

Advocaten en notarissen
Beethovenplein 10
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
www.stibbe.com
T +31 20 546 06 06
F +31 20 546 01 23

Onze ref.
AaK/RWAL 1045462 -
33245671v1

Notitie

Aan FBNed

Van Ali al Khatib Ramses Walon
Stibbe Stibbe

Datum 25 april 2025

Betreft **Staatssteunanalyse van Amendement bedrijfsopvolgingsfaciliteiten BOR en DSR ab**

1. INLEIDING EN ACHTERGROND

- (1) Deze notitie gaat over de zogeheten bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (“**BOF**”) als gewijzigd naar aanleiding van het amendement dat door de Tweede Kamer en Eerste Kamer is aangenomen op 26 oktober 2023 respectievelijk 19 december 2023 (“**Amendement**”).¹ Het Amendement wijzigt de doorschuifregeling aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting (“**DSR ab**”) en de bedrijfsopvolgingsregeling voor de schenk- en erfbelasting (“**BOR**”). Het Amendement is ingevoerd via de Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2024 (“**Wafb 2024**”). In de Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025 (“**Wafb 2025**”) zijn nadere regels doorgevoerd over de inwerkingtredingen van de wijzigingen door het Amendement.²
- (2) Het Amendement heeft als doel dat *“oude familiebedrijven [...] toegang blijven behouden tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, ook als de belangen vergaand verwateren over vele familieleden”*.³ Het Amendement bereikt dit doel door de zogeheten verwateringsregeling zodanig te wijzigen dat ook een indirect belang van minder van 0,5% onder deze regeling valt. Het doel van het Amendement is dus om de faciliteiten inclusief te houden door te voorkomen dat een bepaalde groep (familie)bedrijven buiten de boot gaat vallen. Daarnaast wordt via een zogeheten ‘familietoets’ ook de werking van de BOR aangepast.
- (3) In deze notitie beantwoorden wij de vraag of de wijzigingen in de DSR ab en de BOR, als

¹ Kamerstukken II 2022/23, 36421 nr. 11.

² Stb. 2023, 504 en Stb. 2024, 439.

³ Kamerstukken II 2022/23, 36421 nr. 11, p. 3.

gevolg van het Amendement, kwalificeren als een staatssteunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van Europese Unie (“VWEU”). Tevens adresseren wij in hoeverre deze wijzigingen verenigbaar zijn met de interne markt, en daarmee toegestaan zijn, voor zover zij inderdaad als staatssteun kwalificeren. De wijzigingen van het Amendement zullen hierna, in het kader van de staatssteunanalyse, gezamenlijk als de ‘maatregel’ worden geduid.

- (4) De aanleiding voor deze notitie is dat de inwerkingtreding van de hiervoor genoemde wijzigingen in de DSR ab en de BOR door de wetgever afhankelijk is gesteld van een door de Minister van Financiën (“**Minister**”) uit te vaardigen koninklijk besluit.⁴ Het uitvaardigen van dit koninklijk besluit is op zijn beurt afhankelijk gesteld van een beoordeling door de Europese Commissie dat deze wijzigingen in het kader van het staatssteunrecht geoorloofd zijn.⁵
- (5) Deze notitie kent de volgende structuur:
- **Paragraaf 2:** Samenvatting van de kernbevindingen van de notitie.
 - **Paragraaf 3:** Juridisch kader van de BOF in Nederland.
 - **Paragraaf 4:** Achtergrond en totstandkoming van de BOF in Nederland en de Europese Unie en het belang dat de Europese Commissie hecht aan de familiebedrijven.
 - **Paragraaf 5:** Een staatssteunanalyse waaruit blijkt dat de maatregel uit het Amendement niet kwalificeert als staatssteun.
 - **Paragraaf 6:** Een staatssteunanalyse over de verenigbaarheid van de maatregel met het Unierecht. Hieruit volgt dat zelfs als de maatregel wel als staatssteun zou kwalificeren, deze doorgang kan vinden omdat deze verenigbaar is met de interne markt van de Europese Unie.

2. SAMENVATTING

- Het Amendement vormt ons inziens geen staatssteun om twee redenen:
- Ten eerste leidt het Amendement evident niet tot een *direct* niet-marktconform voordeel aan ondernemingen. Het is bovendien zeer twijfelachtig of er sprake is van een zogeheten *indirect* niet-marktconform voordeel aan ondernemingen. Het Amendement strekt tot het verlagen van een belastingplicht die op natuurlijke personen drukt. (Familie)ondernemingen hebben vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt geen (indirect) voordeel: vanuit het mededingingsrechtelijke perspectief van de onderneming is het om het even of de aandelen in de handen van een familie blijven of naar een derde gaan (*private equity*). Voor zover (familie)ondernemingen daarvan een ‘voordeel’ genieten,

⁴ Stb. 2024, 439, artikel VI jo. Stb. 2023, 504, artikel VII.

⁵ Kamerstukken II 2024/25, 36 610, nr. 3, p. 73.

is dat naar alle waarschijnlijkheid slechts een niet commercieel neveneffect dat dus niet kan leiden tot de kwalificatie niet-marktconform voordeel en daarmee ook niet tot staatssteun.

- Ten tweede is het twijfelachtig of de maatregel, die met het Amendement wordt voorgesteld, selectief is. De selectiviteit van de maatregel moet worden getoetst door een analyse van het (belasting-)referentiesysteem. Het Amendement is echter slechts een aanvulling op reeds bestaande regels, die het behoud van kortgezegd aandelen in een (familie)bedrijf door een familie beogen te bevorderen en daarmee de continuïteit van de familieonderneming waarborgen. Deze regels zijn er sinds jaar en dag *de facto* op gericht om de aandeelhouders van specifieke ondernemingen, namelijk familiebedrijven, te ondersteunen bij de bedrijfsopvolging mede vanuit de gedachte dat familiebedrijven de economische welvaart bevorderen, onder meer door het bieden van economische stabiliteit en het behoud van werkgelegenheid. Deze regels vormen het (belasting-)referentiesysteem. Het Amendement past volledig binnen dit referentiesysteem, en vormt geen afwijking hiervan. Het Amendement kan om die reden evenmin als staatssteun worden aangemerkt.
- Ons zijn – ondanks de ruim beschikbare beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, en jurisprudentie van Europese rechter over staatssteun en belastingmaatregelen – bovendien geen precedents bekend, waarin een dergelijke belastingmaatregel, die uitsluitend ten goede komt aan de natuurlijke personen, als staatssteun is aangemerkt. Dit is van belang omdat regelingen als de BOF niet alleen in Nederland, maar ook in veel andere EU-landen gebruikt worden. Als deze regelingen staatssteun inhouden, dan is het zeer opmerkelijk dat de Europese Commissie daar nooit een punt van lijkt te hebben gemaakt.
- Zelfs als wordt verondersteld dat het Amendement afwijkt van het referentiesysteem, wordt deze afwijking gerechtvaardigd door de aard en opzet van dat systeem. Het faciliteren door de overheid van aandelenoverdracht van het ene familielid naar het andere familie (in neergaande lijn) is te rechtvaardigen vanuit de notie dat *alle* aandeelhouders in familiebedrijven gelijk worden behandeld en dat de continuïteit van *alle* familiebedrijven gewaarborgd dient te worden. Het Amendement maakt mogelijk dat (aandeelhouders van) familiebedrijven die nu buiten de boot vallen in aanmerking kunnen komen voor dezelfde faciliteiten als andere aandeelhouders van familiebedrijven. Hiermee trekt het Amendement het speelveld voor deze bedrijven recht.
- In het onwaarschijnlijke geval dat het Amendement staatssteun behelst, ligt het in de rede dat de Europese Commissie deze staatssteun als verenigbaar aanmerkt. Het belang van het voortbestaan van familiebedrijven, in die zin dat de aandelen in de handen van familieleden blijven, wordt expliciet onderschreven door de Europese Commissie, terwijl het Unierecht maatregelen die de economie versterken toestaat zolang de concurrentie niet vergaand wordt verstoord. Niet is gebleken dat het Amendement tot dergelijke vergaande verstoring leidt.

