

FISCAAL PRAKTIJKBLAD



Praktijkgericht vakblad met fiscale achtergronden en duiding

Dit artikel wordt u aangeboden door Fiscaal Praktijkblad

Fiscaal Praktijkblad is hét vakblad voor iedereen die duiding en achtergronden wil bij fiscale wet- en regelgeving, straf- en arbeidsrecht en jurisprudentie. Hier vindt u verdieping en concrete adviezen bij actuele fiscale thema's, geschreven door gezaghebbende auteurs uit de fiscale praktijk. Hierdoor is Fiscaal Praktijkblad direct bruikbaar in de praktijk.

Dit kunt u verwachten van Fiscaal Praktijkblad:

- 12x per jaar vakblad - digitaal en/of op papier
- wekelijkse nieuwsbrief met overzicht van recente fiscale wetgeving en rechtspraak
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/fiscaal-praktijkblad/abonneren/>

© 2021 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Sylvester Schenk¹

De BOR: eerlijk, eenvoudig en eigentijds

2021-0105

Het Register Belastingadviseurs is met circa 6.700 leden de grootste beroepsvereniging van belastingadviseurs voor het mkb. Het doel van de vereniging is het behartigen van de belangen van de leden in zo breed mogelijke zin. Daaronder valt ook het geven van commentaar op wetsvoorstellen en het komen met concrete voorstellen tot verbetering van bestaande wet- en regelgeving. Dit heeft recent geleid tot het uitbrengen van een position paper, met als titel 'De BOR: eerlijk, eenvoudig en eigentijds'². In deze paper worden voorstellen gedaan om te komen tot een verbetering van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet (artt. 35b en 35c Sw). Een overzicht.

Inleiding

Met grote regelmaat worden in het midden- en kleinbedrijf (alsmede in de agrarische sector) ondernemingen overgedragen. Vaak – maar overigens in een minderheid van de gevallen – vindt die overdracht plaats binnen de familie³. En als er dan binnen die familie wordt overgedragen, kan het gebeuren dat er (vaak, maar beslist niet altijd) wordt overgedragen voor een lager bedrag dan de waarde van die onderneming in het economisch verkeer (WEV). Voor zo'n lagere prijs kunnen redenen zijn. Zo is het, bijvoorbeeld in de agrarische sector, vaak niet mogelijk om tot een lonende exploitatie te komen als de opvolger voor de overgenomen onderneming de marktprijs moet betalen. De beoogd opvolger wordt anders uit de markt gedrukt door andere – doorgaans uiterst kapitaalkrachtige – partijen⁴. Voor de overdragende partij is de verkoopwaarde (en dat is vaak ook de uitpondwaarde) dan veel hoger dan de maximale prijs die de opvolger kan opbrengen. Hetzelfde geldt voor een kleine ondernemer – de spreekwoordelijke sigarenboer (zo die nog bestaan) – die op een A1-locatie zijn marginale winkeltje drijft en voor wiens plekje het grootkapitaal likkebaardend in de rij staat. En toch willen veel van deze ondernemers hun onderneming niet overdragen aan de meestbiedende, maar aan een ander. Dat lijkt overigens een sterk cultureel en sectoraal bepaald probleem. Zo worden in de melkveeteelt veel bedrijven tegen een betrekkelijk lage waarde overgedragen, daar waar in de tuinbouw veel zakelijker, ook tussen ouders en kinderen, wordt gehandeld. Want het staat de ondernemer natuurlijk vrij om te kiezen aan wie hij de onderneming overdraagt en voor welke prijs.

Overdracht als schenking

Een overdracht tegen een lagere prijs dan de waarde in het economisch verkeer van een onderneming kan een schenking tot gevolg hebben, waarover (zonder nadere voorzieningen) recht van schenking verschuldigd zou zijn. Dat is overigens niet het geval als er zakelijke

redenen zijn om de onderneming tegen die lagere prijs over te dragen. Dan is vrijgevigheid immers niet de reden voor de lagere prijs. Ook als een onderneming vererft is over de waarde van die onderneming (ook hier weer: zonder nadere voorzieningen) door de erfgenamen gewoon erfbelasting verschuldigd. Dat alles kan een zware hypotheek leggen op de overname van het bedrijf door de volgende generatie, waarbij we er dan maar gemakshalve van uitgaan dat de overname inderdaad binnen de familie plaatsvindt (in de regel van ouders op kinderen, al komt ook de overdracht oom-neef ook wel eens voor).

