
Vergaderjaar 2023-2024

36 202 Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2023)

AJ **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**
Vastgesteld 3 november 2023

De leden van de vaste commissie voor Financiën¹ hebben kennisgenomen van het afschrift van de brief van de staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst aan de Tweede Kamer over de uitkomsten van het vervolgonderzoek naar bedrijfsopvolgingsregelingen.² De leden van de fractie van **GroenLinks-PvdA** hebben daarover een aantal vragen en opmerkingen.

Naar aanleiding hiervan is op 4 oktober 2023 een brief gestuurd aan de staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst.

De staatssecretaris heeft op 1 november 2023 gereageerd.

De commissie brengt bijgaand verslag uit van het gevoerde schriftelijk overleg.

De griffier van de vaste commissie voor Financiën,
De Man

¹ Samenstelling:

Kroon (BBB) (*ondervoorzitter*), Van Wijk (BBB), Heijnen (BBB), Griffioen (BBB), Martens (GroenLinks-PvdA), Crone (GroenLinks-PvdA), Karimi (GroenLinks-PvdA), Van Gorp (GroenLinks-PvdA), Rosenmöller (GroenLinks-PvdA), Van Ballekom (VVD) (*voorzitter*), Van de Sanden (VVD), Vogels (VVD), Bovens (CDA), Bakker-Klein (CDA), Aerdts (D66), Moonen (D66), Van Strien (PVV), Visseren-Hamakers (PvdD), Baumgarten (JA21), Van Apeldoorn (SP), Holterhues (CU), Van den Oetelaar (FVD), Schalk (SGP), Hartog (Volt), Van Rooijen (50PLUS), Van der Goot (OPNL)

² *Kamerstukken I, 2022-2023, 36202, Z.*

BRIEF VAN DE VOORZITTER VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR FINANCIËN

Aan de staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst

Den Haag, 4 oktober 2023

De leden van de vaste commissie voor Financiën hebben kennisgenomen van het afschrift van uw brief aan de Tweede Kamer over de uitkomsten van het vervolgonderzoek naar bedrijfsopvolgingsregelingen.³ De leden van de fractie van **GroenLinks-PvdA** hebben naar aanleiding hiervan enkele vragen en opmerkingen.

De leden van de fractie van GroenLinks-PvdA zien een goed functionerende bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) als van groot belang voor het midden- en kleinbedrijf. Misbruik ondermijnt het draagvlak voor dergelijke belangrijke regelingen, aldus deze leden. In uw brief van 29 juni 2023 benoemt u een aantal constructies zoals 'rollatorinvesteringen', waarbij niet-ondernemingsvermogen op hoge leeftijd in een bedachte onderneming wordt gestopt om onterecht gebruik te kunnen maken van de BOR en de 'dubbel-BOR'. Met de dubbel-BOR-constructie wordt de onderneming geschonken aan het kind met toepassing van de BOR, waarna de ouders het later terugkopen met bijvoorbeeld spaargeld en vervolgens opnieuw schenken aan het kind met toepassing van de BOR. Op deze wijze heeft het kind niet alleen de onderneming (nagenoeg vrijgesteld van schenk- en erfbelasting ontvangen), maar de facto ook het spaargeld van de ouders.

Kunt u een inschatting geven van de omvang van deze constructies voor de schatkist en een simpel rekenvoorbeeld geven van het onterecht genoten voordeel in een gangbare situatie? Deze leden zien dergelijke constructies als evident in strijd met de geest van de wet. U benoemt dat ook zo in uw brief. Kunt u toelichten waarom desondanks een wetswijziging op dit punt nodig is en een beroep op een rechtsprincipe als *fraus legis* (misbruik van recht) onvoldoende krachtig is? Kan die route om constructies die evident niet de bedoeling van een fiscale wet zijn versterkt worden (ook met het oog op andere constructies)?

De leden van de vaste commissie voor Financiën zien uw reactie met belangstelling tegemoet en ontvangen deze graag uiterlijk dinsdag 31 oktober 2023.

W.T. van Ballekom

Voorzitter van de vaste commissie voor Financiën

³ Kamerstukken I, 2022-2023, 36202, Z.

