



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ondernemingsvermogen en tweetrapsbepalingen

Kroon, B.B.A. de

Citation

Kroon, B. B. A. de. (2011). Ondernemingsvermogen en tweetrapsbepalingen. *Ntfr-Beschouwingen*, (11), 13-18. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18174>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18174>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



Ondernemingsvermogen en tweetrapsbepalingen (deel II)

NTFRB2011-41

Hoge Raad 16 januari 2004, nr.C02/150HR

Belastingjaar/tijdvak

Trefwoorden

Wetsartikelen

NTFRB-art. 1

SW 1956-art. 35d

SW 1956-art. 21

SW 1956-art. 35c

SW 1956-art. 35d

SW 1956-art. 21

SW 1956-art. 35c

Uitv.reg. SEB-art. 10

Uitv.reg. SEB-art. 9

Uitv.reg. SW 1956-art. 9

Auteur

mr.drs. B.B.A. de Kroon LL.M. 

[vorig](#) [volgend](#)

1. Inleiding

In [NTFR-B 2011/35](#) heb ik aandacht geschonken aan de making en schenking onder ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende making of schenking onder opschortende voorwaarde [\[1\]](#) (hierna: tweetrapsmaking of –schenking genoemd [\[2\]](#)) en wel met betrekking tot de aspecten betreffende de schenk- en erfbelasting. In dit tweede deel besteed ik aandacht aan de inkomstenbelastingaspecten.

2. De bedrijfsopvolgingsregeling voor de inkomstenbelasting in vogelvlucht

Een overgang van aanmerkelijkbelangaandelen krachtens huwelijksvermogensrecht, erfrecht of schenking, leidt in beginsel tot het constateren van een fictieve vervreemding van de aandelen. [\[3\]](#) Als gevolg hiervan moet de aanmerkelijkbelanghouder die huwt, erflater of schenker, in beginsel afrekenen over het veronderstelde vervreemdingsvoordeel. Het vervreemdingsvoordeel wordt gesteld op de overdrachtprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. [\[4\]](#) Ontbreekt een overdrachtprijs, of is de overdrachtprijs bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst, dan wordt als tegenprestatie aangemerkt de waarde die ten tijde van de vervreemding, respectievelijk de verkrijging, in het economische verkeer aan de aandelen kan worden toegerekend. [\[5\]](#) De belastingclaim die aldus ontstaat, kan de continuïteit van de economische bedrijvigheid in gevaar brengen, doordat benodigde liquide middelen aan de onderneming zouden moeten worden onttrokken om de inkomstenbelasting te kunnen betalen. Om dit te voorkomen, zijn bedrijfsopvolgingsregelingen geïntroduceerd in de Wet IB 2001. Kort gezegd dienen deze regelingen ervoor te zorgen dat reële bedrijfsoverdrachten niet worden belemmerd.

De regeling zoals opgenomen in afd. 4.6, par. 4.6.1, Wet IB 2001, die met ingang van 1 januari 2010 een doorschuiffaciliteit inhoudt voor zowel verkrijgingen krachtens huwelijksvermogensrecht, erfrecht als schenking [\[6\]](#), kan op hoofdlijnen als volgt worden samengevat.

Allereerst bevat art. 4.17 Wet IB 2001 een regeling voor de overgang van aanmerkelijkbelangaandelen krachtens huwelijksvermogensrecht en de verdeling van een huwelijksgemeenschap binnen twee jaren na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap anders dan door overlijden. Een dergelijke overgang wordt niet als een vervreemding aangemerkt, mits de verkrijger binnenlands belastingplichtig is en de verkregen aandelen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren. Op deze regeling wordt niet verder ingegaan. [\[7\]](#)

