

# De bedrijfsopvolgingsregeling voor vastgoedondernemingen na de arresten van de Hoge Raad van 18 juni 2021 in internationaal perspectief

Een onderzoek naar de mogelijkheden om de BOR toe te passen bij vastgoedondernemingen waarbij sprake is van zowel projectontwikkeling- en verhuuractiviteiten in een rechtsvergelijking met de Duitse en Vlaamse bedrijfsopvolgingsregeling

Company Research Paper  
Masterscriptie

Opleiding: Master of Real Estate  
Instelling: Amsterdam School of Real Estate  
Jaargang: 2019 – 2021  
Auteur: mr. G.C. Claassen  
Begeleider: Prof. dr. mr. H. Vermeulen



## **1. Voorwoord**

Voor u ligt mijn scriptie ‘De bedrijfsopvolgingsregeling voor vastgoedondernemingen na de arresten van de Hoge Raad van 18 juni 2021’. De scriptie is geschreven in het kader van het afstuderen aan de opleiding Master of Real Estate aan de Amsterdam School of Real Estate. De scriptie is geschreven omdat dit onderwerp in de fiscale adviespraktijk met regelmaat de revue passeert. Bedrijfsopvolging is bij ondernemers nu eenmaal een belangrijk punt als het aankomt op de langetermijncontinuïteit van hun onderneming. Dit geldt ook voor vastgoedondernemers. Misschien is de problematiek daar nog wel pregnanter, omdat de bedrijfsopvolgingsregeling beleggingsvermogen niet faciliteert. Dat betekent in principe dat een ondernemer andere maatregelen om de verschuldigde schenk- of erfbelasting te voldoen. De aanleiding voor dit onderzoek waren de Hoge Raaduitspraken van 18 juni 2021: een typische bedrijfsopvolgingscasus waarbij sprake was van zowel projectontwikkelingsactiviteiten als verhuuractiviteiten. Aan de hand daarvan is ook onderzocht hoe bedrijfsopvolging is geregeld in onze buurlanden, specifiek op het punt vastgoed in brede zin. Aan de hand hiervan hoop ik een positieve bijdrage te kunnen leveren aan de continue discussie die in Nederland wordt gevoerd op het vlak van de bedrijfsopvolgingsregeling.

Op deze plaats wil ik graag iedereen bedank die een bijdrage heeft geleverd aan het behalen van mijn tweede mastertitel. In het kader van deze scriptie verdient Hein Vermeulen bijzondere vermelding voor zijn deskundige begeleiding. Verder wil ik Joop Kluft en Diederik van Dommelen bedanken voor het mogelijk maken dat ik deze opleiding heb kunnen volgen en hun niet aflatende steun gedurende de opleiding. Tot slot dank ik mijn collega's, familie en mijn vriendin voor hun steun, begrip en geduld. Jullie waren er voor me wanneer ik jullie steun nodig had. Uiteindelijk is de MRE-opleiding voor mij een bijzondere verrijking geweest zowel als persoon en vanuit zakelijk perspectief.

Rest mij niets anders dan u veel leesplezier toe te wensen!

Rotterdam, 15 februari 2022.

## **2. Managementsamenvatting**

De bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 is al vele jaren onderdeel van discussie. Voorstanders bepleiten een royalere regeling of het wegnemen van knelpunten. Tegenstanders zijn van mening dat de regeling te royaal is. Dat de regeling niet perfect is vormgegeven blijkt wel uit de enorme hoeveelheid jurisprudentie die in loop der jaren is ontstaan. Over een talloze knelpunten zijn de afgelopen jaren vele procedures gevoerd. Een van die knelpunten kwam aan de orde in de arresten van 18 juni 2021. Dit arrest vormde de aanleiding van dit onderzoek.

Op 18 juni 2021 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in een erfbelasting-casus waarin de bedrijfsopvolgingsregeling is toegepast. In essentie ging het om de vraag welke deel van het totale vermogen kwalificeerde als ondernemingsvermogen voor toepassing van de BOR. Over de projectontwikkelingsactiviteiten waren partijen het eens. Die kwalificeerden als ondernemingsvermogen. Met betrekking tot de verhuuractiviteiten lagen de standpunten van partijen mijlenver uit elkaar. Uiteindelijk oordeelt de Hoge Raad grotendeels in het voordeel van de inspecteur. De verhuuractiviteiten kwalificeren namelijk niet als een onderneming op zich, ze worden gekwalificeerd als beleggingsvermogen. De uitspraak is exemplarisch voor de jurisprudentie op het vlak van toepassing van de BOR bij vastgoedondernemingen waarin zowel projectontwikkelings- als verhuuractiviteiten worden verricht.

De uitspraak van de Hoge Raad is aangegrepen om te onderzoeken hoe de bedrijfsopvolgingsregeling op het punt van het verhuren van onroerende zaken kan worden verbeterd in Nederland. Dat onderzoek heeft plaatsgevonden door een rechtsvergelijking uit te voeren waarbij België en Duitsland in de vergelijking zijn betrokken.

Voor zowel België als Duitsland geldt dat de bedrijfsopvolgingsregeling zodanig is vormgegeven dat verhuurde onroerende zaken worden uitgesloten van de begunstiging. In België is een rekenkundige formule op basis van de totale loonkosten en het totale aandeel materiële vaste activa van het balanstotaal geïntroduceerd. In Duitsland zijn verhuurde onroerende zaken in de basis uitgesloten van begunstiging, tenzij aan de eigen groep wordt verhuurd, de verhuur het directe belang van de onderneming dient of woningen worden verhuurd.

In Nederland leeft al langer de wens om bedrijfsopvolgingsregeling meer toe te spitsen op reële ondernemingen. Veelal is de verhuur van onroerende zaken een belangrijk punt van discussie tussen belastingplichtigen en de belastingdienst. Dat zijn zeer feitelijke en tijdrovende discussies. Uit het onderzoek blijkt dat het moeilijk is om verhuurde onroerende zaken te laten kwalificeren als ondernemingsvermogen. Nederland verschilt op dat punt dus nauwelijks van de buurlanden, zij het dat ieder land zijn eigen methode hanteert om min of meer tot dezelfde conclusie te komen. Gezien de huidige stand van de jurisprudentie en de druk op de uitvoeringspraktijk bij de belastingdienst verdient het aanbeveling dat de wetgever regelt dat verhuur van onroerende zaken in beginsel wordt aangemerkt als beleggingsvermogen. Dit behoudens enkele uitzonderingsgevallen: onroerende zaken die worden verhuurd binnen de groep en verhuur van onroerende zaken die het doel van de onderneming dient of de verkoop van het eigen product dient. Op die manier wordt vereenvoudiging van de regeling gerealiseerd. Daarnaast ontlast dit de uitvoeringspraktijk voor een deel van het voeren van feitelijke discussies. Tot slot komt dit de doelmatigheid van de regeling ten goede en is het een van de manieren om invulling te geven aan de wens om de bedrijfsopvolgingsregeling meer toe te spitsen op reële bedrijfsopvolgingen.

### **3. Inhoudsopgave**

1.	Voorwoord	3
2.	Managementsamenvatting	4
3.	Inhoudsopgave	5
4.	Lijst met gebruikte afkortingen	7
5.	Onderzoeksopzet	8
5.1.	Inleiding	8
5.2.	Aanleiding	8
5.3.	Probleemstelling	9
5.4.	Doelstelling	10
5.5.	Onderzoeksvraag	10
5.6.	Deelvragen	10
5.7.	Onderzoeksmethodologie	10
5.8.	Conceptueel model	10
5.9.	Afbakening	10
5.10.	Relevantie	11
6.	De achtergrond van de bedrijfsopvolgingsregeling	12
6.1.	Inleiding	12
6.2.	Ontstaan van de bedrijfsopvolgingsregeling	12
6.3.	De BOR sinds 1 januari 2010	13
6.4.	Ondernemen versus beleggen	19
7.	De arresten van 18 juni 2021 in meer detail	26
7.1.	Inleiding	26
7.2.	Procesverloop	26
7.3.	De relevante feiten en omstandigheden	26
7.4.	Uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland	28
7.5.	Het oordeel van de Hof Amsterdam	29
7.6.	Het oordeel van de Hoge Raad	30
7.7.	Tussenconclusie	30
8.	De bedrijfsopvolgingsregelingen in omliggende landen	31
8.1.	Inleiding	31
8.2.	De Vlaamse bedrijfsopvolgingsregeling: De Vlaamse gunstmaatregel	31
8.3.	De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling: Steuerbegrenzung für Betriebsvermögen	34
9.	Rechtsvergelijkende aspecten	42

9.1.	Inleiding	42
9.2.	Doel van de diverse bedrijfsopvolgingsregelingen	42
9.3.	Toegankelijkheid tot de bedrijfsopvolgingsregeling	42
9.4.	Facilitering van het ondernemingsvermogen	43
9.5.	De bepaling van het beleggingsvermogen en de positie van onroerende zaken	44
10.	De toekomst van de bedrijfsopvolging	46
10.1.	Inleiding	46
10.2.	Bouwstenenrapporten	46
10.3.	Ontwikkelingen in de Tweede Kamer en het coalitieakkoord 2021-2025 ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’	48
10.4.	Tussenconclusie	49
11.	Conclusies en aanbevelingen	50
11.1.	Inleiding	50
11.2.	Beantwoording van de onderzoeksvraag en deelvragen	50
11.3.	Deelvragen	50
11.4.	Welke aanbevelingen kunnen gedaan worden als het gaat om de verbetering van de BOR specifiek als het gaat om vastgoedondernemingen?	52
11.5.	Reflectie	53
12.	Literatuurlijst	54
12.1.	Literatuurlijst	54
12.2.	Rapporten	55
12.3.	Jurisprudentielijst	56

#### **4. Lijst met gebruikte afkortingen**

AB	Aanmerkelijkbelang
A-G	Advocaat-Generaal
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
BV	Besloten vennootschap
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
FBI	Fiscale beleggingsinstelling
Gedr.St. Vl.Parl.	Gedrukte stukken Vlaams Parlement
HR	Hoge Raad
IB-ondernemer	Ondernemer die zijn onderneming drijft via een bijv. een eenmanszaak
IPD-Index	Investment Property Databank Index
NV	Naamloze vennootschap
ROW	Resultaat uit overige werkzaamheid
Stct.	Staatscourant
SW 1956	Successiewet 1956
Uitv.reg.	Uitvoeringsregeling
VN	Vakstudie
Vpb-ondernemer	Ondernemer die zijn onderneming drijft via een rechtspersoon
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
VCF	Vlaamse Codex Fiscaliteit
EER	Europees Economische Ruimte

## **5. Onderzoeksopzet**

### **5.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de onderzoeksopzet. Het vormt de inleiding van het onderzoek. Hierin wordt achtereenvolgens ingegaan op de aanleiding, de probleemstelling, de doelstelling van het onderzoek, de onderzoeksvraag en de daarvan afgeleide deelvragen. Vervolgens wordt ingegaan op methodologie, afbakening en relevantie van het uitgevoerde onderzoek. Het hoofdstuk sluit af met een hoofdstukindeling of leeswijzer.

### **5.2. Aanleiding**

Dit company research paper gaat in op de problematiek rondom de bedrijfsopvolgingsregeling (“BOR”). Een wettelijke faciliteit die onder andere is opgenomen in de Successiewet 1956 (“SW 1956”). Een regeling die in essentie erop gericht is om liquiditeitsproblemen te voorkomen bij de overdracht van een onderneming naar familieleden of werknemers. Bij de invoering van de SW 1956 was reeds voorzien in een algemene betalingsfaciliteit. In de loop der jaren is de faciliteit ingrijpend gewijzigd en uitgebreid, met name in 1998. In dat jaar is de BOR geïntroduceerd zoals we deze nu kennen.

De BOR is sinds haar introductie altijd onderwerp geweest van discussie en voer voor talloze juridische procedures. Voorstanders kunnen niet vaak genoeg benadrukken hoe belangrijk het is dat een dergelijke regeling er is. Het voorkomt namelijk liquiditeitsproblemen bij de overgang van de onderneming naar de volgende generatie. Een argument dat ook met enige regelmaat wordt aangehaald is dat de regeling noodzakelijk is om de concurrentiepositie van familiebedrijven te borgen, zowel nationaal als internationaal gezien.<sup>1</sup> Tegenstanders van de regeling zijn van mening dat de faciliteit te royaal is en bovendien zou de regeling vervangen kunnen worden door een betalingsregeling aangezien uit onderzoek blijkt dat in 70% van de gevallen de verschuldigde erfbelasting uit de boedel kan worden voldaan.<sup>2</sup> Dit heeft tot gevolg dat de grote familieondernemingen in Nederland relatief gezien een hoger profijt hebben van de regeling. Dat de BOR een regeling is waar relatief veel over wordt geprocedeerd is niet vreemd. De belangen bij overdracht van de onderneming zijn immers groot. Partijen zijn dan eerder geneigd om een gang naar de rechter te maken. Dit heeft tot gevolg gehad dat de meeste onduidelijkheden en discussiepunten binnen de BOR inmiddels zijn uitgekristalliseerd en ingevuld door rechters.