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN - FISCALITEIT EN BELASTINGDIENST

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 1 november 2023

De vaste commissie voor Financiën van de Eerste Kamer heeft kennisgenomen van mijn brief over de uitkomsten van het vervolgonderzoek naar bedrijfsopvolgingsregelingen⁴ hetgeen voor de leden van de fractie van GroenLinks-PvdA aanleiding vormde enkele vragen te stellen. In uw brief van 3 oktober 2023 is verzocht om uiterlijk 31 oktober 2023 mijn reactie op die vragen te ontvangen. In deze brief treft u mijn antwoorden op deze vragen aan.

Rollatorinvesteringen en dubbel BOR

De leden van de fractie van GroenLinks-PvdA onderschrijven het belang van een goed functionerende bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) en merken op dat misbruik het draagvlak voor dergelijke belangrijke regelingen ondermijnt. Deze leden hebben enkele vragen over de constructies 'rollatorinvesteringen' en de 'dubbel-BOR'.

Deze leden vragen naar een inschatting van de omvang van deze constructies en vragen om een rekenvoorbeeld. Een goede inschatting van de omvang van deze constructies is lastig te maken. Wel zal ik hieronder voor elke constructie een voorbeeld geven.

Voorbeeld 1 – rollatorinvesteringen

Een ouder X bezit diverse bedrijfspanden ter waarde van € 2 miljoen in privé (box 3 inkomstenbelasting). De panden zouden niet onder de toepassing van de BOR vallen. Indien de panden na het overlijden van X worden geërfd door kind Y, zou de verschuldigde erfbelasting € 381.552 bedragen (bedrag 2023).

Vervolgens treedt X toe tot de onderneming van kind Y en brengt de panden in de onderneming in, waarbij de panden niet aan derden ter beschikking worden gesteld. De totale waarde van het ondernemingsvermogen is nu € 6 miljoen. De panden zijn voor X nu ondernemingsvermogen, waardoor de BOR - indien is voldaan aan de voorwaarden zoals de bezitseis (5 jaar bij schenking, 1 jaar bij overlijden) - wel hierop kan worden toegepast. Anderhalf jaar later overlijdt X.

Over de bedrijfspanden is X dan € 49.552 aan erfbelasting verschuldigd.

Waarde bedrijfspanden =	€ 2.000.000
Vrijgesteld onder de BOR: € 2 miljoen * 83% ⁵ =	€ 1.660.000
Kindvrijstelling =	€ 22.918 -/-
Belaste verkrijging =	€ 317.082
€ 138.641 * 10% =	€ 13.864
(€ 317.082 -/- € 138.641) * 20% =	€ 35.688 +
Verschuldigde erfbelasting =	€ 49.552

Als er geen gebruik zou zijn gemaakt van deze constructie, dan was de verschuldigde erfbelasting € 381.552 geweest. Dit is een verschil van € 332.000.

Voorbeeld 2 – dubbel BOR

Persoon X drijft een onderneming, waarvan de totale waarde van het ondernemingsvermogen € 6 miljoen bedraagt. X schenkt de onderneming aan kind Y met toepassing van de BOR. Na vijf jaar is

⁴ Kamerstukken I, 2022/23, 36202, Z.

⁵ Bij de berekening van de verschuldigde erfbelasting is gemakshalve geen rekening gehouden met de vrijstelling van 100% over de eerste € 1.205.871.

de voortzettingstermijn van het kind verstreken en koopt X de onderneming terug voor € 6 miljoen. Nadat er opnieuw vijf jaar (of één jaar bij overlijden van X) is verstreken, schenkt X de onderneming weer met toepassing van de BOR aan Y. In wezen heeft Y de onderneming van € 6 miljoen met toepassing van de BOR ontvangen en het overige vermogen van X van € 6 miljoen ook onbelast. Als er geen gebruik was gemaakt van deze constructie, dan was schenk- of erfbelasting verschuldigd geweest over het overige vermogen van € 6 miljoen.

Fraus legis

Met deze leden zie ik dergelijke constructies als evident in strijd met de geest van de wet. Maar dat wil nog niet zeggen dat deze constructies door de Belastingdienst kunnen worden bestreden met een beroep op *fraus legis*.