Art. 4.17a Wet IB 2001 bevat een regeling voor de overgang van aanmerkelijkbelangaandelen krachtens erfrecht. Op verzoek van de gezamenlijk belanghebbenden wordt deze overgang niet als een vervreemding aangemerkt als aan nadere voorwaarden wordt voldaan. De eerste voorwaarde die wordt gesteld, is gelijk aan een van de voorwaarden die wordt gesteld voor toepassing van de faciliteiten van de SW 1956. De vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden dient een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 te drijven. Met andere woorden, er moet sprake zijn van een 'reële onderneming'. [\[8\]](#) Verder mag het niet gaan om een aanmerkelijk belang op grond van art. 4.10 Wet IB 2001 (meetrekregeling), moet de verkrijger een binnenlands belastingplichtige zijn en mogen de verkregen aandelen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor rekening van de verkrijger gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren. Wanneer sprake is van een overdracht krachtens erfrecht onder bijzondere titel, dient de overgang plaats te vinden binnen twee jaren na het overlijden.

Onder vrijwel gelijke voorwaarden wordt ook de verdeling van een nalatenschap binnen twee jaren na het overlijden van de erflater, op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden niet als een vervreemding aangemerkt. [\[9\]](#)

Ten slotte bevat art. 4:17c Wet IB 2001 een vergelijkbare regeling voor de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen krachtens schenking. De voorwaarden zijn vergelijkbaar aan die hiervoor besproken zijn in het kader van de overgang krachtens erfrecht, met dien verstande dat er nog een voorwaarde aan is toegevoegd. De verkrijger dient namelijk reeds gedurende 36 maanden onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van de vervreemding in dienstbetrekking te zijn van de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben. [\[10\]](#)

Zoals gezegd, bestaat er enige gelijkenis met de voorwaarden die worden gesteld aan de toepasselijkheid van de faciliteiten in het kader van de Successiewet 1956. Een opvallend verschil is dat er – afgezien van het vereiste dat sprake moet zijn van een dienstverband van de verkrijger krachtens schenking – geen bezitsvereisten gelden, noch aan de kant van de erflater of schenker, noch aan de kant van de verkrijger. Dit kan waarschijnlijk worden verklaard door het feit dat de faciliteit voor de erf- en schenkbelasting een aanzienlijke vrijstelling inhoudt. De faciliteit voor de inkomstenbelasting bestaat daarentegen 'slechts' in uitstel van heffing. Hierdoor ligt oneigenlijk gebruik minder voor de hand en zijn minder waarborgen nodig.

3. De tweetrapsmaking en aanmerkelijkbelangaandelen

Een tweetrapsmaking kan kort worden omschreven als de uiterste wilsbeschikking, waarbij de testateur (de insteller) achtereenvolgens verschillende personen tot zijn nalatenschap roept. De als eerste geroepene (de bezwaarde, eerste trap) is erfgenaam of legataris onder de ontbindende voorwaarde van (doorgaans) zijn overlijden. De als tweede geroepene (de verwachter, tweede trap) is erfgenaam of legataris onder de opschortende voorwaarde dat hij of zij nog in leven is op het moment dat de bezwaarde overlijdt (onzekere voorwaarde van overleven). Het is van belang te constateren dat zowel de bezwaarde als de verwachter erven van de insteller.

De vraag die opkomt is hoe moet worden omgegaan met de hiervoor besproken doorschuiffaciliteiten indien de verkrijging van de bezwaarde en/of de verwachter bestaat uit aanmerkelijkbelangaandelen. In dit kader moeten drie verschillende scenario's – identiek als reeds vermeld in deel I – worden onderscheiden. Allereerst is het denkbaar dat de erflater/insteller aanmerkelijkbelangaandelen nalaat aan de bezwaarde, eerste trap. De bezwaarde laat het