De fiscale gevolgen van het overnemen van de ouderlijke onderneming kunnen zo zwaar zijn dat de jongere generatie besluit om af te zien van die overname. Dan kan de onderneming aan derden worden verkocht of – en ook dat komt voor – worden gestaakt en geliquideerd. Dat kan – en in de regel: zal – tot verlies van werkgelegenheid leiden. Maar ook als de voornoemde hypotheek niet zo zwaar is dat deze tot gevolg heeft dat betrokkenen afzien van overname, zal deze overname toch zwaar drukken op de liquiditeitspositie van het bedrijf. In de regel zullen de voor de verschuldigde belasting benodigde financiële middelen onttrokken moeten worden aan de onderneming. Bovendien 'kan men fiscaal niets' met de aanslag schenk- of erfbelasting, nu het hier om privéschulden van de ondernemer gaat en niet om belastingen die voor de onderneming relevant zijn en derhalve op haar resultaat in mindering gebracht kunnen worden. Iets dat overigens bij betrokkenen nog wel eens op onbegrip stuit. Zo'n financiële aderlating vermindert het vermogen van de onderneming om in de nabije toekomst te innoveren en te investeren waarmee de concurrentiepositie ernstig in het gedrag kan komen. Waardoor, dat mag duidelijk zijn, uiteindelijk de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen.

Historie

Dat alles is er de reden voor geweest dat er fiscale faciliteiten in het leven zijn geroepen om de schenk- en erfbelasting geen hinderpalen te laten zijn voor bedrijfsopvolging. Deze bijdrage handelt over de BOR, maar voor de betrokken ondernemer kan en mag deze faciliteit natuurlijk niet los worden gezien van de andere fiscale tegemoetkomingen bij bedrijfsopvolging. Dat kunnendoorschuiffaciliteiten zijn (voor de IB-ondernemer⁵ en voor de houder van een aanmerkelijk belang⁶) of faciliteiten die daadwerkelijk een vrijstelling bieden, zoals in de overdrachtsbelasting⁷. Het zijn vanzelfsprekend al deze faciliteiten samen die de fiscale positie van betrokkenen in geval van een bedrijfsoverdracht bepalen. Aanvankelijk was de tegemoetkoming in de Successiewet niet wettelijk maar beleidsmatig geregeld, en dan nog enkel voor de agrarische sector. Daar mocht in geval van een bedrijfsovername de grond (fiscaal!) worden overgenomen voor de waarde in verpachte staat en de productierechten (denk aan het bekende melkquotum) voor de boekwaarde. En die bedroeg in veel gevallen nihil. Waarschijnlijk omdat deze sectorale regeling Europeesrechtelijk gezien niet houdbaar zou zijn, is destijds besloten deze regeling te codificeren en open te stellen voor alle sectoren, en dus niet enkel de agrarische sector. In de loop der jaren is de regeling enkele malen aangepast, waarbij het met name opviel dat de vrijgestelde bedragen en percentages stevig stegen.

De faciliteit van de BOR

De BOR⁸ is een regeling die ingewikkeld kan uitpakken, omdat gewerkt wordt met verschillende waardebegrippen en met 'tranches'. De eerste tranche (die vooral voor kapitaalintensieve maar laag renderende sectoren van belang is) ziet op het (positieve) verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern. Dit verschil is volledig (dus voor 100%) vrijgesteld. Vooral voor de agrarische sector is dit een belangrijke regeling. Op het resterende bedrag komt vervolgens allereerst (per onderneming, dus niet per verkrijger) een vrijstelling van € 1.119.845 (bedrag 2021) in mindering. Resteert dan nog een bedrag, dan geldt daarvoor een voorwaardelijke vrijstelling van 83%. Per saldo wordt daardoor dus slechts 17% in de belastingheffing betrokken, en daarvoor kan dan ook nog een wettelijk geregelde betalingsregeling⁹ worden getroffen. Voorwaar een ruimhartige regeling, die het verschil in fiscale druk tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen groot maakt.

