

| |
|------------------|
| Persoonsgegevens |
|------------------|

Amsterdam, 6 mei 2024

Memorandum

Aan

Ministerie van Financiën

Ter attentie van

| |
|------------------|
| Persoonsgegevens |
|------------------|

Betreffende

Staatssteunanalyse van amendement 11 over
aanpassingen van de Bedrijfsopvolgingsregeling
(BOR)

1 INTRODUCTIE

- Op 26 oktober 2023 is amendement 36421 nr. 11 van Inge van Dijk en Erkens aangenomen ("**Amendement**") in verband met wijzigingen in een aantal fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ("**BOF**"). Het gaat met name om de toepassing van de doorschuifregeling aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting ("**DSR ab**") en de bedrijfsopvolgingsregeling voor de schenk- en erfbelasting ("**BOR**"). Op grond van het Amendement zal met ingang van 1 januari 2025 de toegang tot deze faciliteiten bij bedrijfsoverdracht verder worden verruimd voor (voornamelijk) familiebedrijven. Het Ministerie van Financiën ("**MinFin**") heeft het Amendement beoordeeld op staatssteunrisico's en ons gevraagd het Amendement te toetsen aan de staatssteunregels. Voor de beoordeling van het Amendement hebben wij ons met name gebaseerd op de relevante voorbereidende werken en onafhankelijke onderzoeken in het kader van zowel het Amendement 11 als de ruimere herziening van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

2 ZWAARTEPUNT VAN STAATSSTEUNRECHTELIJKE ANALYSE LIGT BIJ AANWEZIGHEID VAN 'SELECTIEF VOORDEEL'

- Krachtens artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("**VWEU**") is staatssteun in beginsel verboden, tenzij deze kan worden gerechtvaardigd, bijvoorbeeld op grond van een van de

Amsterdam

Brussel

Londen

Luxemburg

New York

Rotterdam

Deze communicatie is vertrouwelijk, kan zijn onderworpen aan een beroepsgeheim en mag niet worden gebruikt, geopenbaard, veelevoudigd, gedistribueerd of behouden door een ander dan de beoogde ontvanger. Alle juridische relaties zijn onderworpen aan de algemene voorwaarden van NautaDutilh N.V. (zie www.nautadutilh.com/terms). Deze voorwaarden bevatten een aansprakelijkheidsbeperking, zijn gedeponereerd bij de rechtbank in Rotterdam en worden op verzoek kosteloos toegezonden. Nederlands recht is van toepassing en geschillen worden onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank in Amsterdam. NautaDutilh N.V.; statutair gevestigd te Rotterdam; handelsregister nr. 24338323. Voor informatie inzake de verwerking van uw persoonsgegevens zie onze privacy policy: www.nautadutilh.com/privacy.

53106774 M 54967084

uitzonderingsgronden uit het VWEU. Vervolgens bepaalt artikel 108 lid 3 VWEU dat een vermeende steunmaatregel niet ten uitvoer kan worden gebracht totdat deze maatregel bij de Commissie is aangemeld en de Commissie bij besluit heeft vastgesteld dat geen sprake is van staatssteun of dat sprake is van verenigbare staatssteun. Een vermeende steunmaatregel die niet is aangemeld en goedgekeurd door de Commissie betreft daarmee in beginsel ongeoorloofde staatssteun.

3. In een staatssteunbeoordeling van belastingmaatregelen staat veelal de vraag centraal of sprake is van een selectief voordeel: is sprake van een algemene maatregel of van een maatregel die enkel een voordeel toekent aan een specifieke groep ondernemingen. Wanneer de maatregel enkel een voordeel toekent aan een specifieke groep ondernemingen, moet vervolgens worden beoordeeld of die specifieke groep ondernemingen (indirect) bevoordeeld worden ten opzichte van ondernemingen die zich in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden. De vraag is dan of de ondernemingen waarvan de overdracht van diens aandelenbelangen kan profiteren van de verruiming van de toegang tot de BOR en de DSR zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden als de ondernemingen waarbij dit niet het geval is.
 4. Wanneer er sprake is van een ongelijke behandeling, moet dat onderscheid kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van objectieve criteria, die specifiek zijn voor de begunstigde ondernemingen (in tegenstelling tot de overige ondernemingen die niet eenzelfde voordeel verkrijgen), én waarbij juist die kenmerken bijdragen aan of passen bij de specifieke doelstellingen van de betrokken belastingregel. Het Amendement betreft fiscale bedrijfsopvolgingsregelingen die zijn neergelegd in de Successiewet 1956 dan wel de Wet Inkomensbelasting 2001 ("**Wet IB 2001**"). Voor beide belastingstelsels is het belangrijkste uitgangspunt het draagkrachtbeginsel.
- 2.1 Selectief voordeel voor oude familiebedrijven bij het verruimen van de toegang tot de BOR en de DSR ab**
5. Zowel overeenkomstig de Wet IB 2001 als op grond van de Successiewet 1956 wordt inkomstenbelasting geheven van natuurlijke personen. De staatssteunregels daarentegen zijn enkel van toepassing op ondernemingen. In dit geval zal moeten worden onderzocht of de maatregel ondernemingen indirect begunstigt.