aandelenpakket volledig intact en bij zijn overlijden komen de aanmerkelijkbelangaandelen toe aan de verwachter, tweede trap, mits deze dan nog in leven is (scenario 1). Het is echter ook voorstelbaar dat de bezwaarde, met gebruikmaking van de aan hem verleende bevoegdheden [11], het aandelenbelang dat is verkregen omzet in niet-ondernemingsvermogen (zaaksvervanging). Bij het overlijden van de bezwaarde gaat er niet-ondernemingsvermogen over op de verwachter (scenario 2). De omgekeerde situatie, waarin de bezwaarde het door hem verkregen niet-ondernemingsvermogen omzet in aanmerkelijkbelangaandelen die vervolgens overgaan op de verwachter, kan zich vanzelfsprekend ook voordoen (scenario 3). In de volgende paragraaf worden de gevolgen van deze scenario's voor de doorschuif faciliteiten voor de inkomstenbelasting besproken.

4. Uitwerking van de scenario's

4.1. De Wet IB 2001 en tweetrapsbepalingen

De Wet IB 2001 bevat slechts één bepaling die betrekking heeft op vermogen dat verkregen is onder de ontbindende voorwaarde van overlijden waarop een opschortende voorwaarde ten gunste van een verwachter aansluit. Deze regeling is opgenomen in art. 5.4, lid 7, Wet IB 2001 en bepaalt dat bezittingen die onder een dergelijke voorwaarde [12], krachtens erfrecht zijn verkregen, in aanmerking worden genomen als ware zij onvoorwaardelijk verkregen.

Het artikel heeft als opschrift 'Toedeling bij bepaalde verkrijgingen krachtens erfrecht'. Dit opschrift suggereert dat het hiervoor besproken artikellid slechts van toepassing is in geval van een tweetrapsmaking en niet in geval van een schenking. In de parlementaire geschiedenis bij de Wet IB 2001 is aangegeven dat bedoeld is de regeling van de Wet op de vermogensbelasting 1964 over te nemen. Art. 7, lid 1, onderdeel b, Wet VB 1964 bepaalde dat: *'Bij het in aanmerking nemen van bezittingen en schulden wordt geen rekening gehouden met: (...) (b) de last van fidei-commis'*. Deze tekst was neutraler opgesteld dan de huidige. Om deze reden meen ik te kunnen concluderen dat ondanks het feit dat in de parlementaire geschiedenis bij de Wet IB 2001 en de Wet VB 1964 niet gesproken is over de schenking, ervan mag worden uitgegaan dat ten aanzien van een schenking onder ontbindende voorwaarde waarop een opschortende voorwaarde ten gunste van een verwachter aansluit, eenzelfde regeling voor de inkomstenbelasting kan worden toegepast.

De bovengenoemde regeling is opgenomen in Hoofdstuk 5 Wet IB 2001. Dit hoofdstuk heeft betrekking op de heffingsgrondslag bij sparen en beleggen (box 3). Voor het overige bevat de Wet IB 2001 geen specifieke regels ten aanzien van tweetrapsbepalingen. Er is derhalve geen expliciet handvat hoe moet worden omgegaan met aanmerkelijkbelangaandelen die zijn verkregen onder een tweetrapslast. Wel zou mijns inziens uit het bepaalde in genoemd art. 5.4, lid 7, Wet IB voorzichtig een algemene regel voor de inkomstenbelasting kunnen worden afgeleid, namelijk dat in eerste instantie voor de waardering geen rekening wordt gehouden met de tweetrapslast. Steun voor deze lezing is onder meer te vinden in HR 12 september 1990, *BNB* 1991/251. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad uiteindelijk dat het reeds bij de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen rekening houden met de (in casu ontbindende) voorwaarde ter berekening van het vervreemdingsvoordeel, niet strookt met het reële stelsel dat aan de wet ten grondslag ligt. Aldus zou de algemene regel, dat in beginsel geen rekening wordt gehouden met de tweetrapslast, ook ten aanzien van box 2 Wet IB 2001 opgeld doen. Indien deze algemene regel inderdaad mag worden aangenomen voor alle boxen dan zou, in vergelijking met de SW 1956 ook een eenduidig fiscaal systeem ontstaan. In de SW 1956 is immers ook bepaald dat voor de waardering van goederen geen rekening wordt gehouden met een eventuele tweetrapslast. [13]