Lifetimevrijstelling?

Het regime van de Wet IB 1964 kende – evenals de huidige Wet IB 2001 – een stakingsvrijstelling. Anders dan de huidige stakingsvrijstelling¹⁰ die een eenmalige ('lifetime-) vrijstelling is, werd de oude stakingsvrijstelling¹¹ per

(gestaakte) onderneming en per ondernemer toegepast. Ondernemers met verschillende ondernemingen (een fenomeen dat zich met name in de detailhandel en de horeca met enige regelmaat voordeed) konden de vrijstelling dus meer dan eens claimen. Samen – bijvoorbeeld in een maatschap of firma – ondernemende partners konden de vrijstelling beiden claimen, en omdat voor oudere ondernemers de vrijstelling van f 20.000 met f 25.000 werd verhoogd tot f 45.000 (per persoon!) kon het daarbij om echt geld gaan. De in art. 3.79 Wet IB 2001 neergelegde eenmalige vrijstelling van € 3.630 is naar mijn mening een bespottelijk relict en kan dan ook verdwijnen.

Waarom deze wat uitvoerige inleiding over een reeds lang (grotendeels) verdwenen vrijstelling? Dat ligt voor de hand: de vraag kan gesteld worden of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook een eenmalige (lifetime) vrijstelling betreft of een vrijstelling die meer dan eens toegepast zou kunnen worden. Een vraag die vooral relevant zou kunnen zijn voor serial entrepreneurs, ondernemers dus die continu nieuwe bedrijven opstarten.

Nu de tekst van de relevante bepalingen in de Successiewet geen beperkingen kent ten aanzien van het aantal malen dat een beroep op de vrijstelling gedaan kan worden, moet het ervoor gehouden worden dat niets eraan in de weg staat dat door één persoon vaker een beroep op de faciliteit kan worden gedaan. Vanuit de optiek van de faciliteit (continuïteit van de onderneming en daarmee behoud van werkgelegenheid) is dat ook niet onlogisch. Toegegeven kan echter worden dat een faciliteit die toch al aan de royale kant is daarmee nog royaler wordt (op een goksite vond ik het woord *royalerder*, maar over dat woord heb ik toch grote twijfels). Maar de vormgeving van de faciliteit laat geen andere conclusie toe dat het vaker dan eens toepassen van de BOR mogelijk is. Of dat meermaals invoeren van de faciliteit terecht of wenselijk is zal daarom uiteindelijk door de politiek moeten worden beantwoord. De twijfels kan ik me daarbij voorstellen, maar het behoud van werkgelegenheid mag wellicht ook wat kosten. Het bij elkaar optellen van de vrijgestelde verkrijgingen tot een bedrag van vijf miljoen euro (zie hierna) is wellicht een optie die (deels) kool en geit spaart.

Civiel versus fiscaal

Hetgeen hiervoor werd besproken is een fiscaal probleem; overdracht tegen een lagere prijs dan de WEV kan nu eenmaal een belaste schenking opleveren. De vraag die dan verder gesteld kan worden is wat de civielrechtelijke gevolgen van zo'n overdracht zijn. De niet-voortzettende kinderen kunnen zich benadeeld voelen, als het wel-voortzettende kind de onderneming tegen een appel en een ei in de schoot geworpen heeft

gekregen. De voortzetter zelf ziet dat in de regel heel anders, en wijst daarbij vooral op de verplichting tot voortzetten en de (tegenwoordig steeds langer wordende) contractuele periode waarin een meerwaarde bij verkoop met de andere erven gedeeld moet worden. De bedoelde problemen kunnen zich natuurlijk direct voordoen (dat zal bij erven het geval zijn) dan wel pas later, als een eerdere schenking een schending van de legitimaire aanspraak tot gevolg heeft.