Vastgoed is binnen de BOR een onderwerp dat een speciale plaats inneemt. Omdat onroerende zaken in de regel een hoge verkrijgingsprijs of voortbrengingskosten meebrengen zijn de belangen bij een overdracht van de onderneming met vastgoed veelal substantieel. Fiscaal inhoudelijk gezien maakt de BOR onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. De BOR kan alleen worden toegepast op ondernemingsvermogen. De vraag is vervolgens hoe vastgoed binnen de onderneming gekwalificeerd moet worden. Is het ondernemingsvermogen of beleggingsvermogen? In het bijzonder ten aanzien van verhuurd vastgoed. Een verhuurder, ongeacht zijn rechtsvorm, zal zich op het standpunt stellen dat hij een onderneming drijft en al zijn activa op de balans toerekenbaar is aan die onderneming. De Belastingdienst zal stellen dat sprake is van beleggingsvermogen omdat het enkele verhuren van onroerende zaken niet leidt tot een onderneming in fiscale zin. Hierboven is een relatief simpel voorbeeld aangehaald. Ingewikkelder wordt het wanneer de ondernemer naast verhuuractiviteiten ook nog projectontwikkelingsactiviteiten verricht vanuit dezelfde organisatie of onderneming. In dat geval zal een belastingplichtige, voor toepassing van de BOR, een splitsing maken van zijn onderneming, namelijk de verhuuractiviteiten die in de regel geen ondernemingsvermogen vormen en de projectontwikkelingsactiviteiten die veelal wel tot het ondernemingsvermogen behoren. Veelal stelt een belastingplichtige zich vervolgens op het standpunt dat de verhuuractiviteiten de projectontwikkelingsactiviteiten financieren en de twee activiteiten dusdanig met elkaar verwerven zijn dat juridisch en in feite sprake is van één onderneming. Dergelijke casussen leiden vaak tot een gang naar de rechter, omdat de belastingplichtige en de Belastingdienst er onderling niet uitkomen en de standpunten te ver uit elkaar liggen.

Op 18 juni 2021 heeft de Hoge Raad (“HR”) een vijftal gelijklopende arresten gewezen over de toepassing van de BOR in de SW 1956 op vastgoedvennootschappen.<sup>3</sup> De uitspraak is eveneens van belang voor de toepassing van de BOR in de inkomstenbelasting. De belangrijkste uitkomst is dat bij deze vastgoedvennootschappen de

<sup>1</sup> Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk, PwC, december 2014. Global family business tax monitor, KPMG, mei 2018.

<sup>2</sup> Hoogeveen, M.J. De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, hoofdstuk 14.

<sup>3</sup> HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:951, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:952, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:953, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:954, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:955.



projectontwikkelingsactiviteiten en de verhuuractiviteiten niet zodanig zijn verweven dat kan worden gesproken van één onderneming. Het ondernemingsvermogen dat in aanmerking komt voor toepassing van de BOR, omvat slechts de projectontwikkeling. Vervolgens moet worden bepaald welke panden kunnen worden toegerekend aan de projectontwikkelingsactiviteiten. Aangezien Hof Amsterdam voor enkele panden de door de inspecteur toegepaste kwalificatie zonder motivering heeft gevolgd, is volgens de Hoge Raad het oordeel van het hof over het voor de BOR in aanmerking te nemen ondernemingsvermogen onvoldoende gemotiveerd. Daarom volgt verwijzing naar Hof Den Haag voor de vraag welke panden in redelijkheid kunnen worden toegerekend aan de projectontwikkelingsactiviteiten. Het blijft op het moment van schrijven onduidelijk of de Hoge Raad hier afwijkt van de route die de Advocaat-Generaal (“A-G”) voorstelde, namelijk toerekening volgens de regels van de vermogensetikettering, die naar het betoog van de A-G ook van toepassing zijn op de BOR.

De HR heeft gepoogd met deze arresten duidelijkheid op het vlak van toepassing van de BOR voor vastgoedvennootschappen te creëren. De vraag is of dat ook daadwerkelijk is gelukt. De arresten laten namelijk nog enige ruimte als het aankomt op de vraag of er sprake is van een materiële onderneming. In relatie tot verhuren van vastgoed en het drijven van een (materiële onderneming) onderneming is vereist dat is voldaan aan de zgn. Arbeid+-toets en Rendement+-toets. Daarnaast kan, onder omstandigheden, sprake zijn van een dusdanige verwevenheid tussen de (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten dat sprake is van een materiële onderneming voor het geheel. In deze scriptie wordt onderzocht onder welke omstandigheden sprake kan zijn van een dusdanige verwevenheid dat geconcludeerd moet worden tot één onderneming. Is dit in de praktijk mogelijk of haalbaar? Of heeft de HR een arrest gewezen waarbij een theoretische rechtsregel is geïntroduceerd die geen of zeer beperkt nut heeft voor de praktijk?

De vervolgstap is om te beoordelen of Nederland met zijn behandeling van onroerend goed in de SW 1956 internationaal gezien uit de pas loopt. Om die vergelijking te kunnen maken worden de Belgische en Duitse bedrijfsopvolgingsregelingen nader onderzocht.

Om tot het antwoord te komen is voor de lezer allereerst een begrip nodig van de BOR en welke elementen specifiek voor vastgoedvennootschappen van belang zijn. Vervolgens dient een vertaalslag gemaakt te worden naar de arresten van 18 juni 2021 en de betekenis daarvan. Wanneer daar inzicht in is verkregen kan worden onderzocht hoe de regelingen in onze buurlanden zijn vormgegeven. Aan de hand daarvan kan een rechtsvergelijkende toetsing op enkele kenmerkende punten van de diverse bedrijfsopvolgingsregelingen plaatsvinden. Het laatste hoofdstuk zal ingaan op de ontwikkelingen in de politiek en de verwachte richting van toekomstige vormgeving van de BOR, waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan de positie van vastgoedvennootschappen.

### **5.3. Probleemstelling**

Naar aanleiding van de arresten van 18 juni 2021 is de vraag of (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten van een vastgoedonderneming nog onder de BOR gebracht kunnen worden pregnanter geworden. Enerzijds wordt door de HR een hoge drempel opgeworpen. Anderzijds wordt de deur in de arresten toch nog op een kier gezet voor een onderbouwende argumentatie. In de huidige fiscale literatuur worden de vraagstukken normaal vermogensbeheer en ondernemingsvermogen versus beleggingsvermogen uitvoerig beschreven.

Steevast wordt in de literatuur afgesloten met de zinsnede dat een definitieve beoordeling van de casus afhankelijk is van de van toepassing zijnde feiten en omstandigheden van het geval. De casus is dan ook illustratief voor de beschreven problematiek. In dat kader wordt onderzocht hoe in onze buurlanden met dezelfde problematiek wordt omgegaan. Dat kan inzichten bieden om de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling op onderdelen aan te passen.

Deze masterscriptie beoogt bij te dragen aan de gedachtevorming rondom de toepassing van de BOR bij vastgoedvennootschappen. Specifiek als het gaat om de facilitering van vastgoedgerelateerde problematiek. In mijn ogen is dit element in de huidige fiscale literatuur wel aan bod gekomen, maar wordt te veel gefocust op de nationale aspecten. Een blik over de landsgrenzen kan bijdragen aan verdere de rechtsontwikkeling van de BOR in Nederland.

#### 5.4. Doelstelling

Wennis en inzicht verkrijgen in de vraag of het mogelijk is om te BOR toe te passen op vastgoedondernemingen waarbinnen zowel (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten worden verricht en hoe hier in onze buurlanden mee wordt omgegaan.

#### 5.5. Onderzoeksvraag

Is het mogelijk voor vastgoedondernemingen waarbinnen zowel (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten worden verricht, na de arresten van 18 juni 2021, om een beroep op de BOR te doen voor het gehele ondernemingsvermogen en hoe wordt hier vanuit internationaal perspectief naar gekeken?

#### 5.6. Deelvragen

Voor de uitvoering van het onderzoek zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

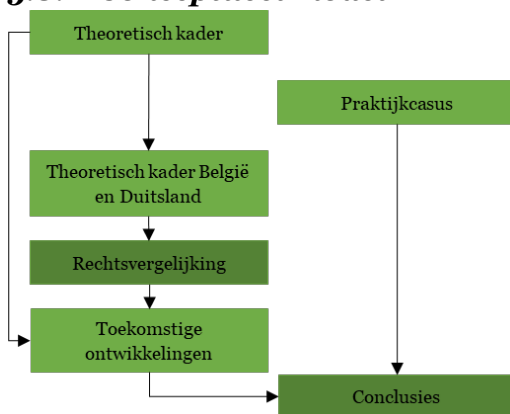
1. Wat is de achtergrond van de toepassing van de BOR op vastgoedondernemingen?
2. Welke elementen spelen een belangrijke rol in de arresten van 18 juni 2021?
3. Hoe is bedrijfsopvolging vormgegeven in onze buurlanden België en Duitsland?
4. Op welke punten zijn de Vlaamse en Duitse bedrijfsopvolging vergelijkbaar met de Nederlandse BOR, in het bijzonder als het gaat om de behandeling van vastgoed binnen de regeling?
5. Welke recente wetgevende en politieke ontwikkelingen zijn er en wat zegt dat over mogelijke toekomstige aanpassingen van de BOR?
6. Welke aanbevelingen kunnen gedaan worden als het gaat om de verbetering van de BOR specifiek als het gaat om vastgoedondernemingen?

De deelvragen dienen ter ondersteuning van de beantwoording van de hoofdvraag.

#### 5.7. Onderzoeksmethodologie

Het onderzoek betreft een exploratief onderzoek. Door middel van zowel bureau- en literatuuronderzoek is de hoofdvraag onderzocht en beantwoord. Ten eerste is onderzoek verricht naar de achtergrond van de BOR. Vervolgens is onderzoek verricht naar de reikwijdte van de arresten 18 juni 2021. Daarna is onderzocht hoe de bedrijfsopvolgingsregeling in onze buurlanden zijn vormgegeven. Aan de hand van die informatie kan een rechtsvergelijking worden uitgevoerd. Uit de geconstateerde verschillen kunnen aanbevelingen worden gedaan ten aanzien van de toekomstige voorgeving van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling. Het laatste hoofdstuk gaat in op recente wetgevende en politieke ontwikkelingen en beschrijft de huidige tendens. In de conclusie worden de uitkomsten van het onderzoek samengevat en worden op basis van de uitgevoerde analyse aanbevelingen gedaan voor verbetering van de BOR voor zover het aankomt op de behandeling van vastgoed.

#### 5.8. Conceptueel model



#### 5.9. Afbakening

Overwogen is om een kwalitatief element aan de scriptie toe te voegen. Bij gebrek aan kwalitatief goede data is hiervan afgezien. In het 2011 is door Hoogeveen<sup>4</sup> onderzoek uitgevoerd naar de kwaliteit van de BOR. In 2014 is

<sup>4</sup> Hoogeveen, M.J. De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

de BOR door SEO<sup>5</sup> geëvalueerd. De onderzoekers onderkennen dat het niet mogelijk is om een zuivere analyse van de doeltreffendheid (effectiviteit) en de doelmatigheid (efficiëntie) van de fiscale regelingen uit te voeren. De noodzakelijke gegevens daarvoor ontbreken. Op het moment dat deze scriptie een dergelijk kwalitatief element zou bevatten zouden er te veel assumpties en voorbehouden gemaakt moeten worden ten aanzien van de uit te voeren analyse. Hetgeen afbreuk doet aan de realiteitswaarde van het onderzochte.

Door De Haan is eveneens een proefschrift geschreven over de BOR.<sup>6</sup> Dit proefschrift uit 2007 ging met name in op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de verkrijging van ondernemingsvermogen. Dit onderwerp wordt in het vervolg van deze scriptie niet behandeld.

In dit onderzoek zal geen of zeer beperkt aandacht worden besteed aan de overige voorwaarden en discussiepunten rondom de BOR (zoals bijvoorbeeld de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de BOR). Tenzij dit noodzakelijk is voor de beantwoording van de hoofd- of deelvraag. De beperking is aangebracht om de omvang van het onderzoek te beperken tot de kern. Dit betekent dat omwille van doelmatigheid sommige onderwerpen niet of beperkt worden besproken.