4.2. Op verzoek van de gezamenlijk belanghebbenden

Wanneer een erfflater/installer aanmerkelijkbelangaandelen [14] nalaat aan de bezwaarde, zal in beginsel sprake zijn van een fictieve vervreemding van de aandelen door de erfflater. Het in aanmerking te nemen vervreemdingsvoordeel is gelijk aan het verschil tussen de waarde in het economische verkeer ten tijde van het overlijden en de verkrijgingsprijs. Daarbij gaat van de tweetrapslast geen waardedrukkend effect uit. [15] Indien de bezwaarde, eerste trap een binnenlands belastingplichtige is, lijkt toepassing van de doorschuifregeling op basis van art. 4.17a Wet IB 2001 geen probleem op te leveren. Echter, in het eerste lid is bepaald dat slechts op verzoek van de gezamenlijk belanghebbenden de vervreemding niet in aanmerking wordt genomen en de verkrijgingsprijs kan worden doorgeschoven. De vraag die dan opkomt is wie in casu als belanghebbenden kwalificeren? [16]

Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat onder de gezamenlijk belanghebbenden moet worden verstaan: de vervreemder en de verkrijger(s) samen. [17] In geval van een erflater wordt als vervreemder aangemerkt de rechtsgeldige vertegenwoordiger(s), bijvoorbeeld de executeur. In principe hoeven dat dus niet alle erfgenamen en legatarissen [18] te zijn. Geconcludeerd kan worden dat zowel de bezwaarde (onder ontbindende voorwaarde) als de verwachter (onder opschortende voorwaarde) verkrijgers (kunnen) zijn. Vervolgens komt de vraag op of, indien een rechtsgeldige vertegenwoordiger zoals een executeur ontbreekt, ook de verwachters mee moeten werken aan het verzoek voor toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001. Naar de letterlijke tekst lijkt dit inderdaad het geval. Echter, deze uitleg is onbevredigend en wel om de volgende redenen. Allereerst kan het zo zijn dat de verwachters op het moment van het overlijden van de erflater nog niet bestaan. Zij kunnen dan simpelweg hun toestemming niet geven. Ten tweede is het de vraag of de opschortende voorwaarde ten aanzien van de verwachter ooit zal worden vervuld [19], waardoor het geenszins zeker is of de verwachter ooit verkrijger is van de aanmerkelijkbelangaandelen. Ten slotte kan het zich voordoen dat de bezwaarde, met gebruikmaking van de hem gegeven bevoegdheden, de aanmerkelijkbelangaandelen vervreemdt. Als gevolg hiervan bestaat het bezwaarde vermogen niet langer uit aanmerkelijkbelangaandelen (zaaksvervanging). Indien de bezwaarde deze bevoegdheden heeft, is het dus onduidelijk of de verwachter ooit verkrijger is van de aandelen. Mede met het oog op deze onzekerheden, komt het mij voor dat het onder omstandigheden benodigd zijn van de instemming van de verwachter, een onredelijke voorwaarde is. Daar komt bij dat de verwachter ook niet altijd een belang heeft bij het gebruikmaken van de doorschuiffaciliteit. Gelet op de inkomstenbelastingclaim die mogelijk boven zijn hoofd hangt, heeft hij in beginsel juist belang bij een zo hoog mogelijke verkrijgingsprijs. [20] Dit speelt temeer indien door de oorspronkelijke erflater niet (goed) is geregeld ten laste van welk vermogen de inkomstenbelasting moet worden voldaan. Het is niet ondenkbaar dat de inkomstenbelasting daardoor slechts ten laste kan komen van het privévermogen van de bezwaarde of diens rechtsopvolgers. Het verdient om deze reden overweging om in de tweetrapsbepaling expliciet op te nemen dat het tweetrapsvermogen mag worden aangewend door de bezwaarde of diens rechtsopvolgers (intering) ter voldoening van de inkomstenbelasting die verschuldigd wordt door een (fictieve) vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen. Desgewenst kan de werking van deze bevoegdheid worden beperkt tot de heffing die betrekking heeft op de aandelen die deel uitmaakten van het oorspronkelijke van de erflater/insteller verkregen bezwaarde vermogen.