Het hiervoor genoemde beleid in de agrarische sector kende hiervoor een elegante oplossing; de faciliteit kreeg pas definitieve toepassing als de erven in hun onderlinge verhouding van dezelfde waarden uitgingen als waarvoor de fiscus bereid was zaken te doen; verpachte waarde en boekwaarde voor productierechten zoals gezegd. Eiste men echter verdeling en afrekening met elkaar op basis van de WEV dan had tot gevolg dat ook de fiscus van deze hogere WEV uitging, en dus (onder meer) een belaste schenking of erfenis kon constateren.

In de huidige bedrijfsopvolgingsregeling is deze band tussen civielrecht en fiscaal recht (helaas) verbroken. Toepassing van de BOR staat aan een andere waardering tussen erfgenamen niet in de weg, en de uitkomst van de waardeberekening op grond van de Successiewet heeft geen enkele betekenis voor het erfrecht. Dat zou kunnen betekenen dat een bedrijfsopvolging die fiscaal geen strobreed in de weg wordt gelegd door erfrechtelijke problemen toch geen doorgang vindt. Slechts in uitzonderingsgevallen kan civielrechtelijk met een beroep op de bekende 'redelijkheid en billijkheid' worden voorkomen dat de onderneming moet worden gewaardeerd tegen haar werkelijke waarde. Daarvoor is het nodig, aldus de rechtspraak¹², dat de opvolger zijn of haar werkzame leven heeft afgestemd op de overname (denk daarbij aan opleiding, ervaring, bestaande deelname in de onderneming) en dat de onderneming een behoorlijk rendement genereert. De bijzondere uitkomst van dit alles lijkt te zijn dat zielzogende bedrijven hoger moeten worden gewaardeerd dan gezonde en goed renderende bedrijven.

Wat bij dit alles nog wel eens over het hoofd wordt gezien, is het feit dat een beoogd opvolger wel gerechtigd moet zijn tot overname (bijvoorbeeld op grond van overeenkomst, statuten of testament). En het kan bepaald geen kwaad de beoogd opvolger ook testamentair in het zadel te helpen, bijvoorbeeld door te bepalen dat de legitimaire aanspraken van de niet-opvolgers in de tijd gespreid betaald mogen worden¹³. Verder zou ik graag zien dat er eens nagedacht gaat worden over de vraag of het hiervoor geschetste uitgangspunt dat de fiscus enkel een fiscale faciliteit biedt als de mede-erfgenamen ook voor deze

waarde zaken willen doen met de bedrijfsopvolger weer van stal gehaald moet gaan worden.

De BOR anno 2021

Anno 2021 is de regeling die inmiddels bekend staat als BOR niet helemaal onomstreden. Enerzijds zijn er stemmen die stellen dat familiebedrijven van groot belang zijn voor de Nederlandse economie, omdat (vooral) zij zouden zorgen voor werkgelegenheid, verduurzaming en innovatiekracht. Belastingheffing in geval van overgang naar de volgende generatie zou dan ook geen hinderpaal mogen zijn. De VVD betoonde zich eerder al een voorstander van het behoud van de BOR, terwijl het CDA in de aanloop naar de verkiezingen pleitte voor een verdere verruiming. De ChristenUnie nam een tussenpositie in, waarin men zich enerzijds een voorstander van de faciliteit betoonde, maar tegelijkertijd wilde voorkomen dat het aldus geschonken of vererfde vermogen na de bedrijfsoverdracht niet in het bedrijf zou blijven maar uiteindelijk vrijwel belastingvrij bij privépersonen terecht zou komen.

