor de BOR en DSR.
9. De bezitseis BOR dient te voorzien in een tegenbewijsregeling, in ieder geval voor uitbreidingen van de onderneming.
10. De voortzettingseis BOR dient bedrijfseconomisch rationeel handelen waarbij ondernemingsvermogen niet wordt omgezet in beleggingsvermogen, niet als een verboden handeling aan te merken. Een versoepeling van de harde voortzettingstermijn kan op de volgende drie uitgangspunten worden gebaseerd. Ten eerste blijft het ondernemingsvermogen van de 'oude' onderneming, al dan niet krachtens herinvestering, ook binnen de nieuwe onderneming de functie van ondernemingsvermogen vervullen. Ten tweede mag de relatieve gerechtigdheid van de verkrijger tot de onderneming niet afnemen. En ten derde dient de resterende voortzettingstermijn te worden doorgeschoven naar de 'nieuwe' onderneming.

---

is het zo dat vermogenden vaker ouderen zijn en dat ouderen met het oog op vermogensovergang of -overdracht naar de volgende generatie dankbaar (oneigenlijk) gebruik zullen maken van de mogelijkheden die de BOR daartoe biedt.'

53 Zie A.M.A. de Beer, 'De aandeelhouder-ondernemer in de BOR en DSR (II)', WFR 2024/20, par. 2.

54 Bij de aanbevelingen heb ik zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de uitgangspunten die de wetgever en het kabinet aan de BOR en DSR ten grondslag hebben gelegd.

11. De verkorting van de voortzettingstermijn van vijf naar drie jaar moet ook gelden voor verkrijgingen van voor 1 januari 2025.
12. Oneigenlijk gebruik van de BOR dient op een meer fundamentele wijze bestreden te worden met een generieke antimisbruikbepaling.

## **Almer de Beer**

*Grant Thornton*