4.3. Overgang van de bezwaarde op de verwachter

Indien de verwachter aanmerkelijkbelangaandelen verkrijgt door het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde en de daarbij aansluitende opschortende voorwaarde, is de werking van art. 4.17a Wet IB 2001 niet volledig duidelijk.

Allereerst kan worden geconstateerd dat de feitelijke overdracht van de bezwaarde/verkrijger krachtens erfrecht (of diens rechtsopvolgers) aan de verwachter(s) een vervreemding is in de zin van de aanmerkelijkbelangregeling. Het is de vraag hoe deze vervreemding kan worden getypeerd. Indien de bezwaarde verkrijger is krachtens erfrecht van het bezwaarde vermogen, is de overgang op de verwachter wegens het in vervulling gaan van de voorwaarde mijns inziens eveneens een overgang krachtens erfrecht, zodat in beginsel toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001 in beeld komt. Deze conclusie is niet anders indien de voorwaarde tijdens het leven van de bezwaarde reeds in vervulling gaat. Indien de bezwaarde het bezwaarde vermogen daarentegen krachtens schenking heeft verkregen, is de overgang op de verwachter wegens het in vervulling gaan van de voorwaarde een overgang krachtens schenking, zodat toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 in principe voor de hand ligt.

Op dit civielrechtelijke systeem zou naar mijn mening fiscaal echter een uitzondering moeten worden gemaakt die recht doet aan de mogelijkheid dat de bezwaarde zelf de overgang van het bezwaarde vermogen naar de verwachter toe bewerkstelligt door het doen van afstand. Ook hier [21] zou ik de suggestie willen doen om in de situatie waarin de bezwaarde geen afstand doet van zijn recht, de voorwaarden uit art. 4.17a van toepassing te doen zijn. Dit ongeacht het antwoord op de vraag of het bezwaarde vermogen door de verwachter civielrechtelijk verkregen wordt krachtens erfrecht, dan wel krachtens schenking. Indien de bezwaarde daarentegen afstand doet van zijn recht, en daarmee zelf de overgang van het bezwaarde vermogen naar de verwachter toe bewerkstelligt, dan ligt toepassing van de voorwaarden van art. 4.17c Wet IB 2001 voor de hand. De laatstgenoemde overgang is namelijk – gelijk een schenking – te beïnvloeden waardoor de antimisbruikvoorwaarde van het aanwezig zijn van een dienstbetrekking toepassing mag krijgen.

In het kader van het voorgaande zou kunnen worden beargumenteerd dat tevens een regeling moet worden getroffen voor de situaties waarin de bezwaarde gebruikmaakt van eventuele boerenplaatsje-clausules [22] of schenkingsbevoegdheden. Als gevolg hiervan kan de bezwaarde zelf een overgang naar de verwachter bewerkstelligen. Toch lijkt mij, zoals ook in het eerste deel van deze Beschouwing is aangegeven, een aparte regeling hiervoor niet nodig. Immers, door gebruik te maken van een boerenplaatsje-clausule of door het doen van een schenking, is sprake van een civielrechtelijke 'sfeerovergang'. Er zal niet langer sprake zijn van bezwaard vermogen, waardoor geen problemen bestaan in verband met de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de inkomstenbelasting. Art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 kunnen rechtstreeks worden getoetst ten aanzien van de overgang van de erflater of schenker (voormalige bezwaarde) op de verkrijger.