3. JURIDISCH KADER

- (6) In deze paragraaf beschrijven wij de BOF die recent zijn aangepast met de inwerkingtreding van de Wafb 2024 en 2025: de DSR ab en de BOR. Wij bespreken daarbij specifiek op welke manier het Amendement de DSR ab en de BOR wijzigt. Voorop staat dat de DSR ab en de BOR – los van het Amendement – weliswaar *de iure* openstaan voor overdrachten van aandelen binnen families, maar *de facto* vaak gebruikt worden door verkrijgers van (aandelen in) familiebedrijven. Uit bijvoorbeeld recente uitspraken van de wetgever blijkt ook dat dat gebruik de voornaamste rechtvaardiging is voor de DSR ab en de BOR:

“Het kabinet vindt de BOR en de DSR ab belangrijke fiscale faciliteiten voor de bedrijfsopvolging die gekoesterd moeten worden. Deze faciliteiten worden vaak gebruikt door verkrijgers van (aandelen in) familiebedrijven. Familiebedrijven hebben toegevoegde economische waarde waarmee een algemeen belang in het geding is”⁶

3.1 Inleiding: belastingheffing bij overgang van aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

- (7) De overgang van een bedrijf of een aanmerkelijk belang in een bedrijf bij leven, door schenking, of bij overlijden, door vererving, wordt in de Nederlandse belastingwetgeving geregeld. Daarbij kunnen twee belastingheffingen van toepassing zijn:
- (i) De inkomstenbelasting (het ‘aanmerkelijk belang’, tarief 2025: 24,5-31%)⁷. De inkomstenbelasting wordt in principe geheven bij de overdrager van de aandelen, behalve als de DSR ab van toepassing is. In dat geval schuift de belastingclaim door naar de ontvanger en wordt de betaling daarvan uitgesteld totdat de ontvanger de aandelen verkoopt.
 - (ii) De schenk- of erfbelasting (tarief 2025: 10% tot 20% voor schenkingen/verervingen van ouders naar kinderen).⁸ De schenk- en erfbelasting wordt geheven bij de ontvanger van (het aanmerkelijk belang in) het bedrijf.
- (8) Deze twee heffingen zijn *cumulatief* en kunnen daarom gezamenlijk leiden tot een belastingdruk van 40% of hoger bij een overgang van (aandelen in) bedrijven door schenking of vererving. Die belastingdruk kan leiden tot betalingsproblemen omdat de ontvanger de middelen niet heeft om de belastingschulden te voldoen. In een uiterst geval kan die druk maken dat (de aandeelhouders van) familiebedrijven besluiten om toe te staan dat de aandelen vervreemd worden aan een derde, of om extra dividend uit te keren.⁹ Familieondernemingen

⁶ Kamerstukken II 2023/24, 36 421, nr. 3, p.3.

⁷ Ze voor algemene informatie:

https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/prive/inkomstenbelasting/heffingskortingen_boxen_tarieven/boxen_en_tarieven/box_2/

⁸ Erfbelasting: <https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/erfbelasting/content/tarieven-erfbelasting>; Schenkbelasting: <https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/schenken/content/tarieven-schenkelasting>

⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4: “Over de verkrijging van ondernemingsvermogen is de verkrijger schenk- en erfbelasting verschuldigd. De betaling van deze belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien

zitten, zo is in de parlementaire geschiedenis onderkend, in een andere positie dan andere bedrijven, zoals multinationals waar de erf- en schenkbelasting geen effecten heeft op de continuïteit:

“Ondernemingsvermogen zit «klem» in de onderneming en de bedrijfsopvolgingsregeling creëert een «level playing field» met grote multinationals, waar de heffing van erf- en schenkbelasting de continuïteit van de onderneming niet bedreigt. Ik ben verheugd dat de genodigden het gelijktrekken van schenken en erven van ondernemingsvermogen in de inkomstenbelasting als positief ervaren”¹⁰

- (9) De belastingdruk kan dus in het bijzonder tot problemen leiden bij ‘familiebedrijven’. Familiebedrijven functioneren anders dan andere bedrijven. Zij richten zich meer dan andere ondernemingen op stabiliteit voor de lange termijn.¹¹ Als ontvangers van (aandelen in) het familiebedrijf door hoge belastingdruk bij de overgang van de onderneming worden gedwongen om hun aandelen te verkopen en/of schulden te maken om de belastingschuld te voldoen, kan die stabiliteit en het karakter van familiebedrijf onder druk komen te staan. Het verliezen van het familie karakter is, geredeneerd vanuit het algemeen belang, zorgwekkend omdat familiebedrijven een grote economische en maatschappelijke waarde vertegenwoordigen in de Nederlandse economie en tevens een dempende werking hebben bij economische recessies.¹²
- (10) Om dit financiële probleem voor de aandeelhouders van familiebedrijven in eerste instantie op te lossen en het maatschappelijke karakter van familiebedrijven te behouden, bestaan sinds jaar en dag verschillende BOF die het – onder voorwaarden – mogelijk maken om een belastingvrijstelling of -uitstel te krijgen van de inkomstenbelasting enerzijds en de schenk- of erfbelasting anderzijds bij de overgang van aandelen. Wij bespreken hierna de voor dit memorandum relevante BOF: de DSR ab en de BOR.

daarvoor liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Om dit te voorkomen bestaan er bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.”

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 6.

¹¹ Kamerstukken II 2024/25, nr. 24, item 3, p. 17: “Dat is ook een voordeel, want we hebben veel familiebedrijven in ons land. Dat zijn mooie bedrijven, die bouwen aan het welvarend maken van dit land. Familiebedrijven zorgen ook voor stabiliteit en vaak ook voor goed werkgeverschap, laten we dat vooropstellen.”

¹² West-Europa trekt één lijn bij overdracht familiebedrijven. Onderzoek naar de fiscale bedrijfsopvolgingsregelingen in West-Europa (PwC onderzoek van april 2015), m.n. slide 3; Het grote belang van de bedrijfsopvolgingsregeling voor het Nederlandse vestigingsklimaat en een gelijk speelveld voor onze familiebedrijven (FBNed position paper); Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk. Onderzoek naar de invloed van bedrijfsopvolgingsregelingen op de continuïteit van familiebedrijven (PwC onderzoek van december 2014), m.n. slide 3; European Family Business Tax Monitor. Comparing the impact of tax regimes on family businesses (KPMG onderzoek van april 2014); Global family business tax monitor. Plan for the future – Comparing the impact of tax regimes on family business (KPMG onderzoek van mei 2018), zie voorwoord; Onderzoek effecten afschaffing bedrijfsopvolgingsregelingen (KPMG onderzoek van 2 april 2021); Global family business tax monitor. Branching out, building up, giving back (KPMG onderzoek van 2023); De maatschappelijke bijdrage van familiebedrijven in beeld (SEO Economisch Onderzoek rapport van 22 februari 2024).

3.2 Inkomstenbelasting: DSR ab en het Amendement

- (11) In het kader van de inkomstenbelasting regelt de doorschuifregeling aanmerkelijk belang, de zogeheten DSR ab, uitstel.¹³ De DSR ab is geregeld in artikel 4.17a Wet IB 2001 (bij overgang krachtens erfrecht), artikel 4.17b (bij verdeling nalatenschap) en artikel 4.17c Wet IB 2001 (bij overgang krachtens schenking). De regels en de voorwaarden voor toepassing van de DSR ab komen in grote lijnen overeen met de bepalingen in artikel 35c van de Successiewet 1956, waarin de BOR geregeld is (zie volgende **paragraaf 3.3**). Het Amendement wijzigt de DSR ab en de BOR ook op vergelijkbare wijze.
- (12) Door de DSR ab hoeft de overdragende houder van de aandelen in de vennootschap de inkomstenbelasting (24,5-31%) over de meerwaarde – de zogeheten ‘waardeaangroei’ – van de aandelen bij die overdracht niet te betalen. De meerwaarde, ook wel vervreemdingsvoordeel, is het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs. De claim van de fiscus over de meerwaarde wordt door de DSR ab dus doorgeschoven van de erflater / schenker naar de ontvanger van de aandelen. De ontvanger betaalt de inkomstenbelasting over de waardeaangroei pas wanneer hij de onderneming op zijn beurt overdraagt. Het is daarom geen afstel maar uitstel van (inkomsten)belastingheffing. De duur van het uitstel is niet begrensd. Bij opeenvolgende bedrijfsopvolgingen kan de DSR ab telkens van toepassing zijn. Wanneer de DSR ab niet meer van toepassing is, wordt de belasting uiteindelijk alsnog geheven over de volledige waardeaangroei.
- (13) De DSR ab maakt een onderscheid tussen een direct en een indirect aanmerkelijk belang. Bij een indirect aanmerkelijk belang gaat het bijvoorbeeld om aandelen die indirect, te weten via een holding, worden gehouden in een onderneming. Artikel 4.17a lid 5 bevat een zogeheten “**verwateringsregeling**” voor erfeling of schenking van dergelijke indirecte belangen:

