

BOR over economisch eigendom van AB-aandelen (KGSW 21.0007)

Vraag:

1. Kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet (BOR) worden toegepast op de verkrijging krachtens schenking van economische eigendom van AB-aandelen als de schenker gedurende vijf jaar AB-houder van deze aandelen was?
2. Zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing als de aandelen van de juridische eigenaar worden verkregen?

Antwoord:

1. Ja, op basis van wetsuitleg is het mogelijk om de faciliteiten toe te passen op de verkrijging van economisch eigendom van AB-aandelen. Omdat alle lusten en lasten van de aandelen de economisch eigenaar aangaan is er sprake van een reële bedrijfsopvolging.
2. Nee. Als alle lusten en lasten van de aandelen zijn overgedragen aan de economisch eigenaar, is de juridische eigendom een lege huls. De juridische eigenaar geniet immers niet de winsten, de waardeontwikkelingen en het stemrecht. Daarom is bij verkrijging van de juridische eigendom van AB-aandelen geen sprake van een reële bedrijfsopvolging. Dit ongeacht of de juridisch eigenaar AB-houder is.

Toelichting

De vragen kunnen het beste worden toegelicht met een voorbeeld.

Voorbeeld

Vader heeft alle aandelen van een BV, die al meer dan vijf jaar dezelfde onderneming drijft. Vader komt met zijn twee kinderen overeen dat zij de economisch eigendom van de aandelen geschonken krijgen. Dit houdt overdracht in van de winstrechten, waardeontwikkelingen en stemrechten. Strikt genomen komen, op grond van het bezitten van de aandelen, de vruchten/dividenden/rente- en dividendvergoedingen en stemrechten toe aan de juridische eigenaar en gaat hem de waardeontwikkeling aan, maar op grond van hetgeen is overeengekomen staat hij deze af aan de economisch eigenaren. Vader heeft op grond daarvan een doorbetalingsverplichting aan de economisch eigenaren.

Daarnaast komt vader met zijn twee kinderen overeen dat de juridisch eigendom van de aandelen over vijf jaar om niet aan hen wordt overgedragen. Op grond hiervan heeft vader een leveringsverplichting, die qua waarde gelijk is aan de (volle) waarde van de aandelen.

Vader overlijdt na drie jaar. Tot zijn nalatenschap behoort de juridische eigendom van de aandelen, de doorbetalings- en de leveringsverplichting. Deze twee verplichtingen leveren geen waardedruk van de aandelen op, maar zijn afzonderlijke vermogensbestanddelen die behoren tot de nalatenschap.

Bedoeling BOR

De wetgever merkt over het doel van de BOR op:

"De BOR is enkel bedoeld voor reële bedrijfsopvolging, in dat kader moet worden verkregen van een ondernemer en moet de verkrijger de onderneming voortzetten. Daarom is vereist dat de verkregen vermogensbestanddelen bij de schenker behoorden

tot een AB (en is een meetrek-AB uitgezonderd)". Tweede Kamer, 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 48.

Vermogensbestanddelen

De vraag is of de economisch eigendom van aandelen een vermogensbestanddeel is als bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c Successiewet (SW). Duidelijk is dat daaronder vallen aandelen, rechten om aandelen te verwerven, winstbewijzen, gerechtigdheid om 5% van de stemmen uit te brengen (artikel 4.6 Wet IB 2001). Op grond van de koppelbepaling van artikel 35c, lid 8, SW vallen hier ook onder de genotsrechten, koopopties, participaties in open fonds voor gemene rekening en lidmaatschapsrechten van coöperaties (artikel 4.3 t/m 4.5a Wet IB 2001).

Over certificaten van aandelen heeft de wetgever uitdrukkelijk bepaald dat daarvoor met betrekking tot de BOR hetzelfde regime geldt als voor de onderliggende aandelen, mits de certificaten en de aandelen zijn te vereenzelvigen (Tweede Kamer, 31 930, nr. 9, p. 102). Over economisch eigendom van AB-aandelen heeft de wetgever zich niet uitgelaten.

Bij de overdracht van economisch eigendom vindt geen levering van de aandelen plaats, alles gebeurt verbintenisrechtelijk.

Als de economisch eigendom recht geeft op alle winsten en waardeontwikkelingen en het stemrecht mee over gaat, lijkt het in lijn met de bedoeling van de wetgever om op deze overdracht de BOR toe te passen. De verkrijger/economisch eigenaar zal dan immers als ondernemer worden gezien. Dus ondanks dat de wetgever er zich niet over heeft uitgelaten is het op basis van wetsuitleg mogelijk om op deze overdracht van economisch eigendom de BOR toe te passen, mits natuurlijk aan de andere vereisten van de BOR is voldaan. Door deze benadering wijkt de BOR niet af van de DSR IH, waarbij alle AB-posities onder toepassing van de regeling vallen.*

Verkrijgen van AB-houder

Ten tijde van de schenking van de economisch eigendom van de aandelen was vader AB-houder. Hij voldoet op dat moment aan dit vereiste. Het is de vraag of hij hieraan ook voldoet op het moment van zijn overlijden. Dus: is op de verkrijging van de juridische eigendom van de AB-aandelen de BOR van toepassing? De juridisch eigenaar bezit de aandelen en heeft daarnaast een doorbetalings- en leveringsverplichting. Deze verplichtingen drukken echter niet de waarde van de aandelen.**

De fiscale rechter heeft bepaald dat een houder van economisch eigendom*** van aandelen een AB-houder is (HR 30 juni 1999, nr. 34 579, BNB 1999/301). De rechter heeft nog niet geoordeeld over de kwalificatie van de juridisch eigenaar. Het is denkbaar dat de juridisch eigenaar AB-houder blijft, ook als alle lusten en lasten van de aandelen zijn overgedragen aan de economisch eigenaar. Aangezien de juridisch eigenaar (gezien de doorbetalings- en leveringsverplichting) niet de ondernemer is waarvoor de BOR is bedoeld, ligt het in lijn met de bedoeling van de wetgever dat op de van de juridisch eigenaar verkregen aandelen de BOR niet van toepassing is.

"Een reële bedrijfsopvolging is in het wetsvoorstel 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». Hierbij maakt het niet uit of de onderneming rechtstreeks of door middel van bijvoorbeeld een BV wordt gedreven."

Tweede Kamer 2008-2009, 31 930, nr. 9, p.17.

5.1.2d

* De DSR IH is in afwijking van de bewoording "aandelen en winstbewijzen" in artikel 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 ook van toepassing op andere AB-posities.

** De leveringsverplichting verlaagt wel de verkrijging van de erfgenaam. Bij economisch eigendom op indirect gehouden aandelen werkt dit anders, buiten verzoek
buiten verzoek

*** Zie voor de uitleg van het begrip economisch eigendom binnen de aanmerkelijkbelangregeling A.E. de Leeuw, Economische eigendom (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.3. Zij merkt op dat er sprake is van een economische eigendomsoverdracht als de economische eigenaar het volledige belang heeft bij (1) de waardeontwikkeling van de aandelen en (2) bij het genot van de aandelen. Dat het risico van tenietgaan bij aandelen formeel niet kan overgaan, is volgens haar niet van belang omdat dit bij aandelen geen praktische betekenis heeft. De overgang van het recht op levering kan aan de eisen van economische eigendomsoverdracht voldoen, omdat in de regel de overeenkomst betrekking heeft op de aandelen in de 'staat' waarin deze zich bevinden op het moment van het sluiten van de overeenkomst zodat dividenduitkeringen aan de verkoper uitgesloten zijn.