Een indirect voordeel

6. In de onderhavige situatie zou sprake kunnen zijn van een indirect voordeel. Het indirecte voordeel zou de vorm kunnen aannemen van een kleinere kans dat deze bedrijven aan hun aandeelhouders dividend moeten uitkeren of een kleinere kans dat deze bedrijven aan hun aandeelhouders een hoger dividend moeten uitkeren, dan wel aandelen moeten inkopen, zodat de aandeelhouders de erf- dan wel schenkbelasting kunnen voldoen. Daarmee zouden deze ondernemingen uiteindelijk meer liquide middelen in kas kunnen houden. De loutere toename van de liquide middelen kan een voordeel in de zin van de staatssteunregels vormen. De gunstigere fiscale behandeling vloeit voort uit het feit dat aan de belastingplichtige een uitstel dan wel vrijstelling van de heffing wordt verleend.

Een selectief voordeel aan oude familiebedrijven

7. De verruiming van de BOR geldt niet voor eenieder die een klein belang (minder dan 5%) heeft en die niet onder verwateringsregeling valt, maar slechts de erflater of schenker, al dan niet tezamen met zijn partner, en bloed- en aanverwanten in de neergaande lijn van de eerste familiale aandeelhouder, ten minste 25% van de aandelen in een onderneming houdt. Meer nog, uit de toelichting bij het Amendement blijkt dat met de verruiming meer specifiek wordt beoogd dat "oude familiebedrijven die vanwege overdracht over meerdere generaties al in zoverre verwaterd waren" toegang (blijven) hebben tot de betrokken BOF. Hetzelfde geldt voor de verruiming van de verwateringsregelingen. Daarbij is het enige onderscheid in de feitelijke positie van de houders van het kleine belang dat hun familie gezamenlijk een groter belang heeft. In het licht van het doel van de Successiewet 1956 is dit op het eerste gezicht geen relevant feitelijk of juridisch relevant onderscheid. Het uitgangspunt is immers dat eenieder belasting betaalt over de aanwas van zijn of haar vermogen door vererving of door een schenking.
8. De verruiming van de verwateringsregeling voor de BOR en DSR ab geldt in principe voor verwaterde aanmerkelijke belangen in iedere onderneming. De verwateringsregeling voor belangen tussen de 0,5 en 5% geldt voor alle belangen die eerst onderdeel waren van een aanmerkelijk belang, wat gehouden werd door de rechtsvoorgangers van een erflater of schenker (enkel in geval van de DSR ab en in de BOR), en verwatering uitsluitend heeft plaatsgevonden door vererving, overgang krachtens het huwelijksvermogensrecht of schenking. Het Amendement breidt de toegang tot de DSR ab in de Wet IB 2001 en tot de BOR in de Successiewet 1956 uit naar belangen van minder dan 0,5%, waarbij nog steeds de

voorwaarde geldt dat het kleine belang eerst onderdeel was van een aanmerkelijk belang, wat gehouden werd door de rechtsvoorganger van een erflater of schenker en verwatering uitsluitend heeft plaatsgevonden door vererving, overgang krachtens het huwelijksvermogensrecht of schenking. Bijkomende voorwaarde is echter ook dat de DSR ab of BOR slechts geldt voor belangen onder de 0,5% wanneer de verkrijger een bloedverwant in de neergaande lijn is van één van de rechtsvoorgangers waar het belang nog een aanmerkelijk belang was. Hoewel de verruiming van de verwateringsregeling voorziet in een ogenschijnlijk objectief criterium, is de verwachting, gelet op de specifieke kenmerken van de fiscale regeling en het criterium, dat het *de facto* met name van toepassing zal zijn bij bedrijfsoverdracht binnen een familiebedrijf.

2.2 Het Amendement is moeilijk te rechtvaardigen

9. Zoals hierboven vermeld kadert het Amendement in belastingregelingen die als belangrijkste uitgangspunt het draagkrachtbeginsel gemeen hebben. De criteria aan de hand waarvan het Amendement leidt tot een onderscheid zijn moeilijk te rechtvaardigen in het licht van voormelde gemeenschappelijke doelstelling.

Uitzondering van kleine individuele belangen bij groot familiebelang lijkt moeilijk te rechtvaardigen

10. De uitbreiding van de BOR is vooral bedoeld om oude familiebedrijven met verwaterde belangen onder de BOR te brengen. Dit om te voorkomen dat liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om te bereiken dat de verkrijger van het kleine belang de erf- of schenkbelasting kan voldoen. *In casu* moet echter niet het bestaan van de BOR worden gerechtvaardigd, maar het onderscheid tussen familiebedrijven ten opzichte van niet-familiebedrijven. Het blijft onduidelijk waarom nu juist kleine belangen in ondernemingen waarin een familie gezamenlijk ten minste 25% van de aandelen houdt onder de BOR moeten worden gebracht en waarom er een rechtvaardiging bestaat deze familiebedrijven te bevoordelen ten opzichte van niet-familiebedrijven. Daarmee ontbreekt in het Amendement de rechtvaardigingsgrond. In het licht van het doel van de Successiewet 1956, dat van eenieder over zijn of haar vermogensaanwas krachtens het erfrecht of via een schenking belasting wordt geheven, is dit in geen geval een relevant onderscheid.