Anderzijds zijn er stemmen die de faciliteit tot een onnodige en vooral ook oneerlijke fiscale faciliteit bestempelen. Tijdens de laatste verkiezingen voor de Tweede Kamer keerden PvdA en GroenLinks zich mordicus tegen de faciliteit. Zo viel in het PvdA verkiezingsprogramma te lezen: *'Ook gaan we vermogensongelijkheid tegen door ontwikkelingsmogelijkheden bij erfenissen (zoals bij de bedrijfsopvolgingsregeling) aan te pakken'*. Groen Links formuleerde het wat omslachtiger; *'Om misbruik tegen te gaan, hervormen we de bedrijfsopvolgingsregeling zodat mensen gewoon belasting afdragen als ze een bedrijf erven'*.¹⁴

Formatie

Of er al inhoudelijk overlegd is tijdens de lopende formatieonderhandelingen is onbekend. Het lijkt eerder over poppetjes dan over inhoud te zijn gegaan. Maar hoe lang het wellicht ook nog duurt, op enig moment zal het over de inhoud moeten gaan, waarbij het onvermijdelijk ook over de BOR zal gaan. En alhoewel de opbrengst resp. gederfde opbrengst van de Successiewet en de BOR bescheiden zijn in vergelijking met de overige middelen lijkt het niet ontkend te kunnen worden dat dit soort kwesties een hoge symbolische waarde hebben en voor politieke partijen een middel vormt om zich te onderscheiden. Het blijft dan ook afwachten of, en zo ja in welke vorm, de BOR blijft voortbestaan.

Standpunt Register Belastingadviseurs

De BOR is zoals gezegd niet onomstreden, zowel in de politiek als in de wetenschap. Toch is het Register Belastingadviseurs, onder meer door de praktijkervaringen van haar leden, een groot voorstander van

de regeling. Tegelijkertijd zien we ook ruimte om de faciliteit effectiever in te zetten. Nu leidt de regeling door haar complexiteit namelijk nog te vaak tot discussies met de Belastingdienst en een ongelijke verdeling van de gelden. Zoals de titel van de position paper al aangeeft: 'Het kan eerlijker en eenvoudiger'. Een overzicht.

1. Belang van de BOR op hoofdlijnen

De BOR voorziet in een vrijstelling van schenk- of erfbelasting bij de verkrijging door schenking of vererving van ondernemingsvermogen, al dan niet via een besloten rechtspersoon. Deze verkrijging is tot een bedrag van € 1.119.845 (bedrag 2021) vrijgesteld van heffing. Hierover betaalt de nieuwe eigenaar dus geen belasting. Het meerdere is voor 83% vrijgesteld.

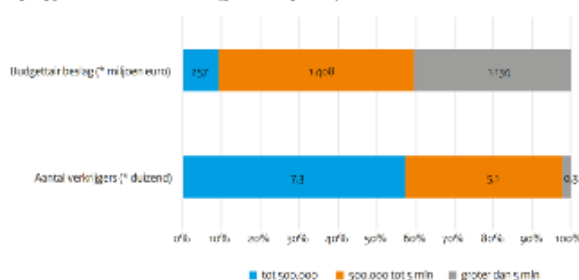
De BOR draagt bij aan de continuïteit van familiebedrijven en het vermogen blijft in de onderneming. Dit is gunstig voor de (innovatieve) investeringscapaciteit van de onderneming en de werkgelegenheid in Nederland. Nederland telde in 2018 273 duizend familiebedrijven, goed voor ruim 2,46 miljoen werknemersbanen.¹⁵

Het RB ziet naast het belang van de BOR-mogelijkheden om bestaande knelpunten aan te pakken, door vereenvoudiging van de regeling en door deze beter aan te laten sluiten bij het mkb. Het RB doet daartoe een aantal voorstellen.

2. Voorstellen tot aanpakken van bestaande knelpunten

Een knelpunt is, zoals de bouwstenennotitie voor een beter belastingstelsel ook vermeldt, dat de BOR-vrijstelling vooral zeer grote vermogens ten goede komt.¹⁶ 40% van het totale bedrag van de BOR ging tussen 2010 en 2016 naar 2% van de verkrijgers, naar de verkrijgers met de grootste vermogens dus. 10% van het bedrag terecht kwam bij 57% van de verkrijgers. Er is sprake van een scheve verdeling van de gelden.