“ingeval het lichaam waarin de erflater [of, bij schenking: vervreemder] een aanmerkelijk belang heeft direct of indirect een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit artikel de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan eerstbedoeld lichaam, mits:

a. de erflater in dat andere lichaam indirect een aanmerkelijk belang heeft, of

b. de erflater in dat andere lichaam indirect een belang heeft van minder dan 5% doch ten minste 0,5% en:

1. Dat belang bij een van zijn rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd als bedoeld in onderdeel a;

2. Dat belang uitsluitend is verwaterd door vererving, overgang krachtens

¹³ Als onderscheiden van andere doorschuifregelingen, bijvoorbeeld bij de belastingheffing over stakingswinst, zie hier: https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/ondernemen/onderneming_wijzigen_of_beeindigen/u_staakt_uw_onderneming/doorschuiven-naar-een-nieuwe-of-bestaande-onderneming

huwelijksvermogensrecht of schenking, en

3. Direct voorafgaande aan de verwatering van dat belang tot beneden de 5% dat andere lichaam een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a. [...]”. [onderstreping door ons]

- (14) Deze verwateringsregeling maakt het mogelijk voor natuurlijke personen die aandelen houden in onder meer familiebedrijven om óók toegang tot de DSR ab (en de BOR) te krijgen als het indirecte belang minder dan 5% maar ten minste 0,5% bedraagt en uitsluitend is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking waarbij de rechtsvoorganger een indirect aanmerkelijk belang had en de werkmaatschappij een onderneming drijft.
- (15) Het Amendement – dat al in de Wafb 2024 is opgenomen, maar op dit punt nog niet in werking is getreden – laat de ondergrens van 0,5% in de verwateringsregeling vervallen ingeval wordt voldaan aan de volgende voorwaarde opgenomen in Artikel II A Wafb 2024:

“Artikel 4.17a wordt als volgt gewijzigd: 0. Na het vijfde lid, eerste zin, wordt een zin ingevoegd, luidende: De voorwaarde van het minimum van 0,5%, bedoeld in de eerste zin, onderdeel b, geldt niet als de verkrijger van vermogensbestanddelen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, een bloedverwant in de neergaande lijn is van een van de rechtsvoorgangers, bedoeld in de eerste zin, onderdeel b, onder 1o.”¹⁴ [onderstreping door ons]

- (16) Met dit Amendement wordt geregeld dat wanneer natuurlijke personen aandelen verkrijgen van familie in familiebedrijven waarin de indirecte aandeelbelangen door de jaren heen vergaand zijn verwaterd (tot onder 0,5%), zij toch in aanmerking komen voor de DSR ab (en ook zoals hierna zal blijken: de BOR). Hiermee wordt bewerkstelligd dat aandeelhouders in alle familiebedrijven voor dezelfde fiscale faciliteiten in aanmerking komen.

3.3 Schenk- en erfbelasting: BOR en het Amendement

- (17) De BOR treft een voorziening voor schenk- en erfbelasting. Deze regeling voor de BOR is opgenomen in artikel 35b en 35c Successiewet 1956. De BOR voorziet in een voorwaardelijke vrijstelling van de erf- of schenkbelasting bij bedrijfsoverdrachten en bestaat uit twee onderdelen:
- (i) Waarderingsfaciliteit: de waarderingsfaciliteit maakt dat voor de waardering van de onderneming, die bepalend is voor de hoogte van de aanslag, kortgezegd mag worden uitgegaan van de lagere goingconcernwaarde, in plaats van de liquidatiewaarde.¹⁵ Dit voor zover de liquidatiewaarde hoger is dan de goingconcernwaarde.

¹⁴ Stb. 2023, nr. 504, p. 2, art. II onder A.

¹⁵ Goingconcernwaarde is de waarde bij voortzetting van de onderneming. De liquidatiewaarde is de waarde bij verkoop van de onderneming.

- (ii) Vrijstelling: na toepassing van de waarderingsfaciliteit (indien nodig), wordt er vervolgens vrijstelling verleend van belastingheffing. Het gaat om een 100% vrijstelling tot een waarde van 1.500.000 euro, en daarboven een vrijstelling van 75%. Deze vrijstelling “*goingconcernwaarde van de BOR boven de goingconcernwaarde van € 1,5 miljoen*” zou eerst verder verlaagd worden van 83% naar 70%, maar is beperkt tot 75% door het Amendement.¹⁶
- (18) Er kan alleen een beroep op deze vrijstelling worden gedaan als er sprake is van bedrijfsopvolging. In artikel 35b lid 5 wordt de bedrijfsopvolging gedefinieerd. Het moet gaan om “*een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende drie jaren voldoet aan het voortzettingvereiste, bedoeld in artikel 35e, en, indien sprake is van schenking, op het tijdstip van de verkrijging 21 jaar of ouder is*”. Er is dus geen vereiste dat ziet op een familieband. Wel moet er sprake zijn van (i) een ondernemingsvermogen, en dus geen beleggingsvermogen (ii) de erflater of schenker verkrijger moet voldoen aan de bezitstermijn (iii) de verkrijger moet de onderneming voortzetten en minstens 21 jaar of ouder zijn. De BOR wordt *de facto* vaak toegepast in familiecontext omdat daar over het algemeen wordt voldaan aan de eisen.¹⁷
- (19) Artikel 35c Successiewet definieert het ondernemingsvermogen. Als de erfenis bestaat uit een deel van de aandelen in een vennootschap moet er ten minste sprake zijn van een aanmerkelijk belang (>5% of meer) om te kunnen spreken van ondernemingsvermogen, anders is de BOR niet van toepassing.¹⁸ Hierop zijn een groot aantal uitzonderingen en aanvullingen geformuleerd. Zo geldt ook voor de BOR de hiervoor besproken verwateringsregeling. Voor indirect gehouden belangen geldt dat deze vermogensbestanddelen aan de holding mogen worden toegerekend als het een aanmerkelijk (indirect) belang (>5%) betreft of een verwaterd aanmerkelijk belang (0,5-5%) als gevolg van huwelijk, schenking of overlijden.¹⁹
- (20) Het Amendement wijzigd de BOR op twee manieren:
- (1) In de eerste plaats wordt de verwateringsregeling van de BOR op dezelfde wijze als die van de DSR ab verruimd, waardoor indirecte belangen die kortgezegd verwaterd zijn tot onder de 0,5% ook voor de BOR in aanmerking komen.²⁰

¹⁶ Stb. 2023, 504, artikel V onder A. *Kamerstukken II 2023/24*, 36421, nr. 12; De 75%-drempel is, anders dan de andere onderdelen van het Amendement, wel reeds in werking getreden. Zie artikel 35b, eerste lid onder b, punt 3 Successiewet.

¹⁷ *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsopvolging* (CPB notitie van april 2022 voor het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat en het Ministerie van Financiën), Den Haag: CPB 2022, p. 13, hoofdstuk 5 (“**CPB notitie 2022**”): In de praktijk gaat het vaak om bedrijfsopvolging binnen de familie, maar een wettelijke definitie van een ‘familiebedrijf’ ontbreekt en is in deze context dus ook niet van belang.

¹⁸ Artikel 35c lid 1 onder c Successiewet als gewijzigd door Wafb 2025, Stb. 2024, 439, Artikel III onder B.

¹⁹ Artikel 35c lid 5 onder b Successiewet.

²⁰ Stb. 2023, 504, p. 5: “1b. Na het vijfde lid, eerste zin, worden drie zinnen ingevoegd, luidende: De voorwaarde van het minimum van 0,5%, bedoeld in de eerste zin, onderdeel b, geldt niet als de verkrijger van vermogensbestanddelen als bedoeld in het eerste

- (2) In de tweede plaats introduceert het Amendement middels artikel V onder B, sub 3a van de Wafb 2024 de zogeheten “**Familietoets**” voor de BOR in artikel 35c lid 1 Successiewet:

“3a. Na het achtste lid wordt een lid ingevoegd, luidende: 8a. er is sprake van een belang als bedoeld in artikel 35c lid 1 onder d Successiewet 1956 indien de erflater of schenker, al dan niet tezamen met zijn partner, en bloed- en aanverwanten in de neergaande lijn van de eerste familiale aandeelhouder, doet blijken voor ten minste een 25% belang in het lichaam te houden.” [onderstreping door ons]

Deze wijziging hangt samen met de toevoeging in de Wafb van een nieuwe sub d onder artikel 35c lid 1 Successiewet.²¹

“1a. In het eerste lid wordt na onderdeel c een onderdeel toegevoegd, luidende:

d. vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een belang als bedoeld in lid 9, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in onderdeel b, en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan bedoelde onderneming of medegerechtigdheid.”