Het van toepassing zijn van de aanvullende dienstbetrekkingsvoorwaarde in geval van een overgang van de bezwaarde op de verwachter, waarbij de bezwaarde door afstand te doen zelf de overgang heeft bewerkstelligd, kan relatief eenvoudig worden bereikt. Hiertoe is het voldoende om te bepalen dat onder de overdracht tijdens leven waarbij art. 4.22 Wet IB 2001 toepassing vindt, mede wordt verstaan de overgang krachtens erfrecht op een verwachter welke overgang het gevolg is van het doen van afstand door de bezwaarde. De overgang krachtens erfrecht op een verwachter waarbij die overgang bewerkstelligd wordt door het doen van afstand door de bezwaarde, zal dan ook moeten worden uitgezonderd van art. 4.17a Wet IB 2001.

Vervolgens speelt ook hier de complicerende factor dat de gezamenlijke belanghebbenden moeten verzoeken om de overgang niet aan te merken als vervreemding. Afhankelijk van hetgeen de oorspronkelijke erflater vermeld heeft in zijn testament, zullen zich hierbij tegenstrijdige belangen kunnen voordoen van de (rechtsopvolgers van de) bezwaarde enerzijds en de verwachters anderzijds. Wordt dit obstakel overwonnen, dan lijkt – met een ruime uitleg van het wetsartikel – toepassing van de doorschuifregeling geen probleem. Daarbij maakt het geen verschil of bij het overlijden van de erflater al dan niet verzocht is om toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001. In het tweede lid van genoemd artikel wordt immers bepaald dat het deel van de overdrachtprijs dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben, niet als vervreemding wordt aangemerkt. Daarmee wordt impliciet aansluiting gezocht bij de verkrijgingsprijs van in casu de bezwaarde. Aldus kan worden geconcludeerd dat het artikel in beginsel van toepassing kan zijn in geval van een tweetrapslast.

5. Concluderend

De Wet IB 2001 bevat slechts één artikel ten aanzien van bezittingen die zijn verkregen onder de ontbindende voorwaarde van overlijden waarop een opschortende voorwaarde ten gunste van een verwachter aansluit. Art. 5.4, lid 7, Wet IB 2001 bepaalt dat dergelijke bezittingen in box 3 in aanmerking worden genomen als ware zij onvoorwaardelijk verkregen. Voor het overige tast de belastingplichtige volledig in het duister hoe moet worden omgegaan met dergelijk voorwaardelijk verkregen vermogen. Het zou zeer wenselijk zijn indien in dit kader onder meer kan worden aangegeven hoe de tweetrapsmaking- of schenking zich verhoudt tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de inkomstenbelasting. Hopelijk vormt deze bijdrage een waardevolle voorzet voor de vormgeving van een dergelijke regeling!

[1] Art. 4:141 BW en art. 7:180 BW.

[2] Tot 1 januari 2003 werd gesproken van een fidei-commis of 'making over de hand'.

[3] Art. 4.16, lid 1, onder e, Wet IB 2001.

[4] Art. 4.19, lid 1, Wet IB 2001.

[5] Art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001.

[6] Voor 1 januari 2010 was de doorschuiffaciliteit slechts beschikbaar voor situaties waarbij sprake was van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht. Met ingang van genoemde datum is daar de overgang krachtens schenking aan toegevoegd. Wel zijn de voorwaarden aanzienlijk aangescherpt. In dit artikel zal de oude regeling buiten beschouwing blijven.

[7] Voor een bespreking van de regeling verwijs ik naar bijvoorbeeld het artikel van S.J. Mol-Vermeer, 'Het nieuwe fiscale regime voor de gehuwde aanmerkelijkbelanghouder. Een nadere beschouwing', WFR 2011/6913.

[8] Art. 4.17a, lid 6 en lid 7, Wet IB 2001 bevatten een regeling waarin is aangegeven wat als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt.

[9] Art. 4.17b Wet IB 2001.