Figuur 5.9: Gebruik BOR naar de waarde vrijgesteld vermogen in de periode 2010-2016¹⁷



Het RB pleit er in dat kader dan ook voor om de vrijstelling van € 1.119.845 (bedrag 2021) naar € 5 miljoen te verhogen. Dit betekent dat alle bedrijfsoverdrachten met een fiscale boekwaarde van maximaal € 5 miljoen

voor 100% (dus volledig) worden vrijgesteld. Daarbij moet gewezen worden op het feit dat uitgaan van de fiscale boekwaarde (het RB-voorstel) afwijkt van de huidige regeling, die uitgaat van de waardering op basis van de waarde in het economisch verkeer (WEV). Dat zou in de praktijk op een wat ruimhariger benadering voor betrokkenen kunnen neerkomen.

Daarnaast wordt voorgesteld om de vrijstelling van 83% voor bedragen boven € 5 miljoen te verkleinen, en wel door het meerdere voor 50% in aanmerking te nemen in plaats van de huidige 17%. De eventueel verschuldigde belasting mag in tien jaar renteloos worden afgelost. Deze voorstellen komen in het bijzonder het mkb ten goede en kunnen budgetneutraal worden ingevoerd. Het resultaat: een eerlijkere verdeling van de beschikbare gelden.

- Eerlijkere verdeling door reële bedrijfsopvolgingen tot een ondernemingsvermogen van € 5 miljoen geheel vrij te stellen van belastingheffing, waarbij eenvoud van de fiscale boekwaarde het uitgangspunt is.
- Boven € 5 miljoen wordt een tegemoetkoming van 50% verleend op de te betalen belasting, welke renteloos mag worden afgelost.

3. Niet in eigen gebruik vastgoed aanmerken als overig vermogen

De BOR geldt voor reële bedrijfsopvolgingen en is alleen van toepassing op ondernemingsvermogen en dus niet op overig (niet-ondernemings)vermogen. Het onderscheid tussen ondernemingsvermogen en overig vermogen is in de praktijk (bijzonder) lastig te maken, met name bij vastgoed. Er vinden hierover dan ook veel belastingprocedures plaats. Er ontstaat meer duidelijkheid door bepaald vastgoed bij wet uit te sluiten van de BOR-faciliteit. Het gaat dan over vastgoed dat niet voor direct eigen gebruik in de onderneming wordt ingezet. Deze vereenvoudiging voorkomt bepaalde discussies over toepassing van de BOR met de Belastingdienst. Voordat aan deze hobbel toegekomen kan worden zal natuurlijk wel eerst de vraag naar het ondernemerschap (positief) beantwoord moeten worden. Pas indien sprake is van een onderneming kan sprake zijn van ondernemingsvermogen.

Daarnaast wordt voorgesteld om voor het vastgoed dat buiten het ondernemingsvermogen valt een andere - meer eigentijdse - waarderingsgrondslag in te zetten. Het gaat dan om de zogeheten Discounted Cash Flow methode (DCF-methode). Dat is een methode waardoor de berekening van waarde plaatsvindt op basis van te verwachten toekomstige opbrengsten.

- Vereenvoudiging van de BOR door vastgoed dat niet voor eigen gebruik in een materiële onderneming wordt ingezet bij wet aan te merken als overig vermogen.

4. Versoepeling voortzettingsvereiste bij faillissement

Tot slot geeft ook de coronacrisis aanleiding tot wijziging van de BOR. Wanneer de BOR wordt toegepast op een onderneming, moet de verkrijger van de onderneming deze tenminste vijf jaar voortzetten. Gezien de grote negatieve gevolgen van de coronapandemie voor bepaalde sectoren, gaat een aantal ondernemingen het de komende tijd niet redden en failleren. Hieronder vallen ook ondernemingen die sinds ongeveer begin 2017 met gebruikmaking van de BOR zijn overgedragen. Failleren is in strijd met het voortzettingsvereiste en leidt er dus toe dat de BOR wordt teruggedraaid, waardoor alsnog de erf- of schenkbelasting betaald dient te worden. Dit is dubbel triest: de ondernemer gaat failliet en moet alsnog schenk- of erfbelasting betalen over iets wat diegene niet meer bezit.