- (21) Deze Familietoets houdt in dat ook toegang tot de BOR bestaat voor elk direct aandelenbelang, hoe klein ook, wanneer er met een familiegroep in de neergaande lijn vanaf de eerste familiale aandeelhouder een belang is van ten minste 25% (en aan de overige vereisten wordt voldaan). Als aan deze Familietoets wordt voldaan, hoeft niet aan het minimale belang van 5% voldaan te worden en geldt ook geen ondergrens.²²

3.4 **Tussenconclusie: wijzigingen van de DSR ab en de BOR als gevolg van het Amendement hebben tot gevolg dat alle familiebedrijven voor dezelfde fiscale faciliteiten in aanmerking komen**

- (22) Nederland kent sinds jaar en dag de BOF, de DSR ab en de BOR, voor ontvangers (via onder meer vererving) van een indirect of direct aanmerkelijk belang aandelen in familiebedrijven. Voor zover het gaat om een indirect belang (aandelen gehouden via een holding) kennen deze regelingen een verwateringsregeling die maakt dat de faciliteiten ook van toepassing zijn op belangen tussen de 0,5% en 5%. Gebleken is dat verschillende (potentiële) ontvangers van aandelen in oude familiebedrijven buiten de boot van deze verwateringsregeling vallen, omdat de belangen verder verwaterd zijn. Het Amendement beoogt deze discrepantie tussen verschillende aandeelhouders in familiebedrijven weg te nemen, zodat ook de continuïteit is gewaarborgd van deze familiebedrijven met een veelal lange historie en diep geworteld in de

lid, onderdeel c, een bloedverwant in de neergaande lijn is van een van de rechtsvoorgangers, bedoeld in de eerste zin, onderdeel b, onder 1o.”

²¹ Stb. 2023, 504, p. 5, artikel V B onder 1a.

²² Kamerstukken II 2024/25, 36610, nr. 9, p. 10; Kamerstukken II 2023/24, 36421, nr. 12, p. 2.

samenleving. Het Amendement maakt het mogelijk om ook de belangen van familiebedrijven die al meerdere generaties lang in eigendom van de familie zijn, en vanwege het feit dat ze ouder zijn ook verder zijn verwaterd, te beschermen. Het Amendement kent dezelfde doelstelling als de DSR ab en de BOR: de continuïteit van familieondernemingen waarborgen (zie alinea's (6) en (8) van deze notitie).

- (23) Concreet wijzigt het Amendement de verwateringsregeling van de DSR ab en de BOR zodanig dat indirecte belangen van minder dan 0,5% ook in aanmerking komen voor vrijstellingen in kwestie. Daarnaast maakt het Amendement het mogelijk om directe belangen kleiner dan 5% onder de BOR te brengen wanneer wordt voldaan aan de Familietoets.

4. ACHTERGROND VAN DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEITEN IN NEDERLAND EN DE EUROPESE UNIE

- (24) Hierna zal toegelicht worden dat de DSR ab en de BOR mede zijn ingegeven door Europees beleid. De Europese Commissie heeft namelijk door de jaren heen erop aangedrongen dat de fiscale lasten bij erfopvolging en schenking zodanig worden ingegeven dat de overdracht van familiebedrijven vergemakkelijkt wordt.
- (25) De BOR is, zoals hierna zal blijken, op aandringen van met name de Europese Commissie in 1997 als vrijstellingsregeling geïntroduceerd voor bedrijfsopvolging in de land- en tuinbouwsector.²³ De is door de jaren heen aangepast en uitgebreid naar alle sectoren in Nederland.
- (26) De DSR ab bestaat al sinds 1964 in enigerlei vorm en had oorspronkelijk alleen betrekking op erfenissen. Sinds 2010 kan de DSR ab ook bij schenkingen worden gebruikt zodat de overdracht van ondernemingen op een meer gepast moment kan plaatsvinden (een moment dat voor de ondernemer, de onderneming, en de verkrijger beter uitkomt).²⁴ Zowel de DSR ab als de BOR zijn sinds 2010 niet meer toepasbaar op beleggingsvermogen, maar alleen wanneer sprake is van een onderneming.

²³ Oorspronkelijk betrof de BOR vanaf 1984 slechts een betalingsregeling: *Kamerstukken II 2013/14, 33750 IX, nr. 25*: “De BOR heeft zich vanaf de introductie in 1984 ontwikkeld van een specifiek voor bedrijfsopvolgingen in het MKB bedoelde faciliteit voor betaling in termijnen bij het ontbreken van liquide middelen om de belasting te voldoen tot de huidige regeling die neerkomt op een (vrijwel) volledige voorwaardelijke vrijstelling van erf- of schenkbelasting. Bij de opeenvolgende wijzigingen sinds 1984 is een duidelijke rode draad waarneembaar. Deze rode draad is het belang dat wordt toegekend aan de onbelemmerde voortzetting van de onderneming in opvolgingssituaties. Met ingang van 2002 heeft de BOR de vorm gekregen van een gedeeltelijke voorwaardelijke vrijstelling.” En “De gedifferentieerde vrijstelling pakt gunstiger uit bij schenking of vererving van kleine ondernemingen en de MKB-familiebedrijven, zoals door het amendement is beoogd.” [onderstreping door ons]. Zie voor een chronologische beschrijving van de verschillende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: M. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg, TU), 2011.

²⁴ CPB notitie 2022, p. 11; M. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg, TU), 2011.

4.1 **Beleid van de Europese Commissie inzake “business transfers” in het bijzonder voor familiebedrijven**

- (27) In 1994 heeft de Commissie een Aanbeveling (“**Aanbeveling 1994**”) uit laten gaan aan de lidstaten inzake de “overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen”.²⁵ Daarin wordt overwogen “dat een van de voornaamste obstakels die het slagen van de overdracht van een familiebedrijf in de weg staan, uit de daarmee gepaard gaande fiscale last bestaat; dat het betalen van successie- of schenkingsrechten het financiële evenwicht van de onderneming en derhalve haar voortbestaan in gevaar kan brengen; dat dit belastingstelsel de Europese ondernemingen ten opzichte van hun concurrenten elders ter wereld in een onvoordelige positie plaatst”.²⁶ En worden Lidstaten daarom verzocht om maatregelen te nemen die gericht zijn op onder meer het volgende:

“— het slagen van de overdracht binnen de familie te garanderen door te voorkomen dat het erf- of het schenkingsrecht het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengt;

— de ondernemer fiscaal aan te moedigen zijn onderneming door verkoop over te dragen of deze door zijn werknemers te laten overnemen, vooral wanneer er in zijn familie geen opvolger is”²⁷ [onderstreping door ons]

- (28) In artikel 6 van de Aanbeveling 1994 worden Lidstaten ook uitgenodigd om het erf- en schenkingsrecht zo aan te passen dat de belastingdruk lager wordt. In de toelichting daarop wordt aangegeven dat:

“fiscale lasten bij erfopvolging of schenking een van de voornaamste obstakels [vormen] voor de overdracht van een onderneming binnen de familie. [...] op deze manier ontnemt de belastingheffing de erfgenamen niet alleen een bron van inkomsten, maar dreigt zij ook het financieel evenwicht van de onderneming en bijgevolg haar overlevingskansen, alsmede die van de daaraan verbonden arbeidsplaatsen in gevaar te brengen”.²⁸ [onderstreping door ons]

- (29) De aanbeveling van de Commissie was daarom om naar Brits voorbeeld:

“de belastingheffing op ondernemingsoverdrachten in de vorm van schenkingen of erfopvolging (schenkings-, successie-, en registratierechten) te verlichten, teneinde het belastingstelsel beter aan te passen aan de noodzaak voor de overleving van deze ondernemingen zorg te dragen. Deze gunstige fiscale behandeling wordt slechts toegekend op voorwaarde dat een onderneming zich actief op het gebied van productie en van verkoop van goederen of diensten beweegt en dat de erfgenamen zich ertoe verbinden het kapitaal in

²⁵ Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen (94/1069/EC) (PbEU 1994, L 385).

²⁶ Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen (94/1069/EC) (PbEU 1994, L 385), p. 15.

²⁷ Idem.

²⁸ Mededeling betreffende de aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen (94/C 400/1) (PbEU 1994, C 400), p. 6.