[10] Op grond van art. 26d Uitv.reg. IB 2001 is aan deze voorwaarde eveneens voldaan indien de verkrijger in dienstbetrekking is van een werkmaatschappij.

[11] Wanneer een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde is gemaakt waarbij zich een erfstelling aansluit onder opschortende voorwaarde, zijn op grond van art. 4:138, lid 2, BW op de rechtsverhouding bezwaarde/verwachter de wettelijke bepalingen van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing. Als gevolg hiervan is de bezwaarde verplicht het vermaakte gelijk een vruchtgebruiker te bewaren en in stand te houden, tenzij de erflater (insteller) hem de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden. Op grond van het eerder genoemde Boerenplaatsje-arrest kan bij testament of schenking aan de bezwaarde eveneens de bevoegdheid worden verleend bij testament over de bezwaarde goederen te beschikken.

[12] Opvallend is dat in art. 5.4, lid 7, Wet IB 2001 slechts wordt gesproken over de ontbindende voorwaarde van overlijden. De vraag rijst of de waarderingsregel niet geldt wanneer sprake is van een ontbindende voorwaarde die aanknoopt bij een ander tijdstip. Dat in de systematiek van de tweetrapsmaking of -schenking de voorwaarde kan aansluiten bij een eerder tijdstip dan het overlijden van de bezwaarde volgt uitdrukkelijk uit het bepaalde in art. 4:141 BW, welk artikel via de schakelbepaling van art. 7:180 BW van overeenkomstige toepassing is op de tweetrapsschenking.

[13] Art. 21, lid 2, SW 1956.

[14] In het navolgende veronderstel ik steeds dat het aanmerkelijkbelangaandelen van een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 betreft (reële onderneming) en het geen art. 4.10 Wet IB 2001 aanmerkelijk belang betreft.

[15] HR 12 september 1990, BNB 1991/251.

[16] Deze vraag is met ingang van 1 januari 2010 relevant geworden. Voor deze datum was het niet in aanmerking nemen van de vervreemding de hoofdregel. Op verzoek van de gezamenlijk belanghebbenden kon worden afgerekend.

[17] Kamerstukken, 32 129, nr. 8, p. 65.

[18] Tijdens de parlementaire behandeling is in dit kader expliciet gesproken over erfgenamen en legatarissen. De verwijzing naar legatarissen lijkt hier echter niet geheel correct, nu deze geen rechtsgeldige vertegenwoordigers van de erflater zijn.

[19] Of de voorwaarde in vervulling gaat is immers onzeker.

[20] Een vergelijkbare situatie is aan de orde bij het uitoefenen van wilsrechten. Eerder heeft Hoogeveen opgemerkt dat bij het uitoefenen van wilsrechten de kinderen de werkelijke waarde van de aandelen opofferen. Hun vordering op de langstlevende ouder neemt af met de werkelijke waarde van de aandelen op het moment van uitoefening. Bij doorschuiving krijgen zij echter slechts (een evenredig deel van) de verkrijgingsprijs doorgeschoven. Dit dilemma was ten tijde van de publicatie van Hoogeveen minder relevant nu de langstlevende de doorschuiving kon tegenhouden door niet mee te werken aan een afrekening. Nu de volgorde gewijzigd is (na 1 januari 2010 zal standaard moeten worden afgerekend, tenzij een gezamenlijk verzoek tot doorschuiving wordt gedaan, voor 1 januari 2010 was er standaard sprake van doorschuiven tenzij een gezamenlijk verzoek tot afrekening werd gedaan), is deze discussie weer zeer relevant geworden. M.J. Hoogeveen, 'Over wilsrechten, aanmerkelijk belang en invorderingsfaciliteiten', FTV 2000/1, p. 16.

[21] Vgl. de suggestie die in het eerste deel van dit artikel is gedaan in het kader van art. 35d SW 1956.

[22] HR 16 januari 2004, NJ 2004, 487, met moot WMK ('Boerenplaatsje-arrest').