

Reactie op het Wetsvoorstel aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025 en de Nota van Wijziging

Amsterdam, 17 oktober 2024

Beste lezer,

De eerste Nota's van wijziging bij het pakket Belastingplan 2025 werden op 3 oktober 2024 gepubliceerd. In de Nota van Wijziging op het Wetsvoorstel aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025 wordt een regeling voorgesteld voor de zogenoemde 'hybride preferente aandelen'. Daarmee is, tezamen met het wetsvoorstel zelf, een compleet beeld ontstaan van de toekomstige behandeling van preferente en hybride preferente aandelen voor de toepassing van de BOR en de DSR.

Hoewel de NOB enerzijds begrijpt dat voor hybride preferente aandelen nu gekozen wordt voor een systematiek waarbij de aandelen niet opeens volledig 'van kleur verschieten' naar preferente aandelen, baart het complete beeld dat thans voorligt voor preferente aandelen de NOB desondanks de nodige zorgen.

De NOB zal hierna een aantal voorbeelden geven van veel voorkomende situaties waarin aandelen opeens als 'preferent aandeel' worden aangemerkt en daarmee, naar onze mening ten onrechte, in een nadelige positie terecht komen. Voor een goede analyse van de problematiek is vervolgens een 7-tal (deels principiële) probleempunten geschetst. Het beeld dat daaruit naar voren komt is zodanig dat de NOB zich afvraagt of de gekozen richting wel juridisch houdbaar en uitvoerbaar is. Het belangrijkste bezwaar van de NOB is dat de voorliggende wetsvoorstellen (veel) reguliere gevallen treffen die, naar de ratio van de BOR/DSR, wel gefaciliteerd dienen te worden. Voorts is een groot bezwaar dat aandeelhouders worden uitgesloten door handelingen van andere aandeelhouders. Ten slotte wijst de NOB erop dat het opsplitsen in een preferent en niet-preferent deel in de praktijk erg complex zal zijn en de samenhang met de bezits- en voortzettingseis tot aanvullende complexiteit zal zorgen.



In de reactie op het consultatiedocument en op het Wetsvoorstel aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025 heeft de NOB ook al de nodige (princiële) bezwaren opgeworpen, omdat de voorstellen veel reguliere gevallen treffen. De NOB pleit er dan ook voor om de thans voorliggende wetsvoorstellen te heroverwegen en de tijd te nemen om te zoeken naar andere (betere) oplossingen voor aanpassing van de BOR en DSR. De NOB is uiteraard bereid daar actief aan mee te werken en heeft in onderdeel 3 op de kernpunten een aantal voorstellen geformuleerd.

1. Twee veel voorkomende situaties van (hybride) preferente aandelen die worden geraakt

Situatie 1

Firmant A en firmant B drijven een IB-onderneming. Ze zijn beiden voor 50% gerechtigd in de VOF. Firmant A heeft een voorbehoud voor stille reserves op het bedrijfspand. In deze situatie hebben beide firmanten recht op de BOR en DSR voor hun volledige gerechtigdheid in de winst, inclusief het voorbehoud van de stille reserves. Beide firmanten storten vervolgens hun belang op aandelen in een BV, waarbij firmant A agio krijgt bijgeschreven ter grootte van de stille reserves. Over het agio krijgt hij een vergoeding die de tegenwaarde is voor de (geschatte) toekomstige waardevermindering van het pand. Hoewel hij in deze situatie een economisch vergelijkbare positie heeft als vóór de inbreng in de BV, krijgt firmant A niet meer de (volledige) BOR/DSR. Naar de mening van de NOB is dit een discriminatoir verschil in behandeling.

Situatie 2

Vennootschap A drijft met haar gehele vermogen een onderneming. Vennootschap A heeft twee aandeelhouders, B en C. B en C houden ieder 50% van de aandelen in A. Het totale ondernemingsvermogen heeft een waarde van EUR 2.500.000, ieders aandeel is EUR 1.250.000 waard. B overlijdt. In overleg tussen C en de erfgenamen van B worden de aandelen in A verletterd. Hiervoor is recent nog goedgekeurd dat deze verlettering niet in strijd is met het voortzettingsvereiste van de BOR (zie ook hierna). Een voorwaarde voor een verlettering is dat over de reserves van de verschillende letteraandelen een primair dividend wordt uitgekeerd. Na verlettering besluiten C en de erfgenamen van B dat A EUR 350.000 dividend uitkeert op de aandelen B. Met dit dividend kunnen de erfgenamen van B de door het overlijden van B verschuldigde belastingen voldoen. C wordt bij deze dividenduitkering in feite achtergesteld. Na de uitkering hebben de aandelen B nog een waarde van EUR 900.000 en de aandelen C van EUR 1.250.000. De aandelen C zijn op dat moment echter voor EUR 350.000 preferent geworden, waardoor C over dit gedeelte de BOR en DSR AB niet kan toepassen.