*stand te houden en de bedrijfsactiviteit voor een bepaalde minimumduur voort te zetten.*²⁹
[onderstreping door ons].

- (30) In 1998 heeft de Commissie de lidstaten in een volgende mededeling verder aangespoord zich nog meer in te spannen voor de doelen die al in de Aanbeveling 1994 zijn gesteld.³⁰ De Commissie constateerde dat belastingheffing bij overdracht van ondernemingen binnen de familie nog steeds in veel landen te hoog was:

“Vermogenswinstbelasting, successie- en (waar deze afzonderlijk bestaan) schenkingsrechten, tegen soms extreem hoge tarieven, blijven in bijna alle lidstaten moeilijkheden opleveren voor de overdracht van ondernemingen, ongeacht of de overdracht binnen de familie (door schenking of erfopvolging) of aan derden plaatsvindt.”³¹

- (31) Specifiek voor Nederland constateert de Commissie dat de tarieven nog te hoog liggen:

“In sommige landen liggen de maximumtarieven voor succesie- en schenkingsrechten nog hoog (80% in België, 68% in Nederland, 65% in Griekenland). Bepaalde lidstaten hebben echter onlangs speciale belastingregels voor ondernemingsoverdrachten goedgekeurd of zijn van plan dit te doen.”³²

- (32) De Commissie noemt vervolgens meerdere ‘best practices’ in andere lidstaten die de belastingdruk voor overdracht binnen families juist omlaag hebben gebracht en moedigt lidstaten aan om op dit gebied nog “meer inspanningen” te leveren:

“Zoals aangegeven in artikel 6, onder a), van de aanbeveling moeten er meer inspanningen worden geleverd om de successie- en schenkingsrechten op de overdracht van bedrijfsactiva te verlagen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gerealiseerd worden door volledige vrijstelling van belastingen, een verlaging van de belastingtarieven of meer verminderingen in te voeren. Men zou ten slotte de betaling van de successierechten kunnen spreiden over een vrij lange periode, en zo eventueel aan de overnemer de mogelijkheid te geven zijn belastingen in een aantal jaren „weg te werken”.”³³

- (33) In 2006 heeft de Commissie aan de andere Europese instellingen een mededeling uit laten gaan betreffende de uitvoering van het communautaire Lissabon-programma ten aanzien van de overdracht van ondernemingen.³⁴ Daarin wordt ook de implementatie van de Aanbeveling

²⁹ Mededeling betreffende de aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen (94/C 400/1) (PbEU 1994, C 400), p. 7.

³⁰ Mededeling van de Commissie over de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen (98/C 93/02) (PbEU 1998, C 93).

³¹ Mededeling van de Commissie over de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen (98/C 93/02) (PbEU 1998, C 93), p. 6.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité, en het Comité van de Regio's van 14 maart 2006 inzake de Uitvoering van het communautair Lissabonprogramma voor groei en werkgelegenheid, Overdracht van ondernemingen – Continuïteit door een nieuwe start (COM(2006) 117 definitief).

uit 1994 geëvalueerd en wordt geconcludeerd dat in de periode daaraan voorafgaand telkens is geconstateerd dat er méér moest worden gedaan door lidstaten om de bedrijfsovergangen te vergemakkelijken. De Commissie moedigde lidstaten dan ook verder aan om verder aan om business transfers mogelijk te maken en te stimuleren onder meer door successierechten af te schaffen of te verlagen en verkoop aan derden lager te belasten.³⁵

- (34) In 2023 heeft de Commissie in het *SME relief package* nogmaals onomwonden bevestigd dat de Aanbeveling 1994 ook vandaag de dag nog immer valide is.³⁶
- (35) Uit de meest recente beleidsstukken van de Europese Commissie blijkt dat familiebedrijven (groot of klein) een belangrijke rol spelen in de samenleving en de economie, en dat familiebedrijven op belangrijke punten afwijken van andere bedrijven:

“Family businesses make up more than 60% of all companies in Europe. They range from sole proprietors to large international enterprises. Big or small, listed or un-listed, family businesses play a significant role in the EU economy. The European Commission recognises this role and promotes the creation of a favourable environment where family businesses can grow and develop.”³⁷

4.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in omliggende EU lidstaten

- (36) Onderzoek door verschillende accountantsbureaus over de jaren heen bevestigt dat – in overeenstemming met de aanbevelingen van de Europese Commissie – in de meeste Europese lidstaten de overdracht van familiebedrijven wordt vergemakkelijkt door belastingvrijstellingen bij schenking en/of vererving.³⁸ De vrijstellingen trachten alle hetzelfde doel te bereiken, maar wijken op details van elkaar af. Wat opvalt is dat bij de overdracht van familiebedrijven in de meeste landen de vrijstellingen hoger zijn dan in Nederland. Zo kennen bijvoorbeeld de vrijstellingen in Italië tarieven van bijna 100%, terwijl in Oostenrijk, Tsjechië, en Zweden er helemaal geen schenk- of erfbelasting wordt geheven. In een beperkt aantal landen is de belastingdruk juist iets hoger (zoals Finland).

4.3 Tussenconclusie

- (37) De DSR ab en de BOR zijn regelingen die al tientallen jaren in enigerlei vorm onderdeel zijn van het Nederlandse belastingstelsel. Zij zijn mede ingegeven door het feit dat op nationaal en Europees niveau het belang van familiebedrijven in het algemeen (groot en klein) voor de economie wordt onderkend.

³⁵ Idem, p. 9.

³⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions of 12 september 2023, SME Relief Package (COM (2023) 535 final), p. 20.

³⁷ ‘Family business’, single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-fundamentals/family-business_en.

³⁸ Zie ook CPB notitie 2022, p. 21 e.v. onder verwijzing naar onderzoek van PwC uit 2015.

5. DE MAATREGEL UIT HET AMENDEMENT KWALIFICEERT NIET ALS STAATSSTEUN

- (38) In deze paragraaf gaan wij in op de vraag of er met het Amendement (de wijzigingen van de verwateringsregeling en de toevoeging van de familietoets) staatssteun is gemoeid. Daartoe bespreken wij om te beginnen onder welke voorwaarden van staatssteun wordt gesproken (**paragraaf 5.1**). Vervolgens gaan wij na of aan deze voorwaarden is voldaan (**paragrafen 5.2 en 5.3**).

5.1 Het juridische kader voor staatssteun

- (39) Er is sprake van staatssteun in de zin van het Europees recht wanneer voldaan wordt aan de vijf cumulatieve staatssteuncriteria, zoals genoemd in artikel 107, lid 1 van het VWEU: (i) de steun wordt verleend aan een onderneming; dat wil zeggen een entiteit die een economische activiteit verricht; (ii) de steun wordt door staatsmiddelen bekostigd; (iii) deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit); (iv) de maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen of een bepaalde groep ondernemingen; (v) de maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU. Er is pas sprake van staatssteun als een overheidsmaatregel aan alle vijf deze voorwaarden voldoet.

Nadere toelichting: het is in principe verboden om staatssteun te verlenen zonder aanmelding bij en goedkeuring door de Europese Commissie. Op dat verbod bestaan een aantal uitzonderingen die zijn geformuleerd in artikel 107 lid 2 en 3 VWEU en welke zijn uitgewerkt in lagere Europese regelgeving en besluiten van de Europese Commissie. Staatssteun kan onder omstandigheden verenigbaar worden verklaard met de interne markt. De Commissie handhaaft het staatssteunrecht in samenwerking met de lidstaten, en is uitsluitend bevoegd te oordelen over de verenigbaarheid van staatssteunmaatregelen met de interne markt.

- (40) Van de vijf in dit verband besproken staatssteuncriteria zijn er drie van belang om te beoordelen of de wijziging van het Amendement kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU: ‘onderneming die een economische activiteit verricht’ en ‘non-marktconformiteit’ enerzijds (paragraaf 5.2) en ‘selectiviteit’ anderzijds (paragraaf 5.3). Aan de andere twee criteria is in de regel voldaan: bij landelijke belastingmaatregelen wordt in de regel verondersteld dat staatsmiddelen in het geding zijn en landelijke belastingmaatregelen hebben in de regel invloed op het Europese handelsverkeer en de mededinging. Deze twee criteria worden daarom hierna buiten beschouwing gelaten.