Het leerstuk van *fraus legis* is in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkeld. Dit leerstuk functioneert in feite als een vangnet ingeval er sprake is van een vorm van belastingontwijking (wetsontduiking) waarop niet geanticipeerd is in de belastingwetgeving. Daarmee komt het leerstuk pas aan de orde als andere methoden van rechtsvinding geen soelaas bieden. Het gaat dan in de regel om een geconstrueerde feitelijke situatie met het oogmerk om belasting te ontwijken. Voor de toepassing van *fraus legis* zijn twee elementen van belang: de handelingen hebben als doorslaggevend oogmerk het vrijdelen van belasting (het motiefvereiste) en deze belastingverijdeling komt in strijd met doel en strekking van de wet (het normvereiste). Een beroep op *fraus legis* vergt daarom elke keer een op de specifieke situatie toegesneden onderzoek door de inspecteur (is er geen andere vorm van rechtsvinding en had de belastingplichtige het oogmerk van belastingontwijking) en zal veelal leiden tot een gerechtelijke procedure.

Hoewel toepassing van de BOR in bovengenoemde voorbeelden naar het oordeel van het kabinet in strijd is met de geest van de wet, is het niet zomaar mogelijk om dergelijke constructies met een beroep op *fraus legis* te bestrijden.

Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat een belastingplichtige in beginsel de vrijheid heeft de voor hem fiscaal minst bezwarende weg te kiezen.⁶ Die vrijheid wordt echter overschreden als met het oogmerk van belastingontwijking wordt gekozen voor een weg waarbij doel en strekking van de wet zouden worden miskend als deze tot het nagestreefde resultaat zou leiden.

De wetgeving(sgeschiedenis) van de BOR kent geen aanknopingspunt waaruit de miskenning van doel en strekking van de wet eenvoudig kan worden afgeleid. Daarmee is de uitkomst van een beroep op *fraus legis* in de genoemde situaties op zijn minst onvoorspelbaar, wat afbreuk doet aan de rechtszekerheid.

De bezitseis is weliswaar door de wetgever mede als dam tegen oneigenlijk gebruik opgeworpen, maar differentieert momenteel niet naar leeftijd of eerder gebruik van de BOR. De aandacht ging bij de totstandkoming van de BOR uit naar het voorkomen van voor ondernemingen knellende situaties waardoor, als gevolg van de heffing van de schenk- of erfbelasting, de continuïteit van bedrijven in gevaar zou komen. De mogelijkheden die de BOR tot verdergaande belastingbesparende constructies zou kunnen geven, werden niet onderkend. Dat is alsnog gebeurd en de voorgestelde wettelijke maatregelen om de twee eerdergenoemde constructies te bestrijden vloeien daaruit voort.

Bovendien geldt dat het in eerste instantie aan de wetgever is om bij het opstellen van belastingwetgeving (inclusief de toelichting daarop) rekening te houden met specifieke constructies die de wetgever als onwenselijk beschouwt en indien nodig daarvoor aanvullende gerichte antimisbruikmaatregelen te treffen. Dergelijke wetgeving en antimisbruikmaatregelen dienen dan tevens de legaliteit en rechtszekerheid. Immers, *fraus legis* heeft tot gevolg dat in weerwil van de letterlijke wettekst toch tot belastingheffing wordt overgegaan. Daarom is *fraus legis* een fiscaal ultimum remedium. Vanuit dit oogpunt acht het kabinet het niet opportuun om dit leerstuk te versterken. Voor wat betreft de constructies rollatorinvesteringen en dubbel-BOR verwijs ik ook

⁶ Zie onder meer HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619.

naar de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2024⁷ en mijn brief aan de Tweede Kamer van 20 oktober jl.⁸

Ik hoop dat ik met deze brief de vragen van de leden van de fractie van GroenLinks-PvdA naar tevredenheid heb beantwoord.

De staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst,

Marnix L.A. van Rij

⁷ Kamerstukken II, 2023/24, 36421, nr. 6.

⁸ Kamerstukken II, 2023/24, 32637, nr. 582.