Het alsnog moeten betalen van de erf- of schenkbelasting is zeer onwenselijk en niet fair. Een pandemie behoort namelijk niet tot het normale ondernemersrisico. Wanneer uit de activa en passiva sinds de BOR-verkrijging blijkt dat er sprake is van een bonafide situatie, is een uitzondering op de regel op zijn plaats. Het RB pleit er derhalve sterk voor om voor bonafide gevallen van faillissement die betreffende BOR-regel te schrappen.

- Versoepelen voortzettingsvereiste bij faillissement van bonafide ondernemers als gevolg van coronacrisis.

Samenvatting

Het Register Belastingadviseurs betoont zich dus een voorstander van handhaving van de faciliteit van de BOR, maar pleit daarbij voor:

- een betere verdeling van het met de faciliteit gemoeide budget over de tot de faciliteit gerechtigden door;
 - Het verhogen van de vrijstelling tot 100% voor relatief kleine ondernemingsvermogens;
 - Het verlagen van het vrijstellingspercentage voor zover het ondernemingsvermogen een bepaald bedrag te boven gaat;
- het uitzonderen van toepasselijkheid van de BOR van buiten de onderneming gebruikte onroerende zaken;
- het gebruiken van de DCF-methode voor onroerende zaken die niet onder de werking van de BOR vallen.

- een betere regeling voor het geval de overgenomen onderneming binnen de voortzettingsperiode faillieert.

Er is natuurlijk meer

Indien het RB-paper in wetgeving omgezet zou worden zijn een behoorlijk aantal knelpunten van tafel, waarmee (in ieder geval deels) tegemoetgekomen zou worden aan de kritiek van bepaalde politieke partijen. Mocht het desalniettemin noodzakelijk zijn om de faciliteit verder te versoberen, teneinde haar daarmee te kunnen behouden voor die gevallen die daar het meeste behoefte aan hebben dan zou daarover nagedacht moeten worden. Uitgangspunt daarbij is het tegengaan van gebruik van de faciliteit dat als oneerlijk en daarmee als onwenselijk kan worden aangemerkt.

De BOR is namelijk zo aantrekkelijk dat zij uitdaagt tot construeren. Zo is het in de praktijk niet onbekende 'omkatten' van regulier vermogen in ondernemingsvermogen door een bestaande onderneming te kopen velen een doorn in het oog. Met het RB-voorstel is op dit punt zoals gezegd al veel kou uit de lucht, maar er zou nog verder gegaan kunnen worden. Zo kan gedacht worden aan het verlengen van de bestaande bezitstermijnen waaraan voldaan moet worden om gefaciliteerd te kunnen overdragen. Het doel van deze eis is duidelijk: het mag niet zo zijn dat met het oog op een toekomstige schenking of met het oog op een komende vererving snel met (voor de Successiewet belast vermogen) een onderneming wordt aangeschaft die kort daarna geschonken wordt of vererft. Voor schenking bedraagt de bezitstermijn op dit moment vijf jaren, voor vererving geldt er slechts een termijn van één jaar. De verplichte voortzettingsperiode bedraagt op dit moment vijf jaar.

'Echte' overdragers en dito voortzetters zouden geen problemen hebben met verdubbeling van deze termijnen, mits er voor bijzondere situaties (overlijden, faillissement, huwelijk) een werkbare oplossing zou worden gevonden. Er mag overigens op deze plaats op gewezen worden dat het in Nederland zo is dat indien niet aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan de gehele schenkbelastingsschuld alsnog betaald moet worden. Het in de Bonderepubliek Duitsland gehanteerde model gaat uit van de nog resterende voortzettingsperiode. Indien bijvoorbeeld in jaar 4 niet voldaan wordt aan het voortzettingsvereiste dient slechts nog 1/5e deel van de oorspronkelijke schenkbelastingsschuld betaald te worden.