5.2 Is er sprake is van een voordeel voor een onderneming?

5.2.1 Er is geen sprake van een direct voordeel aan een onderneming

- (41) Een voordeel in de zin van artikel 107, lid VWEU is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden — zonder overheidsingrijpen — niet had kunnen verkrijgen. Er moet worden gekeken naar de gevolgen van een maatregel, en niet naar

de oorzaken of doelen daarvan, waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de financiële situatie van de onderneming vóór en ná het nemen van de maatregel.³⁹

- (42) De Wet IB 2001 en de Successiewet creëren een grondslag voor de heffing van belastingen van natuurlijke personen, niet van rechtspersonen. Voor zover deze regels een vrijstelling bieden voor de belastingheffing bij de overgang van aandelen in een onderneming, is die vrijstelling uitsluitend gericht aan de natuurlijke persoon die de aandelen houdt of ontvangt – niet aan de onderneming zelf. Hierdoor wordt de onderneming dus niet van een op haar rustende belastingplicht ontheven. Om die reden wordt dus in principe niet voldaan aan de staatssteuncriteria van ‘onderneming’ en ‘voordeel’.

5.2.2 Er is ook geen sprake van een indirect voordeel, hoogstens een secundair economisch neveneffect

- (43) Er kan echter betoogd worden dat de familieondernemingen van welke de aandelen worden overgedragen een “*indirect*” voordeel genieten, waardoor zij de indirect begunstigde van de belastingvrijstelling zijn. In dat geval zou er toch van staatssteun sprake kunnen zijn.⁴⁰
- (44) De vraag is dus of er sprake is van een zogenoemd “**indirect voordeel**”. Het indirect voordeel moet in het staatssteunrecht worden onderscheiden van “*louter secundaire economische effecten*”.⁴¹ Bij een indirect voordeel kan gedacht worden aan financiële steun door de overheid aan consumenten om een bepaald product te kopen dat indirect leidt tot een voordeel bij een grote aanbieder van dat product, of een subsidie die leidt tot een kostenverlaging bij een leverancier.⁴² Uit de rechtspraak komt een beoordelingskader naar voren dat in ieder geval de volgende twee eisen stelt om van een indirect voordeel te spreken:⁴³

- (1) Er moet een causaal verband zijn tussen de steun die met staatsmiddelen wordt

³⁹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01) (“**Mededeling Staatssteun**”), paragraaf 4.

⁴⁰ Mededeling Staatssteun, randnummer 115 e.v.

⁴¹ Mededeling Staatssteun, para. 4.3; C. Kerle & L. Flynn, ‘Advantage’, in: L. Flynn, N. Pesaresi, C. Siaterli, & K. Van de Castele (red.), *EU Competition Law. Volume IV, State aid. Book one*, Deventer: Claeys & Casteels, 2016, p. 345.

⁴² Zie arrest HvJ 28 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:533 (*Mediaset t. Commissie*) r.o. 81 inzake steun aan consumenten en indirect effect. HvJ 13 juni 2002, C-382/99, ECLI:EU:C:2002:363 (*Nederland t. Commissie*), r.o. 66: “66 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de staatssteun die is uitgekeerd aan de tankstations die aan de oliemaatschappijen zijn gebonden door SPB-clausules, economische consequenties meebracht voor de betrokken maatschappijen omdat die steun in ieder geval tot gevolg had dat die oliemaatschappijen werden vrijgesteld van hun verplichting geheel of ten dele de kosten te dragen van de prijsverlaging aan de pomp die door hun distributeur was toegepast om verlies van een marktaandeel te voorkomen. Een dergelijke interventie van de overheid vormde dus steun aan de oliemaatschappijen omdat zij tot gevolg had de lasten te verlichten die normaliter zouden hebben gedrukt op de begroting van de oliemaatschappijen die zich erom bekommeren hun concurrentiepositie ten aanzien van de nationale of internationale marktontwikkeling te handhaven.” [onderstreping door ons].

⁴³ C. Kerle & L. Flynn, ‘Advantage’, in: L. Flynn, N. Pesaresi, C. Siaterli, & K. Van de Castele (red.), *EU Competition Law. Volume IV, State aid. Book one*, Deventer: Claeys & Casteels, 2016, p. 349, onder verwijzing naar HvJ EU 13 juni 2002, C-382/99, ECLI:EU:C:2002:363 (*Nederland t. Commissie*, ‘*Dutch Service Stations*’).

verstrekt en het voordelige economische effect voor de indirect belanghebbende;

- (2) Het voordeel bestaat in het wegnemen van kosten die de indirect belanghebbende normaal gesproken (“*with a high degree of probability*”) zou dragen.
- (45) Wij bespreken deze eisen in relatie tot het Amendement hierna en concluderen naar alle waarschijnlijkheid géén sprake is van een indirect economisch voordeel, maar van een mogelijk secundair economisch neveneffect. Hierdoor behelst het Amendement geen staatssteun.

(A) Het causaal verband tussen de steun en het voordelige economische effect

- (46) Ten eerste moet om een causaal verband aan te nemen sprake zijn van een voordelig economisch effect voor de ‘oude familiebedrijven’ om te kunnen spreken van een indirect voordeel. Het is echter de vraag of een dergelijk *voordeel* voor die bedrijven bestaat door de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Vanuit het mededingingsrechtelijke commerciële belang van de onderneming bezien maakt het immers niet uit of de aandelen in de handen blijven van een familielid of doorverkocht worden aan een andere derde partij (private equity) omdat dit familielid anders niet aan zijn belastingverplichtingen kan voldoen.
- (47) Ten tweede is er geen causaal verband tussen het Amendement en eventuele voordelige economische effecten. Het Amendement leidt tot de mogelijkheid dat familieleden over kleine aandelenbelangen in familiebedrijven bij schenking of erfenis geen of minder belasting hoeven te betalen. De familieonderneming hoeft *de iure* de belasting niet te betalen voor het familielid: besloten kan worden om toe te staan dat de betreffende familieleden, op wie de belasting drukt, hun aandelen mogen verkopen. Er kan daarom niet gesteld worden dat het feit dat een kleine aandeelhouder privé minder belasting betaalt *noodzakelijkerwijs* leidt tot enig voordelig effect bij de onderneming, waarmee een causaal verband ontbreekt.

(B) Het wegnemen van kosten die de onderneming normaal gesproken zou dragen

- (48) Het is onzes inziens duidelijk dat aan de voorwaarde dat de kosten normaal gesproken op de onderneming moeten drukken niet wordt voldaan. Er wordt immers geen belastingplicht, met daarbij horende kosten, weggenomen bij de betreffende (oude) familiebedrijven. De DSR ab en de BOR nemen kosten weg bij de belastingplichtige overdrager of ontvanger van het aandelenbelang, niet bij de onderneming van welke de aandelen worden overgedragen.
- (49) Hoewel deze ondernemingen wettelijk niet verplicht zijn, kunnen zij er toch voor kiezen om vanuit morele of familiale overwegingen familieaandeelhouders te ondersteunen bij het voldoen aan hun belastingverplichtingen, bijvoorbeeld door middel van een dividenduitkering. Dit doet echter niets af aan het feit dat dergelijke uitkeringen geen kosten zijn die normaal gesproken op de onderneming drukken, bijvoorbeeld op basis van wettelijke bepalingen. De onderneming kan er ook voor kiezen om de aandelen aan een derde over te dragen. Het doel van het wegnemen van de belastingplicht van de aandeelhouder via de

Bedrijfsopvolgingsfaciliteit (BOF) is om het voortbestaan van de *familie*onderneming als onderneming in de handen van familieleden te verzekeren door het dilemma tussen het ondersteunen van de aandeelhouder en het verkopen aan een derde te vermijden. De onderneming zelf zou hoe dan ook voortbestaan hetzij in de handen van familie, hetzij in de handen van derden.

- (50) Het doel van het Amendement is dus meer specifiek om het familiekarakter van de onderneming te behouden en alle familiebedrijven toegang te geven tot de BOR/DSR ab. Door een belastingvoordeel te verschaffen heeft de belastingplichtige geen of minder reden om de aandelen in de familieonderneming van de hand te doen zodat er een grotere kans is dat het familiekarakter wordt behouden. Vanuit het strikt commerciële belang van de onderneming doet dat familiekarakter er niet toe: of het aandeel van de hand wordt gedaan aan een derde (niet zijnde een familielid), of aan een familielid, maakt immers voor de onderneming als economische entiteit geen verschil. Dit laat onverlet dat het vanuit het maatschappelijk belang bezien niet wenselijk is dat het familiekarakter verloren gaat omdat familieondernemingen gericht zijn op continuïteit en lange termijn, waardoor zij onder meer een sociale werkgever zijn en bijdragen aan een stabiele economie.