Het onderzoek in deze scriptie heeft primair betrekking op het Nederlandse recht voor de SW 1956 en deels de Wet inkomstenbelasting 2001 ("Wet IB 2001") en is van belang voor belastingplichtigen in Nederland. Indien andere rechtsgebieden worden behandeld zal dit uitdrukkelijk kenbaar worden gemaakt. Nu het onderwerp in de hoofdvraag ziet op de fiscale behandeling van de overdracht van een onderneming met zowel (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten wordt in dit onderzoek met name gefocust op Nederlandse projectontwikkelaars.

In het kader van deze scriptie wordt onder (project)ontwikkelingsactiviteiten verstaan: de ontwikkeling en realisatie van onroerende zaken van enige omvang.

In het kader van deze scriptie wordt onder vastgoedonderneming verstaan: de onderneming die zowel (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten verricht.

Deze scriptie beoogt geenszins een volledige beschrijving van de BOR te geven. Er is dan ook bewust voor gekozen bepaalde onderdelen van de regeling niet of zeer summier te behandelen. Voor een volledig overzicht van de regeling verwijs ik naar fiscale literatuur in dit kader.

### **5.10. Relevantie**

Door toepassing van de BOR kan een (vastgoed)onderneming relatief fiscaal gunstig worden overgedragen naar de volgende generatie of een werknemer. Maatschappelijk gezien zijn er voor- en tegenstanders van de huidige vormgeving van de BOR. Deze scriptie beoogt met een onderbouwd onderzoek bij te dragen aan de discussie rondom het voortbestaan alsook de juiste vormgeving van de BOR. Het voornoemde specifiek in relatie tot vastgoedondernemingen. De aard van de onderneming en de combinatie met de huidige vormgeving van de regeling maken dat het noodzakelijk is een verdiepende bijdrage aan deze discussie te leveren. Het voorgaande geldt eveneens voor de wetenschappelijke relevantie. De scriptie borduurt voort op de huidige stand van de jurisprudentie en literatuur. Door de vergelijking met België en Duitsland nader te onderzoeken en te toetsen kunnen de arresten van 18 juni 2021 in internationaal perspectief worden geplaatst. Dan kan worden beoordeeld of Nederland internationaal uit de pas loopt. Aan de hand hiervan kunnen eventueel aanbevelingen worden gedaan om de Nederlandse BOR te verbeteren en hiermee een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling.

---

<sup>5</sup> N. Rosenboom e.a., Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht (Eindrapport), Amsterdam: SEO 2014.

<sup>6</sup> A. de Haan, Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel, Sdu, 2007.

## **6. De achtergrond van de bedrijfsopvolgingsregeling**

### **6.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk staat de beschrijving van de BOR centraal. De ontstaansgeschiedenis van de BOR van betalingsfaciliteit tot de faciliteit zoals we deze nu kennen wordt beschreven. Verder wordt uitgebreid aandacht besteed aan het ondernemingsbegrip, in welke gevallen sprake is van een onderneming met de verhuur van onroerende zaken en in welke gevallen juist niet.

### **6.2. Ontstaan van de bedrijfsopvolgingsregeling**

Bij invoering van de SW was destijds voorzien in een algemene betalingsfaciliteit. Daarnaast kon de Minister van Financiën kon in bijzondere gevallen uitstel van betaling verlenen wanneer er zich 'niet langs andere weg op te vangen liquiditeitsmoeilijkheden' voordeden bij de vererving van een onderneming.<sup>7</sup> Deze regeling is later omgezet in een wettelijke regeling waardoor de erfbelasting bij de verkrijging van een onderneming in 5 jaarlijkse (renteloze) termijnen mocht worden voldaan.<sup>8</sup> De regeling had als doel te voorkomen dat de verschuldigdheid van belasting bij schenking of vererving van een onderneming de continuïteit van de onderneming in gevaar bracht. Een dergelijke situatie kan zich voordoen wanneer activa aan het bedrijf onttrokken moeten worden om de successiebelasting te betalen.

Het doel van de regeling is sinds de invoering niet gewijzigd. De faciliteit is in de loop der jaren meerdere malen gewijzigd. In 1995 is de algemene betalingsfaciliteit verlengd naar 10 jaar.<sup>9</sup> In 1998 is in de Invorderingswet, naast de renteloze betalingsfaciliteit, een voorwaardelijke kwijtschelding van 25% van de successie- en erfbelasting opgenomen voor beschikbaar ondernemingsvermogen.<sup>10</sup> Hierbij is wederom gewezen op het gevaar van de belastingheffing voor de continuïteit van de onderneming:

“Vanuit het algemeen sociaaleconomisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit.”<sup>11</sup>

De regeling was opgenomen in art. 25 en 26 IW 1990.<sup>12</sup> De bedrijfsopvolgingsregeling krachtens schenking of erfrecht was tot 1 januari 2002 overigens in zijn geheel opgenomen in de Invorderingswet. De regeling voorzag destijds in kwijtschelding van 100% van de belasting die kon worden toegerekend aan tot het ondernemingsvermogen behorende quota, vergunningen en dergelijke, immateriële bedrijfsmiddelen en 25% van de belasting die kon worden toegerekend aan het resterende ondernemingsvermogen.<sup>13</sup> Aan de 25% vrijstelling voor ondernemingsvermogen waren diverse voorwaarden verbonden, waaronder de voortzettingseis. Deze voorwaarde hield in dat de onderneming na de schenking of vererving voor een bepaalde periode diende te worden voortgezet. Bij een vererving moet de onderneming nog 5 jaar worden voortgezet en bij een schenking nog 10 jaar. In aanvulling op het voorgaande was het daarnaast mogelijk het renteloos uitstel te verkrijgen gedurende een periode maximaal tien jaar, voor zover het resterende deel van de verkrijging niet voldoende 'vrije middelen' bevatte voor voldoening van het restant van de verschuldigde belasting.<sup>14</sup>

Sinds 1 januari 2002 is, naar aanleiding van het rapport-Moltmaker<sup>15</sup>, de regeling (deels) overgeheveld naar de SW. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de tegemoetkomingsregeling om te zetten in een gedeeltelijke en voorwaardelijke vrijstelling. De bedrijfsopvolgingsregeling in de SW is daarmee in de plaats gekomen van de kwijtscheldingsfaciliteit. De mogelijkheid tot renteloos en rentedragend uitstel van betaling bleef wel achter in art. 25 Invorderingswet. Een belangrijke inhoudelijke wijziging van de bedrijfsopvolging is de introductie van

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1948/49, 915, nr. 2, p. 9 en §49 van de Leidraad Successiewet 1956. Beschikking van 3 december 1956, nr. C6/12 705.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 1983/84, 28226, nr. 2.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24428, nr. 2, Kamerstukken II 1983/84, 18226, nr. 3, p. 3 en Kamerstukken II 1995/96, 24428, nr. 3, p. 1.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25688, nr. 2.

<sup>11</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25688, nr. 3, p. 7.

<sup>12</sup> Besluit staatssecretaris van Financiën 28 januari 1998, nr. AFZ97/4358 (Stct. 22), Wijziging van de Leidraad Invordering 1990, V-N 1998/8.43.

<sup>13</sup> Uitgezonderd beleggingen.

<sup>14</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk en Erfbelasting*, Deventer, Wolters Kluwer 2021, onderdeel S&E.11.o.o.B (online, bijgewerkt 19-01-2021).

<sup>15</sup> Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving, *De warme, de koude en de dode hand*, 's-Gravenhage 13 maart 2000.

de vrijstelling die het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere going-concernwaarde vrijstelt geweest. De going-concernwaarde was vervolgens vrijgesteld voor een bepaald gedeelte. Bij de introductie bedroeg deze vrijstelling 30%. Later zou dit vrijstellingspercentage oplopen naar 75%.<sup>16</sup>

In 2010 is de bedrijfsopvolgingsregeling zeer ingrijpend gewijzigd. Wederom met het doel de toekenning van de faciliteiten te beperken tot reële bedrijfsopvolgingen. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de BOR sinds 2010 en daarmee de regeling zoals die nu geldt.

### **6.3. De BOR sinds 1 januari 2010**

#### **6.3.1. De faciliteit in vogelvlucht**

Sinds 1 januari 2010 gelden bij de verkrijging van ondernemingsvermogen onderstaande faciliteiten. Deze faciliteiten zijn van toepassing bij een vererving en een schenking van ondernemingsvermogen, mits de onderneming voor een periode van vijf jaar wordt voortgezet. De bedrijfsopvolgingsregeling bestaat uit de volgende onderdelen<sup>17</sup>:

1. Indien de liquidatiewaarde hoger is dan de going-concernwaarde, geldt een vrijstelling voor het gedeelte waarmee de liquidatiewaarde de going-concernwaarde overtreft<sup>18</sup>;
2. Vervolgens is de going-concernwaarde vrijgesteld tot € 1.134.403 (2022).<sup>19</sup> Deze vrijstelling geldt per objectieve onderneming en niet per verkrijger.
3. Het restant van het verkregen ondernemingsvermogen is vrijgesteld tot 83%<sup>20</sup>;
4. Voor de erf- of schenkbelasting die wordt verschuldigd over het niet-vrijgestelde gedeelte kan voor een periode van tien jaar rentedragend uitstel worden verkregen.<sup>21</sup> Dit wordt ook wel de geconserveerde waarde genoemd;
5. Voor de erfbelasting die kan worden toegerekend aan onderbedelingsvorderingen op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen kan voor een periode van tien jaar rentedragend uitstel worden verkregen.<sup>22</sup>

Gegeven de opzet van de regeling is onder meer een waardering van de onderneming benodigd om de uiteindelijke fiscale last te bepalen. Art. 21 lid 13 SW 1956 stelt dat de waarde van de onderneming ten minste gesteld dient te worden op de liquidatiewaarde. Op het moment dat deze waarde hoger is dan de going-concernwaarde is het verschil vrijgesteld (zie punt 1. hierboven).<sup>23</sup>

#### **6.3.2. Ondernemingsvermogen**

De omvang van de vrijstelling wordt bepaald door het aanwezige ondernemingsvermogen bij de over te dragen onderneming. Vervolgens wordt een gedeelte daarvan vrijgesteld. Het ondernemingsvermogen is beschreven in art. 35c SW 1956:

- Een onderneming in de inkomstenbelasting als bedoeld in art. 3.2. Wet IB 2001;
- Een medegerechtigdheid in de inkomstenbelasting als bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001;
- Vermogensbestanddelen die tot een aanmerkelijk belang behoren als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van art. 4.10 Wet IB 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als beschreven in de bullits hierboven.
- Onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001, mits de onroerende zaken tezamen met het lichaam worden overgedragen. Deze regeling wordt ook wel de ter beschikingsstellingsregeling genoemd en is bijvoorbeeld van toepassing

<sup>16</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk en Erfbelasting*, Deventer, Wolters Kluwer 2021, onderdeel S&E.11.0.0.B (online, bijgewerkt 19-01-2021).

<sup>17</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk en Erfbelasting*, Deventer, Wolters Kluwer 2021, onderdeel S&E.11.1.0.A (online, bijgewerkt 19-01-2021).

<sup>18</sup> Art. 35b lid 1 onderdeel a en b onder 1° SW 1956.

<sup>19</sup> Art. 35b lid 1 onderdeel b onder 2° SW 1956.

<sup>20</sup> Art. 35b lid 1 onderdeel c onder 3° SW 1956.

<sup>21</sup> Art. 35b lid 2 SW 1956 jo. art. 25 lid 12 Invorderingswet 1990.

<sup>22</sup> Art. 25 lid 13 Invorderingswet 1990.

<sup>23</sup> Omwille van de omvang en afkadering van de scriptie zal verder geen aandacht worden besteed aan waarderingsvraagstukken.

wanneer een ondernemer vanuit privé een onroerende zaak ter beschikking stelt aan de onderneming waar hij een aanmerkelijk belang in heeft. In dat geval wordt het voordeel uit de verhuur belast in box 1.

In art. 7 Uitv.reg. S&E zijn nadere regels opgenomen om vast te stellen welke vermogensbestanddelen (verder) tot de objectieve onderneming worden gerekend. Hieronder vallen:

- Onroerende zaken die deel uitmaken van het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen.
- Bezittingen en schulden van een (klein)dochtervennootschap die niet zijn toegerekend na toepassing van de toerekeningsregeling op het evenredig gedeelte van dat indirect gehouden belang.
- Bezittingen en schulden van vennootschappen waarvan de directe aandeelhouder in de vijf jaar voorafgaand aan de schenking het indirecte belang hand.
- Door de erflater of schenker op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 aan de vennootschap ter beschikking gestelde onroerende zaak.

Voorts dient vermeld te worden dat voor de bepaling van de omvang van de objectieve onderneming de concerngedachte wordt gehanteerd. Ter illustratie: op het moment dat er aandelen in een dochtermaatschappij worden geschonken, dan wordt de voor de bepaling van de waarde van de objectieve onderneming (en daarmee het verschil tussen de liquidatiewaarde hoger en de going-concernwaarde) het gehele concern als uitgangspunt genomen.