11. Uitgangspunt van de BOR is dat de continuïteit van ondernemingen niet in gevaar mag komen door de belastingheffing. Een onderdeel daarvan kan zijn dat ook een vrijstelling moet gelden bij het verkrijgen van kleine belangen (minder dan een aanmerkelijk belang). Echter, ook dan is niet duidelijk waarom dit meer noodzakelijk zou zijn in het geval van ondernemingen waarin een familie ten minste 25% van de aandelen houdt, ten opzichte van ondernemingen waarbij dat niet het geval is.

Uitbreiden van de verwateringsregelingen in de BOR en de DSR ~~is~~ lijkt moeilijk te rechtvaardigen

12. Uitgaande van het doel van de Successiewet 1956 lijkt het zijn van een directe bloed- of aanverwant in de neergaande lijn van degene die het indirecte aanmerkelijk belang hield niet een relevant onderscheid. Niet valt in te zien waarom een verkrijger die een directe bloed- of aanverwant in de neergaande lijn is wél voor verwaterde indirecte belangen van minder dan 0,5% toegang moet krijgen tot de BOR (en dus een belastingvrijstelling), terwijl iedere andere verkrijger krachtens erfenis of schenking deze vrijstelling pas vanaf 0,5% krijgt.
13. Ook in het licht van de doelstelling van de BOR (namelijk dat de continuïteit van de onderneming niet in gevaar mag komen door de belastingheffing) is niet duidelijk waarom het onderscheid tussen verkrijgers die directe bloed- of aanverwant in de neergaande lijn zijn en overige verkrijgers van een verwaterd belang relevant is. Het is niet duidelijk waarom de continuïteit meer in het geding is bij het verkrijgen van verwaterde indirecte belangen van minder dan 0,5% door een directe bloed- of aanverwant in de neergaande lijn van de houder van het aanmerkelijk belang, ten opzichte van andere verkrijgers.
14. Door het Amendement wordt een onderscheid gemaakt met verkrijgers van kleine indirecte belangen van minder dan 0,5% door vererving of schenking, wanneer zij geen directe bloed- of aanverwant van de houder van het vroegere aanmerkelijk belang zijn. Een goede, objectieve, rechtvaardigingsgrond voor dit onderscheid bestaat onzes inziens, in het licht van het doel van de referentieregeling, niet. Het doel van box 2 in de Wet IB 2001 is immers het belasten naargelang draagkracht, waarbij op grond van het draagkrachtbeginsel, een grotere aanwas hoger wordt belast. In het licht van deze doelstelling is niet duidelijk waarom een onderscheid gemaakt moet worden tussen verkrijgers die een directe bloed- of aanverwant in de neergaande lijn zijn van de houder van het vroegere aanmerkelijk belang en overige verkrijgers. Ook in het licht van de doelstelling van de BOF – namelijk dat de continuïteit van de onderneming

niet in gevaar mag komen door de belastingheffing – valt niet in te zien waarom dit meer noodzakelijk is in het geval van kleine indirecte belangen van minder dan 0,5% wanneer de verkrijger een bloed- of aanverwant in neergaande lijn is van de houder van het vroegere aanmerkelijk belang.

3 CONCLUSIE: TERUGDRAAIEN ONGEWENSTE GEVOLGEN VAN HET AMENDEMENT MEEST WELOVERWOGEN KEUZE

15. We kunnen ons voorstellen dat op zichzelf het doel van het Amendement, de waarborging van de continuïteit bij bedrijfsoverdracht, ook bij oude (familie)bedrijven belangrijk is. Het feit dat het Amendement zo duidelijk is toegeschreven naar een verruiming specifiek voor (grote) familiebedrijven, maakt het Amendement vanuit staatssteunrechtelijk perspectief kwetsbaar. De regelingen die zouden worden verruimd voor familiebedrijven kennen immers een algemene toepassing.
16. Wij zien vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt vooralsnog geen rechtvaardiging om een afwijkende regeling voor de BOR en de verwateringsregeling in de DSR ab en de BOR in te voeren voor kleine belangen in familiebedrijven. De belangen en doelstellingen waaraan getoetst moet worden zijn opgesteld *voor iedereen*. Binnen dat kader is het moeilijk de rechtvaardigingsgrond te vinden voor een *specifieke* groep van ondernemingen, namelijk familiebedrijven. Nu er geen goede rechtvaardigingsgrond lijkt te bestaan voor deze verruiming, menen wij dat het Amendement vanuit staatssteunrechtelijk perspectief kwetsbaar is.