Stel dat C eerder al de aandelen geschonken heeft gekregen met toepassing van de BOR dan wordt – naast dat de preferent geworden aandelen niet langer kwalificeren – de BOR voor dat gedeelte teruggenomen. De NOB meent dat in beide situaties de uitkomsten in strijd zijn met doel en strekking van de BOR en DSR AB. Het is niet goed voorstelbaar dat aandelen die kwalificeerden voor de BOR en DSR AB, vanwege een dividenduitkering (waarbij deze zijn achtergesteld) daarna nadeliger worden behandeld. Afgezien van het feit dat dit tot conflicten tussen de aandeelhouders kan leiden, wordt in feite juist de achtergestelde aandeelhouder ‘gestraft’.

2. Analyse van de regelingen en (princiële) probleempunten

Voor een goed inzicht in de problematiek en de keuzes die daarbij zijn gemaakt, heeft de NOB een analyse gemaakt van de (princiële) probleempunten bij (hybride) preferente aandelen. In dat kader zijn de volgende bezwaren van de regelingen omtrent (hybride) preferente aandelen te onderkennen.

Het uitgangspunt dat preferente aandelen gelijk te stellen zijn aan een geldlening is discutabel

In de huidige wettelijke regeling worden preferente aandelen uitgesloten van de BOR en DSR, tenzij deze in specifieke omstandigheden tot stand zijn gekomen. Uitgangspunt voor de uitsluiting is dat de fiscale wetgever preferente aandelen in dit geval gelijkstelt aan een geldlening. Dit uitgangspunt is echter onjuist, of ten minste discutabel.

Het verschil tussen eigen en vreemd vermogen is in juridische en fiscale zin afhankelijk van de vraag of er een terugbetalingsverplichting is. Bij preferente aandelen zal dat veelal niet het geval zijn, omdat het als eigen vermogen aan de vennootschap ter beschikking is gesteld en er dan logischerwijs geen terugbetalingsverplichting is. Ook economisch en volgens de regels van de accountancy is de terugbetalingsverplichting het onderscheidende criterium. Preferente aandelen worden volgens deze regels als eigen vermogen aangemerkt, tenzij er op een vooraf vastgestelde datum wordt afgelost.

Als uitgangspunt dient naar de mening van de NOB ook fiscaal te gelden dat preferente aandelen als eigen vermogen worden aangemerkt en kunnen kwalificeren voor de BOR en DSR, en slechts in uitzonderingsgevallen als vreemd vermogen. Voor die uitzonderingsgevallen kan worden aangesloten bij het criterium dat vanuit accountancy perspectief wordt gebruikt, namelijk dat er een vooraf vastgestelde aflossingsdatum is.





De beperking voor preferente aandelen is discriminatoir ten opzichte van IB-ondernemers

IB-ondernemers kennen geen preferente aandelen, maar er zijn wel situaties denkbaar die in economische zin vergelijkbaar zijn. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat winstreserves zijn voorbehouden door een firmant in een VOF (zie het bovenstaande voorbeeld). In dergelijke situaties worden die firmanten niet uitgesloten van de BOR noch van de DSR-IB. Dit houdt in dat ondernemers die hun onderneming drijven in de vorm van een kapitaalvennootschap, worden gediscrimineerd ten opzichte van IB-ondernemers. Gezien het feit dat is beoogd om beide soorten ondernemers zoveel als mogelijk fiscaal neutraal te behandelen, is sprake van een onrechtvaardig onderscheid.

Het toepassingsbereik is enorm uitgebreid en raakt veel reguliere situaties (overkill)

De wettelijke systematiek zoals die nu wordt voorgesteld, raakt niet alleen preferente aandelen maar ook andere soorten AB-belangen (w.o. opties, winstbewijzen, tracking stocks). Naar de mening van de NOB is hier sprake van overkill, omdat ook situaties worden uitgesloten waarbij er wel degelijk sprake is van een wezenlijk economisch belang. Denk hierbij aan tracking stocks die een (indirect) belang vertegenwoordigen in reële ondernemingsactiviteiten (zie ook onze eerdere commentaren).