Op het moment dat een onderneming wordt verkocht tegen een waarde onder de waarde in het economisch verkeer of wanneer de erflater een legaat van aandelen tegen inbreng van de waarde in zijn testament heeft opgenomen wordt bij toepassing van de BOR geen rekening gehouden met de (te lage) tegenprestatie. Dit omdat de vrijstelling wordt berekend over het aanwezige ondernemingsvermogen.<sup>24</sup>

Uit het bovenstaande volgt dat zowel een ondernemer in de inkomstenbelasting (“IB-ondernemer”) als de ondernemer die door middel van een vennootschap (“VPB-ondernemer”) de BOR wenst toe te passen in beginsel een beroep kunnen doen op de regeling, mits sprake is van een objectieve onderneming. Er is dus sprake van neutraliteit. De vraag óf en wanneer sprake is van een onderneming in fiscale zin zal in een aparte paragraaf aan de orde komen. In de hiernavolgende alinea’s zullen de overige voorwaarden van de BOR worden uiteengezet.

### 6.3.3. *Het bezitsvereiste*

De BOR stelt eisen aan de schenker of erflater. Deze eisen zijn neergelegd in art. 35d SW 1956. Dit artikel schrijft voor dat in geval van:

- Schenking; de schenker de onderneming ten minste vijf jaar voor rekening en risico van de schenker moet hebben gedreven; of
- Vererving; de erflater de onderneming ten minste een jaar voor rekening en risico van de erflater moet zijn gedreven.

Doel van deze aanvullende eisen is om misbruik van de regeling te voorkomen. De bezitseiis ziet op de onderneming zelf en niet op losse vermogensbestanddelen. Dit heeft tot gevolg dat beleggingsvermogen dat binnen de hierboven genoemde termijnen alsnog wordt geïnvesteerd in de onderneming (en aldus wordt omgezet in ondernemingsvermogen) alsnog meetelt voor het ondernemingsvermogen waarop de BOR van toepassing is.

#### 6.3.3.1. *Ter beschikking stelling van onroerende zaken*

Voor ter beschikking gestelde onroerende zaken geldt dat deze tenminste vijf jaar dienstbaar moeten zijn geweest aan de onderneming van die betreffende vennootschap. In aanvulling daarop geldt dat die betreffende ter beschikking gestelde onroerende zaak of zaken tegelijkertijd moeten worden geschonken of vererven.

---

<sup>24</sup> E.J.W. Heithuis (red.) & J.H. Elink Schuurman e.a., Hoofdzaken Fiscaliteit & Vastgoed (Fed Fiscale Studieserie), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 460.

### 6.3.3.2. Stapeling van bezitstermijnen

Er zijn voorzieningen getroffen voor de situatie waarin de rechtsvorm gedurende de periode van de bezitstermijn wijzigt. Art. 9 Uitv.reg. S&E voorziet erin dat wanneer de IB-onderneming is ingebracht in een besloten vennootschap ("BV") of naamloze vennootschap ("NV") met toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001 of wanneer de BV of NV is ontbonden en wordt voortgezet als een IB-onderneming met toepassing van art. 14c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ("Wet Vpb 1969") de bezitstermijnen bij elkaar mogen worden opgeteld. Het uitgangspunt is daarbij wel dat de erflater of schenker gedurende de gehele periode gerechtigd is gebleven tot diezelfde onderneming.

De bezitsperioden mogen ook worden opgeteld wanneer gedurende de vereiste bezitstermijn sprake is geweest van een aandelenfusie op grond van art. 3.55 Wet IB 2001, een juridische splitsing op grond van art. 3.65 Wet IB 2001, of een juridische fusie op grond van art. 3.57 Wet IB 2001 heeft plaatsgevonden.<sup>25</sup> Een vergelijkbare regeling is getroffen voor de aandeelhouder die ten minste een jaar een gewoon aandelenbelang hield in een (objectieve) onderneming en deze conform de geldende voorwaarden om heeft gezet in preferente aandelen. In dat geval mogen de bezitstermijnen ook bij elkaar worden opgeteld.<sup>26</sup> De omgekeerde situatie is echter niet geregeld.

### 6.3.3.3. Uitbreidingen tijdens de bezitstermijn

Het is mogelijk dat een onderneming gedurende de bezitsperiode haar activiteiten uitbreidt. Dit kan bijvoorbeeld via een activa-passiva-transactie plaatsvinden. Het feit dat de activiteiten van de onderneming worden uitgebreid heeft geen invloed op de bezitstermijn. Het gaat om de onderneming als geheel. Deze zienswijze is onlangs nog bevestigd door het Hof Den Haag op 19 juli 2017.<sup>27</sup> In deze casus werd door een BV een onderneming gedreven die vastgoed exploiteerde en tijdens de referentieperiode zijn er door de BV nieuwe onroerende zaken verworven. Het Hof overwoog dat de bezitstermijn niet voor afzonderlijke onroerende zaken geldt wanneer deze onroerende zaken binnen de bestaande onderneming van de BV worden aangewend en geen zelfstandige onderneming vormen.

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich in het activa-passiva-arrest<sup>28</sup> uitgelaten over de vraag wanneer beoordeeld moet worden of een onderneming wordt verkregen. Hij oordeelt dat de beoordeling plaats moet vinden op het moment van de verkrijging. Als op het moment van de verkrijging sprake is van een (objectieve) onderneming is niet van belang hoe het vermogen van die onderneming gedurende de bezitsperiode aan zijn samenstelling is gekomen. In andere woorden, zolang sprake is van een en dezelfde onderneming maakt het niet uit of het ondernemingsvermogen is uitgebreid gedurende de bezitsperiode.

Op 29 mei 2020 heeft de Hoge Raad zich eveneens uitgelaten over een zaak waarin gedurende de bezitsperiode een deelneming werd aangekocht.<sup>29</sup> Bovendien werd een deelneming aangekocht die fiscaal niet werd gezien als dezelfde, reeds bestaande, onderneming. Onder de beheervenootschap hingen in feite dus twee separate ondernemingen. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 2.4.3:

“Het vijfde lid bewerkstelligt daardoor dat Beheer meer dan één onderneming drijft, en niet, zoals het uitgangspunt is van artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW een onderneming. Het strookt dan met doel en strekking van de BOR om de ondernemingsseis van art. 35d, lid 1, aanhef en letter d, SW toe te passen op iedere afzonderlijke (toegerekende) onderneming van Beheer BV...”

In de onderhavige casus bestond dus geen recht op volledige toepassing van de BOR, beide ondernemingen onder Beheer BV moeten daarvoor aan de vijfjaarsetermin voldoen. De verworven deelneming is dus niet opgegaan in de reeds bestaande onderneming van de beheervenootschap. Zou dit wel het geval zijn dan zou er slechts bezitstermijn gelden. Dit zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot anticipatiegedrag bij belastingplichtigen.

<sup>25</sup> Art. 9 lid 2 Uitv.reg. S&E.

<sup>26</sup> Art. 9 lid 3 Uitv.reg. S&E.

<sup>27</sup> Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429.

<sup>28</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, BNB 2021/1, r.o. 2.4.4. en 2.4.5.

<sup>29</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990.

#### 6.3.4. *Het voortzettingsvereiste*

Het bezitsvereiste stelt eisen aan de erflater of schenken en is van zien op het verleden. Het voortzettingsvereiste stelt eisen aan de verkrijger en kijkt naar de toekomst. De kern van de BOR is dat de verkrijger de verkregen onderneming ook daadwerkelijk voortzet. De verkrijger moet de onderneming voor een periode van tenminste vijf jaar voortzetten.<sup>30</sup> Gedurende de gehele periode mag de verkrijger niet ophouden winst uit onderneming te genieten in geval van een IB-onderneming.

Het voortzettingsvereiste is ook van toepassing op aanmerkelijkbelangaandelen die zijn verkregen. De aandelen mogen dan vijf jaar lang niet worden vervreemd. Hieronder vallen tevens fictieve vervreemdingen op grond van art. 4.16 Wet IB 2001. Een fictieve vervreemding kan zich voordoen wanneer de begunstigde een aandelenbelang verkrijgt dat kleiner is als 5%. Alsdan worden de aandelen in beginsel in box 3 belast.<sup>31</sup> Op grond van art. 35e lid 3 SW 1956 zijn de aanmerkelijkbelangbepalingen ook van toepassing verklaard op aandelen die bij de verkrijger worden gerekend tot zijn box 3 vermogen. Dit heeft tot gevolg dat (fictieve) vervreemdingen uit de aanmerkelijkbelangregeling voor deze situaties eveneens worden aangemerkt als een vervreemding. Vindt een vervreemding plaats binnen de vijfjaarperiode dan wordt de faciliteit alsnog ingetrokken.

In de vorige alinea is ingegaan op de aanmerkelijkbelangaandelen zelf. Deze mogen in essentie vijf jaar lang niet worden vervreemd. Verkrijgt de begunstigde de aandelen in de onderneming dan worden er tevens eisen gesteld aan de onderneming die binnen die vennootschap of dat lichaam wordt gedreven. Ook de onderneming moet voor een periode van vijf jaar worden voortgezet. Hieraan wordt niet voldaan wanneer de onderneming binnen de vijfjaarperiode geheel danwel gedeeltelijk gestaakt wordt of wanneer het lichaam een samenwerking aangaat waarin de onderneming wordt ingebracht.

Op het moment dat een ter beschikking gestelde onroerende zaak zoals bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 onderdeel uitmaakt van de verkrijging geldt ten aanzien van dit vermogensbestanddeel het voortzettingsvereiste. De onroerende zaak moet gedurende de voortzettingsperiode ter beschikking blijven staan aan de onderneming van de vennootschap waarin de aandelen direct of indirect zijn verkregen.<sup>32</sup> Op het moment dat de onroerende zaak wordt verkocht tijdens de voortzettingsperiode houdt de ter beschikking stelling aan de onderneming in beginsel op. De verkrijger kan alsnog aan het voortzettingsvereiste voldoen wanneer met de vrijgekomen liquide middelen binnen een periode van zes maanden wordt geherinveest in een soortelijke zaak. Op het moment dat de verkrijger de nieuwe onroerende zaak wederom ter beschikking stelt aan de betreffende vennootschap kan op grond van art. 10 lid 1 onderdeel f Uitv.reg. S&E alsnog worden voldaan aan de voortzettingseis.<sup>33</sup>

Op het moment dat binnen een voortzettingsperiode van vijf jaar niet meer aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan dient de hiervan melding te worden gemaakt middels een aangifte.<sup>34</sup> Dit dient binnen acht maanden na de gebeurtenis plaats te vinden. Door staking van de onderneming of verkoop daarvan kan een dergelijke situatie zich voordoen. Op dat moment wordt de faciliteit teruggenomen en is schenk- of erfbelasting alsnog verschuldigd over de verkrijging van het ondernemingsvermogen.

#### 6.3.5. *Formele aspecten*

In deze paragraaf zullen enkele formele aspecten rondom de BOR worden beschreven. De schenk- en erfbelasting is een aanslagbelasting. Hetgeen inhoudt dat de belastingplichtige een aangifte stellig, juist en zonder voorbehoud indient. De inspecteur beslist over de ingediende aangifte door een aanslag op te leggen. De heffing van belasting vindt plaats met toepassing van Hoofdstuk III Algemene wet inzake rijksbelastingen ("AWR"). In Hoofdstuk IV SW 1956 zijn nadere regels neergelegd aangaande de indiening van een aangifte erf-

---

<sup>30</sup> Art. 35e lid 1 SW 1965.

<sup>31</sup> Tenzij de verkrijger de doorschuifregeling heeft toegepast en de verkrijger een fictief aanmerkelijk belang heeft op grond van art. 4.11 Wet IB 2001.

<sup>32</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk en Erfbelasting*, Deventer, Wolters Kluwer 2021, onderdeel S&E.11.4.o.E (online, bijgewerkt 19-01-2021).

<sup>33</sup> In art. 10 Uitv.reg. S&E zijn overigens nog enkele situaties beschreven waarin formeel niet wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste maar de onderneming in economische zin wel wordt voortgezet. Hiertoe zijn in dit artikel enkele goedkeuringen opgenomen.

<sup>34</sup> Art. 35e lid 5 SW 1965.



en schenkbelasting, regels rondom de aanslagoplegging, de navorderingsaanslag en de procedure bezwaar en beroep.

Belastingplichtig voor de schenk- en erfbelasting is degene die krachtens schenking of erfrecht heeft verkregen. Op grond van art. 36 SW 1956 wordt de verkrijger aangemerkt als belastingplichtige. Het voorgaande ondanks het feit dat de schenk- en erfbelasting aangrijpt bij de woonplaats van de erflater of schenker.