Een bijzondere positie nemen op dit moment senioren in. Niets verzet zich er momenteel tegen dat een hoogbejaarde persoon (voor wie overlijden statistisch niet lang meer zal duren) de ondernemersstatus opzoekt, om zo met gebruikmaking van de BOR dat vermogen

fiscaalvriendelijk te laten vererven. Bij de fiscus schijnen zich steeds meer hoogbejaarde starters te laten inschrijven, die het waarschijnlijk niet in de eerste plaats om de startersaftrek te doen is. Voor zover het belastingplichtigen betreft die eerder ondernemer waren en eerder hun onderneming gestaakt hebben en dit voormalig ondernemingsvermogen verhuren of verpachten aan hun opvolger kan daarmee misschien nog geleefd worden, maar bij vermogende particulieren die deze weg bewandelen kunnen terecht vraagtekens gezet worden. Mochten die vraagtekens er in een procedure toe leiden dat er geen aanspraak op de faciliteit gemaakt kan worden, dan is er nog geen man overboord. Men komt dan enkel terecht in de situatie die bestond voordat de belastingbesparende constructie werd opgezet. Mocht men door dit soort grappen een streep willen gaan zetten door middel van het invoeren van een leeftijdsgrens dan moet men bedenken dat het verweer van leeftijdsdiscriminatie nooit ver weg is.

Kortom: nog niet alle problemen zijn opgelost en kunnen dan evenmin makkelijk worden. Invoering van de plannen uit het RB position-paper 'De BOR: eerlijk, eenvoudig en eigentijds' zou daarbij wel een stap in de goede richting betekenen.

Noten:

1. Mr. S.F.J.J. (Sylvester) Schenk RB is directeur fiscale zaken Register Belastingadviseurs.
2. Zie voor de tekst van deze paper <https://rb.nl/fiscalist/position-papers-rb>; zie Fida 20215499.
3. Een uitzondering op die regel vormt de agrarische sector. Als de onderneming wordt voortgezet (wat bepaald geen vanzelfsprekendheid is) gebeurt dat in de regel door de naaste familie.
4. Het kan dan (bijvoorbeeld in de agrosector) om elders uitgekochte agrariërs gaan die met behulp van de regeling van de verruimde HIR eenvoudig de hoofdprijs kunnen betalen, dan wel om grote ondernemers die de gekochte onderneming kunnen samenvoegen met hun eigen onderneming, waardoor de hoge koopsom door schaalvoordelen kan worden terugverdiend.
5. Art. 3:63 Wet IB 2001.
6. Afdeling 4.8 Wet IB 2001, in het bijzonder art. 4.39a Wet IB 2001 (doorschuiving verkrijgingsprijs bij overgang krachtens erfrecht) en art. 4.39c Wet IB 2001 (doorschuiving verkrijgingsprijs bij overgang krachtens schenking).
7. Art. 15.1.b WBR.
8. Art. 35b en art. 35c Successiewet 1956.
9. Art. 24 sub 12 Invorderingswet 1990.
10. Art. 3.79 Wet IB 2001.
11. Art. 8 letter d Wet IB 1964.
12. Geen waardering tegen de waarde in het economisch verkeer (maar een lagere waarde) werd onder meer beslist in HR 13 februari 2004, ECLI: NL:HR:2004:AN8172. Anders Hof Den Haag 4 augustus 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR2196, waarin wel van de WEV-waarde werd uitgegaan teneinde de rechten van de legitimarissen niet te schenden.
13. Zie voor de discrepantie tussen de civielrechtelijke en de fiscaalrechtelijke gevolgen van een bedrijfsopvolging tegen een lagere dan de werkelijke waarde 'Bedrijfsopvolging in de agrarische sector S.F.J.J. Schenk en P.L.F. Seegers, Reed Business 2007, hoofdstuk 4 (Ondernemer en erfrecht).
14. Zie voor de verkiezingsprogramma's op dit punt S.F.J.J. Schenk, 'Doe wel en zie (niet) om', Het Register 2020-4, pag. 20-24.
15. <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/44/familiebedrijven-goed-voor-kwart-bedrijfsomzet>
16. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/18/synthese-rapport-bouwstenen-voor-een-beter-belastingstelsel-blz-57>.