Daarnaast treft het ook lidmaatschapsrechten in een coöperatie. Deze lidmaatschapsrechten worden wettelijk niet gelijkgesteld aan aandelen maar aan winstbewijzen, terwijl winstbewijzen in het wetsvoorstel integraal worden uitgesloten van de BOR/DSR. Ook in dit geval is sprake van een reguliere situatie waarbij de lidmaatschapsrechten recht geven op een belang in een materiële onderneming.

In het voorliggende wetsvoorstel kunnen verder ook letteraandelen worden uitgesloten, terwijl die in zeer reguliere gevallen worden gebruikt. Letteraandelen worden namelijk vaak gebruikt om een passende dividendpolitiek te voeren. Denk aan het veel voorkomende geval dat een aandeelhouder overlijdt en op die aandelen dividend wordt uitgekeerd om de verschuldigde belasting te voldoen (zie het voorbeeld hiervoor). In het besluit van dit voorjaar (4 juni 2024) is goedgekeurd dat er dan geen sprake is van preferente aandelen, ongeacht het feit dat de andere aandeelhouders een (primaire) vergoeding krijgen over de winstreserves die zij nog niet hebben uitgekeerd. In het huidige wetsvoorstel wordt daarvan afgeweken en zijn de aandelen van de andere aandeelhouders opeens aangemerkt als preferente aandelen, in casu hybride aandelen. Dit houdt in dat de nog levende aandeelhouders deels niet meer in aanmerking komen voor de BOR en DSR.

Dit zijn enkele voorbeelden van reguliere situaties die door het wetsvoorstel, naar de mening van de NOB ten onrechte, worden geraakt.





Het criterium ‘voorrang ten opzichte van’ leidt tot nieuwe, lastige afbakeningsdiscussies

In de voorliggende wetsvoorstellen worden preferente aandelen aangeduid als *‘aandelen die voorrang hebben ten aanzien van de winstverdeling of liquidatieopbrengsten’*. Dit vergt een materiële benadering waarbij in elke afwijkende situatie moet worden beoordeeld of er voorrang is, en zo ja, in welke mate. Dit zal in de praktijk tot lastige afbakeningsdiscussies leiden, die er nu niet of slechts in zeer beperkte mate zijn. Er wordt hiermee een nieuw en lastig discussiepunt geïntroduceerd in de toch al complexe en conflictgevoelige regelingen voor de BOR en DSR.

Handelingen van de ene aandeelhouder hebben negatieve gevolgen voor andere aandeelhouders

Een aandeelhouder kan een handeling verrichten, bijvoorbeeld een dividend op zijn of haar letteraandelen, waardoor de andere aandeelhouders in een nadelige positie komen, omdat hun aandelen opeens als (hybride) preferente aandelen worden aangemerkt (zie ook het voorbeeld hiervoor).

Die aandelen worden niet alleen als (hybride) preferent aangemerkt, maar het heeft ook gevolgen voor de bezits- en voortzettingseis. Als één van die aandeelhouders het voornemen heeft om te schenken onder de BOR, zullen eerst handelingen moeten worden verricht om – indien al mogelijk – de status van (hybride) preferent aandeel af te schudden. Als dit lukt, gaat vanaf dat moment echter een nieuwe bezitsperiode lopen en kan de aandeelhouder mogelijk pas veel later schenken, dan zonder de eerdere dividenduitkering van de mede-aandeelhouder.

Ook in de voortzettingstermijn levert dit problemen op, als gewone aandelen onder de BOR zijn geschonken, maar door handelingen van andere aandeelhouders de geschonken gewone aandelen ‘verschieten’ naar (hybride) preferent. Dan dient alsnog (deels) te worden afgerekend over de geschonken aandelen.

Splitsing van hybride aandelen in een preferent deel en niet-preferent deel leidt tot lastige discussies

In de Nota van Wijziging wordt voorgesteld om bij hybride aandelen een splitsing te maken in een preferent en niet-preferent deel van de aandelen. Hoewel dit een verbetering is ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel, zal ook dit onderscheid in de praktijk tot lastige discussies aanleiding geven. In elk concreet geval zal moeten worden beoordeeld of de aandelen hybride kenmerken hebben en welk deel van de statutaire of feitelijke winstgerechtigdheid als preferent dan wel niet-preferent kan worden aangemerkt. Ook hiermee wordt een nieuw en lastig discussiepunt geïntroduceerd in de toch al complexe en conflictgevoelige regelingen omtrent de BOR en DSR.