De aangifte erfbelasting moet binnen acht maanden na het overlijden van de erflater worden ingediend.<sup>35</sup> Ingeval van een schenking moet de vereiste aangifte binnen twee maanden na afloop van het kalenderjaar waarin de betreffende schenking heeft plaatsgevonden zijn ingediend.<sup>36</sup>

Na indiening van de aangifte heeft de inspecteur drie jaar de om de aanslag op te leggen.<sup>37</sup> Ingeval van een overlijden begint deze termijn de dag na inschrijving van de overlijdensakte in de registers van de burgerlijke stand te lopen. Is sprake geweest van een schenking dan dient de aanslag binnen drie jaar na de dag van de schenking te zijn vastgesteld.

De regels voor bezwaar en beroep zijn neergelegd in Hoofdstuk V AWR en Hoofdstuk 7 Algemene wet bestuursrecht ("Awb") en zijn onverkort van toepassing op de schenk- en erfbelasting. Hetzelfde geldt voor de regels rondom navordering van belasting.<sup>38</sup>

### 6.3.6. Doorschuif- en betalingsregeling

Voor een goed begrip van de BOR dient ook aandacht te worden besteed aan de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en de betalingsregeling in de Invorderingswet. Deze aanpalende regelingen hebben allen hetzelfde doel, namelijk het faciliteren van bedrijfsopvolging. Per faciliteit gelden wel andere voorwaarden. De voorwaarden voor de doorschuifregelingen en de betalingsfaciliteit zijn iets soepeler vormgegeven in vergelijking tot de BOR in de SW. De reden hiervoor is dat in de laatstgenoemde faciliteit sprake is van afstel van belasting. Bij de doorschuifregelingen en de betalingsfaciliteit is sprake van uitstel van belastingheffing. In andere woorden, de fiscus behoudt haar claim op bijvoorbeeld de aanmerkelijkbelangaandelen.

In deze paragraaf zullen deze regelingen kort worden toegelicht.

#### 6.3.6.1. Doorschuifregeling in geval van overlijden

Om de doorschuifregeling in geval van vererving toe te kunnen passen dient te worden voldaan aan de voorwaarden zoals neergelegd in art. 4.17a Wet IB 2001. Het gaat om de volgende voorwaarden:

1. Er is sprake van een overgang krachtens erfrecht onder algemene titel of bijzondere titel (legaat), op voorwaarde dat het legaat binnen twee jaar is afgegeven.
2. De gezamenlijk belanghebbenden dienen een verzoek in bij de inspecteur die belast is met de aanslagoplegging van de erflater.<sup>39</sup>
3. De vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben drijft een onderneming in de zin van art. 3.2. Wet IB 2001 of houdt een medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 welke is ontstaan als gevolg van een gefaseerde bedrijfsopvolging.
4. De aandelen van de erflater behoorden niet tot een meetrek-aanmerkelijkbelang in de zin van art. 4.10 Wet IB 2001.
5. De te vererven aandelen kwalificeren niet als preferente aandelen. Met uitzondering van de situatie waarin de preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het geval van een gefaseerde bedrijfsopvolging.
6. De verkrijger is binnenlands belastingplichtig en deze verkrijger rekent de aandelen niet tot zijn ondernemingsvermogen.

<sup>35</sup> Art. 45 SW 1956. Op het moment dat de erflater een executeur heeft benoemd is deze op basis van art. 72 SW 1956 verplicht om de aangifte te doen.

<sup>36</sup> Art. 46 SW 1956.

<sup>37</sup> Art. 11 lid 3 AWR.

<sup>38</sup> Behoudens het feit dat het aanvangstijdstip van de termijnen voor de erf- en schenkbelasting afwijkt en er een onbeperkte navorderingstermijn geldt voor verzwegen buitenlands vermogen.

<sup>39</sup> Art. 26a Uitv.reg. IB 2001.

Vaak wordt een onderneming gedreven via een holdingstructuur. Formeel wordt dan niet voldaan aan de ondernemingseis, de derde voorwaarde. Art. 4.17a lid 5 Wet IB 2001 voorziet echter in een toerekeningsbepaling. Deze bepaling zorgt ervoor dat van iedere vennootschap waarin de erflater een aanmerkelijk belang (5% of meer) hield of een indirect aanmerkelijk belang (0,5% of meer) dat is verwaterd als gevolg van het overlijden, een schenking of door toepassing van het huwelijksvermogensrecht de activa en passiva aan de holdingmaatschappij mogen worden toegerekend. Daarna wordt op basis van een fictieve toerekeningsbalans beoordeeld of met de vennootschap een onderneming wordt gedreven.<sup>40</sup>

De doorschuifregeling kan alleen worden toegepast op het onderkende ondernemingsvermogen. Op basis van art. 4.17a lid 6 onderdeel b Wet IB 2001 mag 5% van het beleggingsvermogen worden toegerekend aan het ondernemingsvermogen.

De overdrachtsprijs van de aanmerkelijkbelangaandelen wordt op grond van art. 4.19 jo. art. 4.21 Wet IB 2001 gesteld op de waarde in het economisch verkeer. Voor zover sprake is van ondernemingsvermogen hoeft hierover niet te worden afgerekend. In tegenstelling tot beleggingsvermogen. Hier moet in box 2 over worden afgerekend. Op de voet van art. 4.17a lid 2 jo. art. 4.19 lid 2 Wet IB 2001 mag de gehele verkrijgingsprijs op het vervreemdingsvoordeel in mindering worden gebracht. Indien er nog een verkrijgingsprijs resteert schuift deze door naar de verkrijger van de aandelen op grond van art. 4.39a Wet IB 2001.

#### 6.3.6.2. *Doorschuiifregeling in geval van schenking*

De doorschuifregeling is op grond van art. 4.17c Wet IB 2001 ook van toepassing indien de onderneming wordt geschonken. Behoudens de eerste voorwaarde gelden de voorwaarden genoemd als in paragraaf 6.3.6.1. De toerekeningsregel is eveneens van toepassing.

Daarnaast geldt er een werknemers-eis. De verkrijger van de onderneming dient voor een periode van 36 maanden voorafgaand aan de schenking te kwalificeren als werknemer van die vennootschap, een werkmaatschappij of de houdstervenootschap. Er dient sprake te zijn van een dienstbetrekking als bedoeld in de Wet op de loonbelasting 1964.<sup>41</sup>

De doorschuifregeling kan worden toegepast voor zover art. 4.22 Wet IB 2001 is toegepast. Op het moment dat er naast de schenking sprake is van een tegenpresentatie ter verkrijging van de aanmerkelijkbelangaandelen kan ter zake van die tegenprestatie geen gebruik worden gemaakt van de doorschuifregeling. Daarbij mag de tegenprestatie zo veel als mogelijk worden toegerekend aan het beleggingsvermogen. Dit bewerkstelligt echter wel dat er in de basis wordt afgerekend over de tegenprestatie.<sup>42</sup>

Op de voet van art. 4.17c lid 2 jo. art. 4.19 lid 2 Wet IB 2001 mag de gehele verkrijgingsprijs op het vervreemdingsvoordeel in mindering worden gebracht. Indien er nog een verkrijgingsprijs resteert schuift deze door naar de verkrijger van de aandelen op grond van art. 4.39c Wet IB 2001.

#### 6.3.6.3. *De betalingsregeling in de Invorderingswet*

De wetgever heeft in aanvulling op de doorschuifregelingen ook nog voorzien in betalingsregelingen. Er zijn twee belangrijke faciliteiten in dit kader:

- voor de erf- of schenkbelasting die verschuldigd is over het niet-vrijgestelde deel kan voor een periode van tien jaar rentedragend uitstel worden verkregen.<sup>43</sup>
- voor de erfbelasting die wordt toegerekend aan onderbedelingsvordering(en) op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen kan voor een periode van tien jaar rentedragend uitstel worden verkregen.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Art. 4.17a lid 7 Wet IB 2001 schrijft voor dat het aandelenbelang in een ander lichaam niet tot het ondernemingsvermogen mag worden gerekend.

<sup>41</sup> Art. 26d Uitv.reg. IB 2001.

<sup>42</sup> Art. 4.17c lid 2 Wet IB 2001. Is het beleggingsvermogen hoger dan de tegenprestatie, dan moet over het beleggingsvermogen worden afgerekend.

<sup>43</sup> Art. 35b lid 2 SW 1956 jo. art. 25 lid 12 Invorderingswet 1990.

<sup>44</sup> Art. 25 lid 13 Invorderingswet 1990.

Het uitstel wordt beëindigd wanneer de verkrijger niet langer voldoet aan het voortzettingsvereiste. Dat kan voorkomen in geval van faillissement, schuldsanering, verkoop of wanneer de vordering wordt voldaan.<sup>45</sup>

#### **6.4. Ondernemen versus beleggen**

In paragraaf 6.3.2 is reeds benoemd dat de BOR alleen van toepassing is op ondernemingsvermogen. Een projectontwikkelaar die tevens een deel van de onroerende zaken aanhoudt ter verhuur zal zich in de regel op het standpunt stellen dat hij met het geheel van zijn vermogen een 'onderneming' drijft. In de inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt anders tegen het begrip ondernemen aangekeken. In deze paragraaf wordt inzicht gegeven in het onderscheid tussen ondernemen en beleggen in fiscale zin.

##### **6.4.1. Het ondernemingsbegrip**

De BOR is van toepassing op ondernemingsvermogen dat valt onder de toepassing van art. 35c lid 1 SW 1956. Met ingang van 1 januari 2010 dient de beoordeling of sprake is van een (gedeeltelijke) onderneming plaats te vinden volgens de regels die zijn neergelegd in art. 3.2 Wet IB 2001. Dit is het ondernemingsbegrip dat van toepassing is op de IB-ondernemer. Hiermee wordt geborgd dat, ongeacht de rechtsvorm, de onderliggende activiteiten onderneming worden getoetst aan de ondernemingscriteria.

Volgens art. 3.2 Wet IB 2001 behoort tot de belastbare winst uit onderneming het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige geniet als ondernemer uit een of meer ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Of sprake is van een materiële onderneming voor de IB (of de Vpb) wordt beoordeeld aan de hand van de hierna te bespreken voorwaarden. De Hoge Raad definieert een materiële onderneming als een organisatie van arbeid en kapitaal die middels deelname aan het economische verkeer winst nastreeft.<sup>46</sup> Inmiddels is deze visie door de Hoge Raad meermaals bevestigd is diverse arresten.<sup>47</sup>

In de context van vastgoed is het van belang om vast te stellen wanneer sprake is van een materiële onderneming. Dit blijft, gezien de vele jurisprudentie, een zeer feitelijke exercitie. In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat indien het totaal van werkzaamheden zowel kwalitatief als kwantitatief van een zodanige aard is dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer er sprake is van een (materiële) onderneming. De aard en omvang van de werkzaamheden dient dus zodanig te zijn dat dit de grens van normaal vermogensbeheer overschrijdt. Op basis van onder meer de eerder aangehaalde jurisprudentie is uitgekristalliseerd wanneer sprake is van een bron van inkomen. Hiervan is sprake indien cumulatief is voldaan aan de drie voorwaarden:

- 1. Er is sprake van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid;*

Of sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid dient te worden vastgesteld aan de hand van verschillende factoren, zoals bijvoorbeeld de omvang van de organisatie, het aantal medewerkers, het aanwezige kapitaal en de duurzaamheid van de werkzaamheden.

In de praktijk wordt bij reguliere ondernemingsactiviteiten aan dit criterium vrij snel voldaan, bij een activiteit van enige omvang is in de regel een arbeidselement betrokken en wordt kapitaal ingezet. Overigens merk ik op dat eveneens sprake moet zijn van een vorm van duurzaamheid bij de uitoefening van een bepaalde activiteit.

In de context van vastgoedexploitatie en verhuur is het arbeidselement wel meer bepalend. Op het moment dat de belastingplichtige zich (duurzaam) bezighoudt met projectontwikkeling of het verhandelen van onroerende zaken dan zal worden voldaan aan het arbeidselement (en veelal is dan ook sprake van een onderneming). Met betrekking tot de verhuur van vastgoed ligt dat gecompliceerder aangezien het arbeidselement dan meer moet omvatten dan normaal vermogensbeheer. Hier zal in de volgende paragraaf meer uitgebreid op worden ingegaan.

---

<sup>45</sup> Art. 35e SW 1956 jo. art. 25 lid 12 en 13 Invorderingswet 1990.

<sup>46</sup> HR 21 mei 1958, 13 547, ECLI:NL:HR:1958:AY1811, BNB 1958/212.

<sup>47</sup> HR 28 februari 1990, 26288, ECLI:NL:HR:1990:AW2756, BNB 1990/107, HR 21 april 1993, 28257, ECLI:NL:HR:1993:ZC5328, BNB 1993/187, HR 7 februari 1996, 30953, ECLI:NL:HR:1996:AA1890, BNB 1996/116 en HR 27 februari 2009, 07/11414, ECLI:NL:HR:2009:BH4101, VN 2009/18.27.