5.3 Selectiviteit: wat is het referentiesysteem en hoe verhoudt zich dat tot deze maatregel?

- (51) Algemene belastingmaatregelen zijn in de regel niet selectief en behelzen daarom in de regel geen staatssteun.⁴⁴ De selectiviteit van een belastingmaatregel wordt door de Europese Commissie en het Hof van Justitie (“HvJ”) beoordeeld in drie stappen (‘driestappenanalyse’):⁴⁵

(iii) **Stap 1:** Eerst moet het zogeheten referentiesysteem geïdentificeerd worden.⁴⁶ Het referentiesysteem is het ‘normale’ stelsel dat van toepassing is in de betrokken lidstaat. Het gaat om de regels die in het algemeen van toepassing zijn op alle natuurlijke personen en/of ondernemingen die bepaalde activiteiten of bezittingen hebben. Bij het bepalen van het referentiesysteem kan gekeken worden naar zowel de regel als de principes die daaraan ten grondslag liggen.

(iv) **Stap 2:** Ten tweede moet worden bepaald of de maatregel afwijkt van het referentiesysteem (en de daaraan ten grondslag liggende principes) voor zover het onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich, in het licht van de

⁴⁴ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 P, EU:C:2016:981 (*World Duty Free t. Commissie*); een maatregel waarvan alle ondernemingen profiteren is dus ook niet selectief, zie HvJ EU 8 november 2001, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598 (*Adria-Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH t. Finanzlandesdirektion für Kärnten*).

⁴⁵ A. Nykiel-Mateo & J. Wiemann, ‘Selectivity’, in: L. Flynn, N. Pesaresi, C. Siaterli, & K. Van de Castele (red.), *EU Competition Law. Volume IV, State aid. Book one*, Deventer: Claeys & Casteels, 2016, p. 275 e.v.; Mededeling Staatssteun, randnummer 128 e.v.; HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 P, EU:C:2016:981 (*World Duty Free t. Commissie*).

⁴⁶ A. Nykiel-Mateo & J. Wiemann, ‘Selectivity’, in: L. Flynn, N. Pesaresi, C. Siaterli, & K. Van de Castele (red.), *EU Competition Law. Volume IV, State aid. Book one*, Deventer: Claeys & Casteels, 2016, p. 276 e.v.; Mededeling Staatssteun, randnummer 128; C. Quigley, *European State Aid Law and Policy (and UK subsidy control)*, 4th edition, Bloomsbury: London, 2022, p. 140 e.v.

doelstellingen van het referentiesysteem, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Bij de beoordeling daarvan speelt het principe van non-discriminatie een belangrijke rol: de vraag is in wezen of de maatregel discriminerend werkt.⁴⁷ Als de maatregel in kwestie geen afwijking van het referentiestelsel inhoudt, is hij *a priori* niet selectief en is stap 3 niet nodig.⁴⁸ Als er wel sprake is van een afwijking dan is de maatregel selectief en moet nog de volgende stap worden genomen.

- (v) **Stap 3:** In de derde stap van de test moet worden vastgesteld of de afwijkende maatregel door de aard of de opzet van het referentiestelsel wordt gerechtvaardigd. Als een *prima facie* selectieve maatregel gerechtvaardigd is door de aard of de algemene opzet van het stelsel, zal deze niet als selectief worden beschouwd en dus niet als staatssteun worden aangemerkt.

- (52) Wij doorlopen hierna de driestappenanalyse voor de BOR en DSR ab.

5.3.1 Stap 1 en 2: het Amendement past in het referentiesysteem dat wordt gegeven door de BOR en de DSR ab, ook voor zover dat *de facto* of *de iure* onderscheid maakt tussen ondernemingen

- (53) De vraag hier is aldus wat het referentiesysteem voor het Amendement is. Dit systeem wordt in het onderhavige geval vanzelfsprekend gevormd door de DSR ab en de BOR als onderdelen van de Wet IB 2001 respectievelijk de Successiewet.

Het referentiesysteem

- (54) Het doel van de BOR en de DSR ab was altijd mede om overdracht van familieaandeelhouder naar familieaandeelhouder te bevorderen. De BOR en de DSR ab worden vaak benut door familiebedrijven bij de bedrijfsopvolging zodat de continuïteit van de onderneming als familiebedrijf kon worden bewaakt.⁴⁹ Of zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in de context van de BOR:

“De hiervoor in de onderdelen 3.3.4 tot en met 3.3.7 vermelde wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever de faciliteit in het leven heeft geroepen onder meer omdat de heffing van successie- en schenkingsrecht bij verkrijging van ondernemingsvermogen liquiditeitsproblemen kan

⁴⁷ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 P, EU:C:2016:981 (*World Duty Free t. Commissie*), r.o. 54 onder verwijzing naar verscheidene jurisprudentie; zie ook J. Monsenego, *Selectivity in State Aid Law and the Methods for Allocation of the Corporate Tax Base*, Wolters Kluwer, 2018, p. 24.; C. Quigley, *European State Aid Law and Policy (and UK subsidy control)*, 4th edition, Bloomsbury: London, 2022, p. 142.

⁴⁸ Mededeling Staatssteun, randnummer 129 onder verwijzing naar HvJ EU 8 september 2011, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551 (*Commissie t. Nederland*), punt 62, en het arrest van het HvJ EU 8 november 2001, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598 (*Adria-Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH t. Finanzlandesdirektion für Kärnten*)..

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2023/24, 36 421, nr. 3, p.3. Zie ook CPB notitie 2022, p. 13, hoofdstuk 5: In de praktijk gaat het vaak om bedrijfsopvolging binnen de familie, maar een wettelijke definitie van een ‘familiebedrijf’ ontbreekt en is in deze context dus ook niet van belang.

*oproepen, met name ook door de heffing ter zake van (niet liquide) goodwill, waardoor de continuïteit van ondernemingen in gevaar kan komen. De wetgever heeft hierbij in het bijzonder het oog gehad op het belang van onbelemmerde voortzetting van de activiteiten van familiebedrijven binnen de kring van de ondernemer. Die voortzetting zou een bijdrage kunnen leveren aan behoud en groei van de werkgelegenheid, behoud van economische diversiteit en aan stabiliteit*⁵⁰ [onderstreping door ons]

- (55) Dit is doel is mede ingegeven door de gedachte dat erf- en schenkbelasting de continuïteit van de familieondernemingen wel bedreigt en de continuïteit van andere ondernemingen niet. Faciliteiten als de BOR en de DSR worden in de parlementaire geschiedenis gezien als het gelijktrekken van het speelveld tussen ondernemingen die (deels) in familiehanden zijn en ondernemingen die dat niet zijn.⁵¹
- (56) Het draagkrachtbeginsel, dat ten grondslag ligt aan de Wet IB en de Successiewet, is dus door de wetgever zo ingekleurd dat (i) overdrachten van aandelen in de familiesfeer in het algemeen en (ii) aandeelhouders in familiebedrijven in het bijzonder in aanmerking komen voor andere fiscale faciliteiten dan partijen die aandelen overdragen aan niet-familieleden. De wetgever heeft daarbij het belang onderkend van het houden van aandelen in familiebedrijven.
- (57) Hierbij komt dat de belastingheffing ook andere beginselen ten grondslag liggen dan het draagkrachtbeginsel. Zo bepaalt het welvaartbeginsel dat ook het bevorderen van economische groei of andere vormen van welvaart onderdeel kunnen zijn van goede belastingheffing. Familiebedrijven bevorderen economische groei, hebben een dempende werking op economische recessies en kunnen in dat licht anders behandeld worden door de wetgever. Hierbij speelt ook dat deze invulling van het welvaartbeginsel – waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen aandelen in familiebedrijven en aandelen in niet-familiebedrijven – terug te voeren is tot verschillende aanbevelingen van de Europese Commissie om successie- en erfbelasting zo vorm te geven dat het makkelijk wordt om aandelen in familiebedrijven over te dragen.⁵²
- (58) Voor de reikwijdte van het referentiesysteem zijn de BOR en de DSR ab, zoals vervat in de Successiewet respectievelijk de Wet IB, doorslaggevend. Het referentiesysteem maakt reeds een onderscheid tussen aandeeloverdrachten in familieverband en overdracht van aandelen in familiebedrijven enerzijds en andere overdrachten van aandelen anderzijds. Dat onderscheid is ingegeven door het feit dat het speelveld recht dient te worden getrokken omdat erf- en schenkbelastingen vaker drukken op de continuïteit van bedrijven waarin families aandelen houden (zie ook alinea's (6) en (8) van deze notitie).