Toerekening van de waarde over het preferente en niet-preferente deel leidt tot lastige discussies

Het voorgaande geldt evenzeer voor de bepaling van de waarde die kan worden toegekend aan het preferente en aan het niet-preferente deel van de aandelen. Het is immers niet voldoende om vast te stellen wat het preferente en het niet-preferente deel is van de aandelen, maar aan beide elementen zal ook een waarde moeten worden toegekend.

3. Enkele voorstellen tot aanpassing/verbetering van de wetsvoorstellen

De belangrijkste drie aanpassingen in de voorliggende wetsvoorstellen (Wetsvoorstel aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2025 en Nota van Wijziging) betreffen aanpassingen in het soort aandelen (kwalitatieve toets), de omvang van het belang (kwantitatieve toets van 5%) en de bezits- en voortzettingseis. Zoals in de inleiding al opgemerkt, is de NOB van mening dat het gehele pakket aan wetsvoorstellen heroverweging verdient en gezocht dient te worden naar andere (betere) oplossingen. De NOB doet graag enkele voorstellen tot verbetering.

Kwalitatieve toets: de NOB stelt voor om de BOR en DSR toe te blijven passen op de aandelensoorten die er nu ook al onder vallen en de aanpassingen te beperken tot duidelijke gevallen van misbruik. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan opties of soort aandelen met een geringe waarde of belang, waarmee alsnog substantiële voordelen worden behaald.

Kwantitatieve toets: de NOB is van mening dat terughoudendheid gepast is bij een inperking van het relatieve belang voor AB-houders, aangezien deze eis ook niet wordt gesteld aan IB-ondernemers. De wetgever maakt zelf een onderscheid tussen situaties waarbij er om goede redenen een aanmerkelijk belang is (meesleepregeling, meetrekregeling, fictief AB) en misbruiksituaties (opties op aandelen of winstbewijzen). De NOB begrijpt dat sommige vormen weinig economisch belang vertegenwoordigen en geeft de wetgever in overweging om enkel die vormen uit te zonderen die als misbruik aangemerkt kunnen worden.

Bezits- en voortzettingseis: De NOB is blij dat wordt aangesloten bij jurisprudentie van de Hoge Raad over de toepassing van de bezitseis, maar constateert tegelijkertijd dat de uitleg daarvan in het wetsvoorstel beperkter is. De NOB pleit ervoor om aan te sluiten bij de lijn die de Hoge Raad heeft geformuleerd. De verkorting van de voortzettingstermijn naar 3 jaar gaat voorbij aan de kern van het probleem, namelijk dat de onderneming in deze periode niet goed kan meebewegen met de dynamiek waaraan deze onderhevig is. De NOB pleit ervoor om bij de toepassing van de voortzettingseis de nodige flexibiliteit te betrachten en aanpassingen in de bedrijfsvoering ruimhartig te benaderen.





Ten slotte mist de NOB op veel aspecten overgangsrecht (zie ook onze reactie ‘[Voorstellen tot versoering BOR vereisen een nadere onderbouwing](#)’¹ van eerder dit jaar) en verzoekt daar in de verdere vormgeving rekening mee te houden.

4. Tot slot

Met haar reactie wil de NOB bijdragen aan de ontwikkeling van kwalitatieve wetgeving ten behoeve van de rechtszekerheid en rechtsbescherming van burgers en tevens bijdragen aan de ontwikkeling van eenvoudigere, uitvoerbare wetgeving. Dat doet zij vanuit haar expertise en ervaring. Wij hebben daarbij aandacht voor de fundamentele rechts- en wetgevingsbeginselen zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid.

De NOB is uiteraard graag bereid deze reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden. Een afschrift van deze reactie wordt op onze website gepubliceerd.²

Met vriendelijke groeten,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. Robert van der Jagt

prof. mr. dr. Arco Bobeldijk

Over de NOB

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) is opgericht in 1954. We zijn de beroepsvereniging van universitair opgeleide belastingadviseurs in Nederland en behartigen de gemeenschappelijke belangen van onze leden. We staan voor een excellente beroepsuitoefening door het aanbieden van opleidingen voor onze leden, het toepassen van onze code of conduct en de handhaving daarvan via onafhankelijk tuchtrecht. We vormen de brug tussen leden en maatschappij door de inzet van de bij onze leden aanwezige (praktijk)kennis over de volle breedte van het fiscale terrein. Deze kennis zetten we in om een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat over belastingen.

¹ <https://www.nob.net/publicaties/reactie-internetconsultatie-wet-aanpassing-bedrijfsopvolgingsregeling-2025/>

² Meer informatie over de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB leest u hier: <https://www.nob.net/over-de-nob/commissie/commissie-wetsvoorstellen/>.