## 2. *Er is sprake van deelname aan het economisch verkeer; en*

Het begrip ‘deelname economisch verkeer’ is geen wettelijk gedefinieerd fiscaal begrip, maar een open norm. In de jurisprudentie wordt deelname aan het economisch verkeer aangenomen, indien activiteiten worden verricht buiten de eigen kring en ten behoeve van individuele afnemers. Er dient een individuele aanwijsbare tegenpresentatie te zijn.

Slechts in sporadische gevallen kan door een (potentieel) belastingplichtige worden betoogd dat niet aan dit criterium is voldaan, bijvoorbeeld wanneer de betrokken prestatie slecht binnen de eigen kring plaatsvindt.<sup>48</sup> Een ander voorbeeld betreft het aanbieden van een zuiver collectief goed<sup>49</sup> of wanneer geen sprake is van een af te zonderen prestatie aan een individuele afnemer tegen een daarop betrekking hebben prijs.<sup>50</sup> In relatie tot vastgoed in de brede zin zal hier geen sprake van zijn.

## 3. *Er is sprake van een winststreven.*

Het laatste criterium betreft het ‘winststreven’. Dit criterium valt uiteen in twee onderdelen, het ‘winststreven’ en het ‘in concurrentie treden’. Ter zake van het winststreven is het niet van belang of al dan niet naar winst wordt gestreefd. Indien een rechtspersoon structureel overschotten behaald, wordt geacht aan het winstoogmerk te zijn voldaan.

Het gaat er bij het beoordelen van het winstoogmerk om de vraag en tevens de objectieve verwachting of met een bepaalde activiteit over meerdere jaren positieve resultaten behaald worden. In de basis zijn de commerciële cijfers leidend voor een dergelijke analyse. Wel mag er een correctie worden aangebracht voor evidente fiscale verschillen.

Is sprake van structurele overschotten dan is voldaan aan dit criterium. Worden geen structurele overschotten behaald dan wordt het concurrentie-criterium relevant. Op het moment dat van structurele winst geen sprake is kan de activiteit als zodanig alsnog belastingplichtig zijn op het moment dat vastgesteld wordt dat in potentie in concurrentie wordt getreden.<sup>51</sup> Van potentiële concurrentie is sprake indien de activiteiten worden verricht ten koste van het debiet van private ondernemingen. Wel dient dan sprake te zijn enige winspotentie.<sup>52</sup> Hiervan is blijkens de jurisprudentie sprake indien een particulier hier een ‘bescheiden bestaan’ aan kan ontleen.<sup>53</sup> Wordt structureel verlies geleden dan is geen sprake van een onderneming, omdat niet is voldaan aan het winstoogmerk.

Is voldaan aan de bovenstaande cumulatieve criteria dan is sprake van een onderneming voor de IB of de Vpb. Wordt aan één van deze voorwaarden niet voldaan, dan is de betreffende activiteit niet-onderworpen aan de IB of Vpb.

### 6.4.2. *Werkzaamheid*

Niet in alle gevallen zal de conclusie kunnen worden getrokken dat sprake is van een onderneming in geval sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Er kan namelijk ook sprake zijn van een ‘werkzaamheid’. Bij een werkzaamheid moet gedacht worden aan een activiteit welke het verrichten van enige vorm van arbeid vereist, welke plaatsvindt in het economisch verkeer en die tevens gericht is op het behalen van financieel voordeel. Voorts is deze activiteit niet aan te merken als ‘winst uit onderneming’ of ‘loon uit dienstbetrekking’. Het kenmerkende verschil tussen een werkzaamheid en een onderneming betreft het duurzaamheidselement. Een onderneming heeft een duurzaam karakter, terwijl er bij een werkzaamheid veelal wordt uitgegaan van een incidentele bate. Illustratief in dit kader van het verrichten van diensten of vermogenstransacties. Bijvoorbeeld

<sup>48</sup> Kamerstukken 34 003, nr. 13, Brief van de staatssecretaris van Financiën, d.d. 18 december 2014, DB/2014/53, p. 2.

<sup>49</sup> Kamerstukken 34 003, nr. 3, p. 12.

<sup>50</sup> Bijvoorbeeld: het ophalen van huishoudelijk afval door gemeenten, het heffen van rijksbelastingen of watersysteembeheer. Kamerstukken 34003, nr. 13, brief van de staatssecretaris van Financiën, d.d. 18 december 2014, DB 2014/53.

<sup>51</sup> Art. 4 Wet Vpb 1969.

<sup>52</sup> Kamerstukken II 2014-2015, 34 003, nr. 3, p. 13-14.

<sup>53</sup> Kamerstukken II 2014-2015, 34 003, nr. 6, p. 15.

door het verwerven van een onroerende zaak waarbij met een arbeidsinspanning een voorzienbaar voordeel wordt verworven.<sup>54</sup>

Volledigheidshalve merk ik op dat een belangrijke wettelijke bepaling in voornoemd kader art. 3:91 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001 betreft. Deze bepaling merkt als resultaat overige werkzaamheden de volgende activiteiten aan:

- Het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer, te buiten gaat, zoals bij het uitponden van onroerende zaken; en
- Het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhouden of andere aanpassingen aan een zaak.

Een resultaat uit overige werkzaamheden leidt vanuit fiscaal perspectief tot het minst aantrekkelijke scenario. De winst is namelijk hoog belast tegen de tarieven van box 1, maar zgn. ondernemingsfaciliteiten blijven buiten het bereik van de belastingplichtige. Ook is de BOR in de erf- en schenkbelasting niet van toepassing. Overigens kan het in relatie tot vastgoed zo zijn dat tijdens de ontwikkelperiode sprake is van een onderneming, maar tijdens de verhuurperiode niet meer. De Hoge Raad heeft deze visie bevestigd op 29 mei 1996.<sup>55</sup>

#### 6.4.3. Normaal vermogensbeheer versus meer dan normaal vermogensbeheer

In paragraaf 6.4.1 is uiteengezet onder welke omstandigheden in beginsel sprake is van een onderneming. Bij beleggen of verhuur van onroerend goed is veelal sprake van vermogensbeheer. De grens tussen vermogensbeheer en ondernemerschap bij onroerende zaken is door de Hoge Raad nauwkeurig geformuleerd.<sup>56</sup> Het betrof een casus waarin een verhuurder van 18 kamers zelf de schoonmaak- en onderhoudswerkzaamheden verrichtte. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat geen sprake is van normaal vermogensbeheer bij persoonlijke arbeid verricht door de eigenaar van de onroerende zaak:

*“indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid die de eigenaar zelf verricht, en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaak, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat.”*

Als het gaat om de kwalificatie normaal vermogensbeheer is dus sprake van een mate van arbeid die ten doel heeft om een regulier beleggingsrendement te behalen. De factor arbeid is dus dermate beperkt dat niet kan worden voldaan aan het eerste ondernemingscriterium, een organisatie van kapitaal en arbeid. A contrario is dus sprake van ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ wanneer de betreffende arbeid van een dusdanige aard en omvang is dat deze meer omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer én deze arbeid onmiskenbaar het doel heeft om een hoger rendement te realiseren dan normaliter gerealiseerd wordt in het geval van normaal vermogensbeheer. Anders gezegd, er dient sprake te zijn van “Arbeid+”, “Rendement+” en “de onmiskenbare intentie om een dergelijk rendement te behalen”. Deze zienswijze is door de Hoge Raad bevestigd in haar arrest van 15 april 2016 in een BOR-casus.

De Rechtbank Gelderland heeft de invulling van de criteria Arbeid+ en Rendement+ recentelijk als volgt verwoord.<sup>57</sup> De rechtbank merkt op de arbeid in de terminologie van het eerste ondernemingscriterium, ‘organisatie van kapitaal en arbeid’, niet hetzelfde betekent als de arbeid die gemeoid is met het beheren van vermogen. Met betrekking tot de Rendement+-eis stelt de rechtbank voorop dat het moet gaan om het *nagestreefde* rendement en niet om het *gerealiseerde* rendement. Zij voegt daaraan toe dat het gerealiseerde rendement licht kan werpen op de aard en de omvang van het nagestreefde rendement en de vraag of de verrichte werkzaamheden erop zijn gericht dit te behalen.

In het arrest van 29 augustus 1984 heeft de HR geoordeeld dat naast zaken die onmiddellijk voor het drijven van een onderneming worden gebruikt ook zaken kunnen behoren welke hiermee in een verder verwijderd

<sup>54</sup> Het voordeel moet dan meer behelzen dan een algemeen bekende omstandigheid, omdat verondersteld wordt dat die algemeen bekende omstandigheid reeds in de aankoop prijs zal zijn verdisconteerd.

<sup>55</sup> HR 29-05-1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, BNB 1996/232 (noot J.W. Zwemmer).

<sup>56</sup> HR 17 augustus 1994, 29 755, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319 (noot Van Dijk).

<sup>57</sup> Rechtbank Gelderland 1 oktober 2020, nr. AWB – 18/2347, ECLI:NL:RBGEL:2020:5250.

verband staan.<sup>58</sup> Op 10 maart 2017 heeft de HR uitspraak gedaan in een BOR-casus inzake dezelfde etiketteringsproblematiek.<sup>59</sup> Een van de deelvragen was of met het gehele vermogen een onderneming werd gedreven. De stelling van de verkrijger was namelijk dat de ontwikkelings- en verhuuractiviteiten dienstbaar zijn aan elkaar en zo nauw met elkaar verweven zijn dat het gehele vermogen zou moeten kwalificeren als ondernemingsvermogen en aldus sprake is van één onderneming. De HR verwerpt deze stelling omdat niet aannemelijk is gemaakt dat ten aanzien van de verhuuractiviteiten is voldaan aan de Arbeid+ en de Rendement+ toetsen. Hierdoor worden de verhuuractiviteiten aangemerkt als beleggingsvermogen. Voor zowel de projectontwikkelings- als de verhuuractiviteiten dient deze toets separaat te worden aangelegd. Dat hoeft overigens niet in alle gevallen zo te zijn. Op grond van de etiketteringsrechtspraak zijn er enkele voorbeelden waarbij een, strikt genomen, beleggingspand toch wordt gekwalificeerd als ondernemingsvermogen. Het gaat om de situatie waarin een bedrijfspand in eigen gebruik vervolgens wordt verhuurd<sup>60</sup>, het meegekochte beleggingspand bij een koppelaankoop<sup>61</sup> of beleggingsvastgoed dat dient ter versteviging van het garantievermogen van het bedrijf.<sup>62</sup>

Op 12 maart 2020 is in een vergelijkbare casus door Het Hof Amsterdam over deze problematiek uitspraak gedaan.<sup>63</sup> In de uitspraak van Hof Amsterdam wordt overwogen dat voor de toepassing van de BOR moet worden beoordeeld of met de betrekking tot de verhuuractiviteiten op zichzelf bezien een onderneming wordt gedreven. Een zelfstandige beoordeling van activiteiten vormt het uitgangspunt. Daar voegt het Hof aan toe dat de verhuuractiviteiten in hun geheel moeten worden bezien.<sup>64</sup> In de Hofuitspraak wordt voorts overwogen ten aanzien van het Arbeid+ criterium:

‘dat de enkele omstandigheid dat het om een zeer omvangrijke vastgoedportefeuille gaat, ten aanzien waarvan een professionele organisatie is ingericht met meer dan veertig werknemers, op zichzelf nog niet meebrengt dat er sprake is van een onderneming, noch dat de voor de verhuuractiviteiten verrichte werkzaamheden als ‘arbeid-plus’ kwalificeren.’<sup>65</sup>

In de feitelijke beoordeling van de argumenten van belanghebbende stelt het Hof vast dat de door belastingplichtige verrichte werkzaamheden ‘in het verlengde liggen van het beheer van onroerende zaken’<sup>66</sup>, kwalificeren als ‘instandhoudingswerkzaamheden’<sup>67</sup>, en ‘nauw verband houden met het kunnen verhuren van de onroerende zaken.’<sup>68</sup> In andere woorden, het beheren van een grote vastgoedportefeuille vergt veel tijd en arbeid, echter de daarmee gepaard gaande activiteiten overstijgen niet de grens van normaal vermogensbeheer daar zij meer op instandhouding zijn gericht.

In relatie tot de Rendement+ toets en de intentie daartoe geeft het Hof aan dat een vergelijking met de IPD-index een terechte vergelijking is.<sup>69</sup> Volgens het Hof moeten de behaalde indirecte rendementen buiten beschouwing worden gelaten, aangezien hier de autonome marktwerking in tot uitdrukking komt en derhalve niet kan worden gerelateerd aan de additionele arbeid verricht door belastingplichtige. Het Hof merkt tevens op dat niet kan worden volstaan met de verwijzing dat een hoger rendement is behaald dan de IPD-index. Expliciet aannemelijk gemaakt dient te worden dat dit gemiddeld hogere rendement werd beoogd en nagestreefd.