(A) Wijkt het amendement af van het referentiesysteem?

- (59) Het Amendement voorziet in een wijziging van de BOR en de DSR ab door de werking van

⁵⁰ HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206, r.o. 3.3.8.

⁵¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 6.

⁵² Zie paragraaf 4 van dit advies.

een reeds bestaande verwateringsregeling te veranderen door overdracht van aandelen naar een bloedverwant in de neergaande lijn ook onder deze faciliteiten te laten komen als het indirecte belang onder de 0,5% is. Daarnaast wordt het middels een familietoets mogelijk gemaakt om een beroep te doen op de BOR voor directe kleine aandelenbelangen in familiebedrijven kleiner dan 5%.

- (60) Dit referentiesysteem is hiervoor reeds geïntroduceerd bij de omschrijving van die belastingvrijstellingen in onder meer paragraaf 3. In het licht van de hiervoor geschetste doelstellingen van het referentiesysteem brengt het Amendement geen onderscheid tussen ondernemingen die juridisch en feitelijk zich in dezelfde situatie bevinden. Vanuit de doelstellingen van het referentiesysteem wordt een onderscheid gemaakt tussen a) aandelen in familiebedrijven / aandelen die in familieverband worden overgedragen en b) andere overdrachten van aandelen. Het Amendement sluit aan bij het onderscheid hiervoor door in de categorie a) een wijziging aan te brengen die als doel heeft de fiscale mogelijkheden voor alle personen in die categorie gelijk te trekken door aandeelhouders van familiebedrijven die buiten de boot van de huidige BOR en DSR ab vielen of dreigen te vallen (alsnog) gelegenheid te bieden om van deze faciliteiten gebruik te maken.
- (61) Het Amendement is geen afwijking van het referentiesysteem, maar slechts een reparatie om de scope daarvan inclusief te houden en te voorkomen dat een te selectieonderscheid ontstaat. Dat geldt voor de aanpassing van verwateringsregeling als voor de Familietoets.

5.3.2 Stap 3: voor zover het Amendement afwijkt van het referentiesysteem wordt deze gerechtvaardigd door de aard en opzet van dat systeem

- (62) In het geval er toch reden is om te menen dat in het Amendement *niet* in lijn is met het referentiestelsel en er toch sprake is van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld, is de vraag of deze ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van de regeling.⁵³ Er moet een legitiem doel zijn om onderscheid te maken.⁵⁴ Het is aan de lidstaat, Nederland, om dat aan te tonen.⁵⁵ Uitgangspunt daarbij is dat het lidstaten vrij staat het economische beleid te kiezen dat zij het meest geschikt achten. Het staat lidstaten dus ook vrij om naar eigen inzicht de belastingdruk in de lidstaat te verdelen, zolang dat in overeenstemming is met het EU-recht.⁵⁶
- (63) De aard en de opzet van de regelingen van de BOR en DSR ab rechtvaardigen ook om het Amendement in werking te laten treden. De verwateringsregeling en de Familietoets die door het Amendement worden geïmplementeerd zijn immers een voortzetting van het systeem van de DSR ab en de BOR dat al sinds jaar en dag erop is gericht indirect de continuïteit van bepaalde ondernemingen als familiebedrijven te stimuleren en het speelveld te opzichte van andere ondernemingen (private equity) gelijk te trekken. Er zijn meer specifiek ook feitelijke en juridische verschillen tussen familiebedrijven en andere ondernemingen die het verschil

⁵³ Mededeling Staatssteun, randnummer 138.

⁵⁴ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 P, EU:C:2016:981 (*World Duty Free t. Commissie*).

⁵⁵ Mededeling Staatssteun, randnummer 141.

⁵⁶ Mededeling Staatssteun, randnummer 156.

in behandeling rechtvaardigen. Er is dus sprake van ongelijke gevallen die in overeenstemming met het doel en de opzet van het referentiesysteem ongelijk worden behandeld.

- (64) Uit onderzoek van verschillende accountantsbureaus en onderzoeksinstituten zoals CBS en SEO, maar ook uit beleidsstukken van de Europese Commissie blijkt dat familiebedrijven een belangrijke rol spelen in de samenleving en de economie, en dat familiebedrijven op belangrijke punten afwijken van andere bedrijven (het voorop stellen van de lange termijn, betrouwbare werkgever zijn en zijn beter bestand tegen economische crises). Zij zijn dus feitelijk anders. Zij zijn ook juridisch anders omdat in het referentiesysteem besloten is aandelen in familiebedrijven / aandelen die in familieverband worden overgedragen voor andere faciliteiten in aanmerking mogen komen. Dat wordt weer gerechtvaardigd door het feit dat erf- en schenkbelastingen vaker een negatieve reflexwerking hebben op de continuïteit van ondernemingen in handen van familieaandeelhouders (zie alinea's (6) en (8) van deze notitie).
- (65) Er is dus een rechtvaardiging om aandelen in familiebedrijven anders te behandelen op basis van zowel het referentiesysteem als economische analyses van de Europese Commissie. Ten aanzien van de Europese Commissie is van belang dat zij erkent dat het feit dat de aandelen van een bedrijf worden gehouden door (leden van) een familie een op zichzelf staand belang is dat andere ondernemingen, zeker wanneer die beursgenoteerd zijn of in handen van een *private equity*-fonds, niet hebben.
- (66) Het bevorderen van het behoud binnen de familie van aandelen in familiebedrijven past binnen het referentiestelsel. Het Amendement is dus in overeenstemming met de aard en de opzet van het hiervoor besproken referentiesysteem. Dit systeem is erop gericht om via uitstel- en afstel van belastingheffing bij *natuurlijke* personen te compenseren voor de financiële achterstand die het familiebelang veroorzaakt bij de voortzetting van familiebedrijven. Voor zover een afwijking van het referentiesysteem bestaat wordt dat gerechtvaardigd door het bijzondere karakter van familiebedrijven als hiervoor geschetst.

6. VERENIGBAARHEID VAN DE BELASTINGMAATREGEL

- (67) Het is onwaarschijnlijk dat de Europese Commissie zou oordelen dat het Amendement toch staatssteun inhoudt vanwege de hiervoor genoemde argumenten, maar ook omdat de Europese Commissie in zo'n geval feitelijk zou aangeven dat veel van de bestaande belastingvrijstellingen in Nederland en daarbuiten ook staatssteun zijn. Immers, talloze landen in Europa kennen belastingmaatregelen specifiek voor familiebedrijven bij opvolging door de volgende generatie. In dit onwaarschijnlijke geval – dat er toch sprake zou zijn van staatssteun – zijn er sterke argumenten om aan te nemen dat het Amendement met de interne markt verenigbare staatssteun inhoudt. Op grond van onder meer artikel 107 lid 3 sub c VWEU is (fiscale) staatssteun verenigbaar met de interne markt. Dit artikel(lid) luidt als volgt:

“steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de

voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;”

- (68) De beoordeling van verenigbaarheid verloopt kortgezegd door drie vragen te stellen:
- dient de staatssteun een algemeen belang?;
 - is de staatssteun geschikt om het algemeen belang te dienen?;
 - is de staatssteun evenredig in die zin dat het effect op de mededinging beperkt is?
- (69) Al deze vragen dienen *in casu* positief beantwoord te worden. Hiervoor is gebleken dat de Europese Commissie het belang van familiebedrijven en hun continuïteit onderschrijft. De Europese Commissie zal daardoor ongetwijfeld onderschrijven dat het Amendement een algemeen belang dient, te weten de continuïteit van familiebedrijven bevorderen. Het staat bovendien buiten twijfel dat het Amendement geschikt is om het doel van continuïteit te bevorderen. Tot slot zijn de gevolgen voor de mededinging zeer beperkt aangezien het onderscheid tussen familieondernemingen en niet-familieondernemingen reeds besloten ligt in het huidige systeem en niet gebleken is dat het tot marktverstoringen leidt. Dit onderscheid is eerder aangebracht om het speelveld gelijk te trekken aangezien familiebedrijven vaker last hebben van erf- en schenkbelastingen dan andere bedrijven. Het Amendement past precies binnen de ratio van het rechte trekken van het speelveld. Bij dit alles komt dat het volledig in het beleid van de Europese Commissie past om het voortbestaan van familiebedrijven te bevorderen, ook met het oog op het competitief houden van de economie ten opzichte van het buitenland (zie alinea's (27) t/m (35) van deze notitie).