<sup>58</sup> HR 29 augustus 1984, 22.329, ECLI:NL:HR:1984:AW8456, BNB 1985/15.

<sup>59</sup> HR 10 maart 2017, 16/04190, ECLI:NL:HR:2017:396, NLF 2017/0661, met noot van De Beer.

<sup>60</sup> HR 29 augustus 1997, 32.301, ECLI:NL:HR:1997:AA2251.

<sup>61</sup> HR 29 juni 2012, 11/03295, ECLI:NL:HR:2012:BV8954.

<sup>62</sup> HR 29 augustus 1984, 22.329, ECLI:NL:HR:1984:AW8456, BNB 1985/15.

<sup>63</sup> Hof Amsterdam 12 maart 2020, nr. 18/00446, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168. Overigens komt deze casus in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde.

<sup>64</sup> Een overweging die lijkt te zijn afgeleid van HR 6 februari 2015, 13/06204, ECLI:NL:HR:2015:220. De Hoge Raad casseerde hier dat bij de bepaling van de een resultaat overige werkzaamheid ter zake van een ontwikkeld appartementencomplex de werkzaamheid voortduurt tot het moment dat het pand gereed is voor verhuur danwel verkoop.

<sup>65</sup> Hof Amsterdam 12 maart 2020, nr. 18/00446, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168, r.o. 4.7.4.

<sup>66</sup> Hof Amsterdam 12 maart 2020, nr. 18/00446, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168, r.o. 4.7.6.

<sup>67</sup> Hof Amsterdam 12 maart 2020, nr. 18/00446, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168, r.o. 4.7.7.

<sup>68</sup> Hof Amsterdam 12 maart 2020, nr. 18/00446, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168, r.o. 4.7.9.

<sup>69</sup> Investment Property Databank Index. Een maandelijks index van de vastgoedprestaties die de ontwikkeling van winkel-, kantoor- en industrieel vastgoed volgt. De index bevat gegevens over feitelijke vastgoedtransacties van institutionele beleggers en vastgoedondernemingen.

Brouwers heeft in zijn noot in NLFiscaal hier enkele relevante opmerkingen bij geplaatst.<sup>70</sup> Met betrekking tot de beoordeling van een combinatie van ontwikkelings- en verhuuractiviteiten staat vast dat in principe een zelfstandige beoordeling dient plaats te vinden. Veelal voeren belastingplichtigen aan dat beide activiteiten dusdanig met elkaar verwerven zijn dat het geheel van ontwikkelings- en verhuuractiviteiten kwalificeert als één onderneming. Dit standpunt wordt in de literatuur ook wel verdedigd door Rozendal.<sup>71</sup> In zijn ogen behoort verhuurd vastgoed op grond van het leerstuk van vermogensetikettering alleen dan niet tot het ondernemingsvermogen indien het geen enkele functie vervult in de onderneming. Daarvan zou niet snel sprake zijn en hij voert als voorbeeld aan een vastgoedvennootschap risicovolle projectontwikkelingsactiviteiten financiert met de middelen die afkomstig zijn van de verhuurde objecten. Op basis van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie kan inmiddels gesteld worden dat dit standpunt achterhaald is.

#### 6.4.4. Enkele kanttekeningen

De vraag of in het geval van een onderneming gedreven via een BV welke zowel projectontwikkelings- als verhuuractiviteiten verricht sprake is van een onderneming dient beantwoord te worden aan de hand van de feiten en omstandigheden van het betreffende geval. Ten tijde van de aanpassingen van de BOR in 2009 is dit onderwerp diverse malen aan de orde gekomen. Steeds heeft de staatsecretaris volstaan met het antwoord dat de uitkomst van deze vraag afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het betreffende geval.<sup>72</sup> Bewust wordt vaag gehouden wanneer sprake is van een onderneming. Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich in de Vpb namelijk de het FBI-regime, waarbij beleggen (verhuur) het uitgangspunt vormt en dit beperkt de speelruimte vanzelfsprekend.

Op het moment dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer benoem ik volledigheidshalve dat niet per se sprake hoeft te zijn van een materiële onderneming. Ook kan sprake zijn van een resultaat overige werkzaamheid. Voor de bepaling van de winst in de Vpb, bijvoorbeeld wanneer een onderneming wordt gedreven via een BV, is dit niet relevant. Voor de BOR is dit wel een relevant onderscheid.<sup>73</sup>

Met betrekking tot de combinatie projectontwikkelings- en verhuuractiviteiten verricht binnen een vennootschap is in de basis een separate benadering van de ondernemingstoets aan de orde. De omvang van beide activiteiten is daarbij in beginsel niet relevant. Etikettering van verhuurde onroerende zaken als ondernemingsvermogen is slechts dan aan de orde wanneer de verhuuractiviteiten te kwalificeren zijn als ondernemingsactiviteit. Onder specifieke omstandigheden is het mogelijk dat een bepaalde verhuurde onroerende zaak alsnog kwalificeert als ondernemingsvermogen. De Hoge Raad heeft reeds in 1984 beslist dat verhuurde onroerende zaken kunnen kwalificeren als ondernemingsvermogen indien zij dienen ter versteviging van de onderneming en een garantiefunctie vervullen binnen diezelfde onderneming.<sup>74</sup> De verhuurde onroerende zaken moeten dan ook ten gelde gemaakt kunnen worden. De huurinkomsten kunnen dan dienen ter financiering van de lopende kosten, te verwachten investering voor de projectontwikkelingsactiviteiten, ter dekking van de risico's en instandhouding van reserves. Later heeft de Hoge Raad in een zaak waarbij een projectontwikkelaar de ontwikkelde onroerende zaak heeft bestemd voor zijn eigen verhuurportefeuille als volgt geoordeeld<sup>75</sup>:

“Indien een ondernemer het gebruik ten behoeve van de onderneming van een tot zijn ondernemingsvermogen behorend gebouw beëindigt, en het gebouw geheel of nagenoeg geheel bestemd tot verhuur, staat het hem vrij dit gebouw ook in volgende jaren tot zijn ondernemingsvermogen te rekenen.”

In andere woorden, op basis van de vermogensetiketteringsregels mag de ondernemer het verhuurde pand dus toerekenen aan zijn ondernemingsvermogen. Er is dan sprake van keuzevermogen en daarmee valt dit dus binnen de reikwijdte van de BOR. Toevoeging verdient wel de situatie waarbij in de inkomstenbelasting

<sup>70</sup> NLFiscaal 2020/1171.

<sup>71</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en de etikettering van vastgoed', FBN 2020/2.

<sup>72</sup> Zie onder meer: Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 96; Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24-25 en 27; Kamerstukken II 2009/10, nr. 32 129, nr. 3, p. 43; Kamerstukken II 2009/10, nr. 31 705, nr. 23, p. 13-15.

<sup>73</sup> Als gevolg van de toerekeningsbepalingen van art. 4.17a lid 5 Wet IB 2001 en art. 35c lid 5 SW.

<sup>74</sup> HR 29 augustus 1984, 22.329, ECLI:NL:HR:1984:AW8456, BNB 1985/15.

<sup>75</sup> HR 29 augustus 1997, nr. 32 301, ECLI:NL:HR:1997:AA2251, BNB 1997/347.

geoordeeld is over een situatie waarbij sprake was van een resultaat overige werkzaamheid.<sup>76</sup> Het gaat daarbij om de volgende passage:

“Indien een werkzaamheid van een belastingplichtige bestaat in een project ter realisering van een complex van appartementen, teneinde deze te gaan verkopen dan wel te verhuren, heeft te gelden dat deze werkzaamheid voortduurt zolang het beoogde resultaat — de verkoop of de aanwending ter belegging van de binnen het project voortgebrachte onroerende zaken — niet is bereikt. Bij de beëindiging van de werkzaamheid moeten de vermogensbestanddelen die ter belegging worden aangewend tegen de waarde in het economische verkeer worden overgebracht naar het privévermogen van de belastingplichtige.”

In deze situatie was sprake van een resultaat uit overige werkzaamheid, waarbij de onroerende zaak de werkzaamheid vormde. Dit in tegenstelling tot BNB 1997/347 waarbij de projectontwikkelingsactiviteiten de onderneming vormen. Is in een situatie van ROW sprake van verhuur, dan eindigt daarmee de werkzaamheid en vormt de onroerende zaak verplicht beleggingsvermogen. Volgens Rozendal is dit een voldoende onderscheid tussen de twee situaties om een andere (fiscale) uitkomst te rechtvaardigen.<sup>77</sup>

Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich de jurisprudentie in rondom de fiscale beleggingsinstelling ('FBI'). De activiteiten van FBI's dienen juist als beleggen te kwalificeren willen zij hun status behouden en daarmee een onder andere Vpb-tarief van 0% behouden. In een recente uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch is geoordeeld dat het FBI-regime niet van toepassing is op een Duits Immobiliën-Sondervermogen.<sup>78</sup> In relatie tot het begrip beleggen merkt het Hof op dat om als fiscale beleggingsinstelling in de zin van art. 28 Wet Vpb 1969 te kunnen worden aangemerkt zowel het statutaire doel als de feitelijke werkzaamheden moeten bestaan uit het beleggen van vermogen.<sup>79</sup> Een beleggingsinstelling moet worden beschouwd als een verlengstuk van een particuliere belegger en daarmee komt beleggen door een beleggingsinstelling overeen met hetgeen daaromtrent wordt verstaan bij een particuliere belegging. Van beleggen is sprake indien het bezit van vermogensbestanddelen is gericht op het verkrijgen van een waardeinstijging en rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Van beleggen is derhalve geen sprake indien een beleggingsinstelling risico's heeft aanvaard die een particuliere belegger met een zelfde vermogenspositie in het kader van normaal vermogensbeheer niet zou hebben aanvaard.<sup>80</sup> In een zeer uitgebreide feitelijke analyse van de activiteiten gaat het uiteindelijk om de vraag of de grens van beleggen is overschreden in een aantal omvangrijke projecten. Dit is volgens het Hof niet het geval:

“Zoals vermeld onder 4.13 is bij beleggen sprake van een open norm die dynamisch geacht wordt mee te groeien met de maatschappelijke ontwikkelingen. Naar het oordeel van het hof kunnen niet alle beleggers over één kam worden geschoren. Belanghebbende is een zeer grote institutionele belegger, die doorgaans ook in (zeer) grote projecten belegt. De projecten [project 1], [project 3] en [project 2] zijn daar voorbeelden van. Bij dergelijke projecten zal de projectontwikkelaar hechten aan een betrouwbare, kapitaalkrachtige belegger die voldoende zekerheid biedt voor de uiteindelijke afname en exploitatie. Belanghebbende is zo'n belegger. Een grote belegger als belanghebbende zal, gelet op de omvang van diens investering, enige betrokkenheid bij en zeggenschap in het project willen hebben of ten minste een vinger aan de pols willen houden. Naar het oordeel van het hof kan dan niet worden gezegd dat de grenzen van beleggen worden overschreden. Het maakt daarbij niet uit of de betrokkenheid/zeggenschap in een vroegtijdig (ontwerp)stadium plaatsvindt of tijdens de bouwfase.”<sup>81</sup>

De aard en omvang van de belegger is een factor om rekening mee te houden in de vaststelling of sprake is van beleggen. Dat kan onder omstandigheden dan ook betekenen dat in bepaalde projecten wel serieuze bemoeienis van de belegger gerechtvaardigd is die alsnog niet leidt tot de kwalificatie meer dan normaal vermogensbeheer. Dat wordt door het Hof samengevat in de volgende zinsnede:

“Omstandigheden zoals het goedkeuren van de keuze van de architect, het ontwerp, het bestek, de installaties, het materiaal of het afwerkingsniveau, het uitvoeren van een due diligence onderzoek op het ontwerp en het doen van

<sup>76</sup> HR 6 februari 2015, nr. 13/06204, ECLI:NL:HR:2015:220, V-N 2015/10.12.

<sup>77</sup> A. Rozendal, “Vermogenssetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingsituaties”, WFR 2018/53, par. 3.3.1.

<sup>78</sup> Hof 's-Hertogenbosch, 03-09-2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2629, V-N Vandaag 2021/2086.

<sup>79</sup> Art. 28 lid 2 en 3 Wet Vpb 1969.

<sup>80</sup> Hof 's-Hertogenbosch, 03-09-2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2629, V-N Vandaag 2021/2086, 4.12.

<sup>81</sup> Hof 's-Hertogenbosch, 03-09-2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2629, V-N Vandaag 2021/2086, 4.35.



voorstellen om het ontwerp/bestek te wijzigen, het deel uitmaken van een stuurgroep, het houden van toezicht, etc. kunnen naar het oordeel van het hof, elk afzonderlijk en alles bijeengenomen, voor een belegger als belanghebbende, worden aangemerkt als feitelijke beleggingswerkzaamheden.”

Het feit dat in de basis sprake is van beleggen betekent niet dat geen sprake kan zijn van ondernemen. De vervolgvraag waar de grens van die betrokkenheid en zeggenschap uiteindelijk ligt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De mate van zeggenschap en betrokkenheid dienen daarbij ook te worden beoordeeld in relatie tot de aard en omvang van de belastingplichtige.

## **7. De arresten van 18 juni 2021 in meer detail**

### **7.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de arresten van 18 juni 2021. De Hoge Raad heeft uitspraak gedaan in een casus waarbij de erfgenamen het niet eens konden worden met de Belastingdienst over de omvang van de materiële onderneming en daarmee de omvang van de toepassing van de BOR.

In dit hoofdstuk zal de rechtsgang worden beschreven, zullen de feiten en omstandigheden uitgebreid worden beschreven en zal worden beschreven hoe de diverse gerechtelijke instanties over de problematiek hebben geoordeeld. Met name de laatste feitelijk instantie, het Hof Amsterdam, is van belang voor de beoordeling van de feiten en omstandigheden in de zaak. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een vergelijking en toetsing van de theorie zoals deze het vorige hoofdstuk aan bod is gekomen.

### **7.2. Procesverloop**

De zaak is gevoerd namens de vijf erfgenamen. De erfgenamen hebben een deel van een onderneming geërfd. Die onderneming houdt zich onder andere bezig met vastgoedverhuur en projectontwikkelingsactiviteiten. De erfgenamen hebben zich op het standpunt gesteld dat met het gehele ondernemingsvermogen een onderneming wordt gedreven in materiële zin. De Belastingdienst is het hier niet mee eens en heeft, in essentie, slechts de projectontwikkelingsactiviteiten tot het ondernemingsvermogen gerekend voor toepassing van de BOR bij overlijden.

De erfgenamen hebben met dagtekening van 27 oktober 2015 een aanslag erfbelasting opgelegd gekregen. Hiertegen zijn de erfgenamen in bezwaar gegaan en de inspecteur heeft op 7 juni 2016 uitspraak gedaan op bezwaar. In de loop van 2018 is de procedure bij de Rechtbank Noord-Holland aanhangig gemaakt.<sup>82</sup> Op 26 juni 2018 heeft de Rechtbank uitspraak gedaan en grotendeels beslist in het nadeel van de belastingplichtigen. De erfgenamen hebben beroep tegen deze uitspraak van de Rechtbank ingesteld en op 12 maart 2020 heeft het Gerechtshof Amsterdam uitspraak gedaan.<sup>83</sup> Hoewel de erfgenamen op een minimaal punt in het gelijk worden gesteld, blijft de beslissing van de Rechtbank in de basis overeind. Tegen deze uitspraak stellen de erfgenamen een cassatieberoep in bij de Hoge Raad. Voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad schrijft A-G IJzerman over de vraag in hoeverre de waarde van verkregen aandelen toerekenbaar is aan een vastgoedonderneming, voor toepassing van de BOR in de SW 1956. De conclusie is op 23 december 2020 gepubliceerd.<sup>84</sup> Op 18 juni 2021 casseert de Hoge Raad in de vijf genoemde zaken, stelt de erfgenamen in het ongelijk en verwijst de zaak ter verdere behandeling door naar het Gerechtshof Den Haag.<sup>85</sup>

### **7.3. De relevante feiten en omstandigheden**

De belangrijkste feiten en omstandigheden zullen hieronder puntsgewijs worden opgesomd.<sup>86</sup>

- Eiseres is de dochter van de erflaatster en tezamen met vier andere familieleden van de erflaatster (hierna gezamenlijk: “de erven”) voor gelijke delen gerechtigd tot de nalatenschap van de erflaatster.
- Erflaatster heeft de certificaten van de aandelen in handen gekregen na de scheiding met haar echtgenoot. Het gaat om de aandelen in drie bedrijven, welke hierna worden aangeduid als A bedrijf.
- A bedrijf houdt zich bezig met de ontwikkeling en verhuur van vastgoed. Dit zijn de kernactiviteiten van de onderneming. Op het moment van het instellen van het beroep had de onderneming ongeveer 42 medewerkers in dienst. De onderneming is onderverdeeld in de volgende afdelingen:
  - Financiën: 14 medewerkers;
  - Juridische zaken: 2 medewerkers;
  - Secretariaat: 2 medewerkers;
  - Makerlaardij/ commercieel: 8 medewerkers;
  - Marketing: 1 medewerker;
  - Projectontwikkeling: 4 medewerkers; en

<sup>82</sup> Rb. Noord-Holland 18 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635.

<sup>83</sup> Hof Amsterdam, 12 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168.

<sup>84</sup> Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2020:1205, bij HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:951, ECLI:NL:HR:2021:952, ECLI:NL:HR:2021:953, ECLI:NL:HR:2021:954, ECLI:NL:HR:2021:955, met annotatie van Corné Brouwers (NLF 2021/0202).

<sup>85</sup> HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:951, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:952, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:953, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:954, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:955.

<sup>86</sup> Hof Amsterdam, 12 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168, r.o. 2.1.

- Technisch beheer: 10 medewerkers.
- De vastgoedportefeuille bestaat uit circa 300 objecten en ongeveer 2800 verhuurbare eenheden.
- De waarde van de nalatenschap, de onderneming en andere kritische gegevens zijn geanonimiseerd.
- De erven hebben zich op het standpunt gesteld dat de vennootschappen met hun volledige vermogen een materiële onderneming drijven waardoor de BOR van toepassing is op de gehele waarde van de vererving van de certificaten van aandelen.
- In de bezwaarfase heeft de Belastingdienst een onderzoek ingesteld bij A bedrijf. In de volgende paragraaf zullen een aantal belangrijke passages uit dit feitenonderzoek worden opgesomd.

Op basis van het feitenonderzoek van de belastingdienst worden de volgende constatering gedaan:

- “De kernactiviteiten van de grote vastgoedbeleggingsorganisaties (...) met betrekking tot het vastgoed behorend tot de reguliere vastgoedexploitatie zien wij ook terug bij [A BEDRIJF]. De visie van [A BEDRIJF] komt in grote lijnen ook overeen met die van grote vastgoedbeleggingsorganisaties. De goede contacten met huurders en het actief streven naar een goede mix van huurders in winkelcentra is bijvoorbeeld een activiteit die ook bij grote vastgoedbeleggingsorganisaties met winkelvastgoed is te zien. Uit de omschrijving van de doelstelling, strategie en profiel in combinatie met de bijbehorende activiteiten leiden wij af dat [A BEDRIJF] vergelijkbaar is met andere grote vastgoedbeleggingsorganisaties, die als primaire focus hebben de (directe) beleggingen in retail/winkelvastgoed.”
- “De kernactiviteit projectontwikkeling vereist andere werkzaamheden. Daarin onderscheidt [A BEDRIJF] zich ten opzichte van de grote vastgoedbeleggingsorganisaties. (...) De objecten waarbij deze werkzaamheden op de peildatum worden verricht of concreet zijn, zijn door ons als ondernemingsvermogen aangemerkt (...). In bijlage 13 hebben wij alle objecten opgenomen, waarbij in de periode 2005-2014 in enig jaar sprake is van ondernemingsvermogen. Hierbij hanteren wij de plannen voor nieuwbouw (projectontwikkeling) of een (omvangrijke) herontwikkeling als startmoment van ondernemingsvermogen en de oplevering van het pand/object als eindmoment, (...)”
- “Onze conclusie (...) Voor de objecten die door ons tot beleggingsvastgoed worden gerekend, wordt noch door de taxateur, noch door de accountant een specifieke aanleiding of oorzaak genoemd die aanwijsbaar ligt in de macht en invloed van [A BEDRIJF] zelf, althans dat lezen wij niet terug in de vastleggingen. (...)”
- “Conclusies (...) Wij hebben beoordeeld of alle aangetroffen opmerkingen van taxateurs en accountants aanwijzingen opleveren voor de vraag of de waarde direct of indirect is beïnvloed door de specifieke werkzaamheden door de [A BEDRIJF] organisatie zelf. Ook hebben we beoordeeld of binnen [A BEDRIJF] stukken zijn opgesteld, waarin de strategie met de betreffende objecten is toegelicht. Die aanwijzingen vinden we niet (...). Slechts bij een aantal panden wordt de waarde mutatie van een betreffend object toegeschreven aan herontwikkeling en/of aan het aantrekken van nieuwe huurders. Maar bij de meeste nader onderzochte objecten blijkt eigenlijk steeds dat de locatie (A1-locatie, geen A-1 locatie, binnen of buiten [Z]) genoemd wordt als oorzaak voor de waarde mutatie, zowel naar boven als naar beneden.”
- “8.4 Conclusies (...) de huurprijzen op de toplocaties in [Z] zijn sterk gestegen en de netto aanvangsrendementen gedaald, met forse waardeinstijgingen tot gevolg, veroorzaakt door de autonome marktontwikkeling.”
- “(...) Met betrekking tot de directe rendementen van [A BEDRIJF] constateren wij dat die vergelijkbaar zijn met de benchmark van de IPD. Ten opzichte van de genoemde grote vastgoedbeleggingsorganisaties met een nadruk op winkelvastgoed constateren wij dat [A BEDRIJF] gemiddeld een [tekst 3] direct rendement haalt dan elke genoemde grote vastgoedbeleggingsorganisatie, met uitzondering van (...). Voor de indirecte rendementen geldt dat [A BEDRIJF] de benchmark van IPD overtreft in de jaren [jaartallen] en in [jaartal 1] onder de benchmark presteert. Het indirecte rendement van [A BEDRIJF] wordt zeer sterk beïnvloed door de resultaten van de [aantal] winkels in het [Z] A1-segment.”
- “De indirecte rendementen van [A BEDRIJF] zonder het absolute A1-segment in [Z], geven een representatiever beeld in vergelijking met de genoemde grote vastgoedbeleggingsorganisaties (beter vergelijkbare verdeling van de winkelpanden). Dan blijkt dat [A BEDRIJF] in [jaartal 1] - [jaartal 2] een [tekst 3] rendement realiseert dan het gemiddelde (...) en dan de vergelijkbare vastgoedbeleggingsorganisaties. In [jaartal 3] schrijft [A BEDRIJF] echter een positief indirect rendement en dat is bij geen van de genoemde vastgoedbeleggingsorganisaties het geval. Het

rendement van [A BEDRIJF] over een langere periode (voor de jaren [jaartallen] tezamen) toont een vergelijkbaar beeld met de vergelijkbare groep beleggers in winkelvastgoed.”

- “Het overige vastgoed van [A BEDRIJF] (...) bestaat voornamelijk uit kantoorruimte en bedrijfsruimte. (...) Het directe rendement van [A BEDRIJF] op de categorie bedrijfsruimte ligt ruim [tekst 3] dan de benchmark van de IPD. Voor de categorie kantoren presteert [A BEDRIJF] boven de benchmark van de IPD. Het directe rendement van het totaal aan bedrijfsruimten en kantoren presteert vergelijkbaar met de benchmark van de IPD. (...)”
- Op grond van de bevindingen van het onderzoek heeft de Belastingdienst bij de uitspraak op bezwaar het vermogen van A bedrijf voor een deel aangemerkt als ondernemingsvermogen, namelijk 100% van de post Onderhanden werk alsmede de waarden van een twaalftal onroerende zaken.

#### **7.4. Uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland**

De erfgenaam stelt zich in deze casus op het standpunt dat gehele vermogen van A bedrijf aangemerkt dient te worden als ondernemingsvermogen. Volgens haar is voldaan aan het vereiste dat de werkzaamheden worden verricht die naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel hebben het realiseren van een rendement dat het rendement van normaal vermogensbeheer te boven gaat. Eiseres onderbouwt dit met de volgende argumenten:

- De omvang van de vastgoedportefeuille van het bedrijf vereist een hoge standaard aan professionele ondersteuning waardoor het verwachte rendement bovengemiddeld zal zijn.
- Alle disciplines noodzakelijk voor het beheer zijn binnen het bedrijf vertegenwoordigd. De afdelingen worden bezet door professionals en het bedrijf wordt geleid door een directeur die een significant aantal jaar ervaring heeft binnen het bedrijf.
- Het door de directeur uitgestippelde beleid: ziet op de gehele vastgoedportefeuille, het vergroten van het huurvolume en daarmee de waarde van de vastgoedportefeuille is het doel. Dit wordt gerealiseerd door het (actief) tegen vergoeding uitplaatsen van huurders en het herontwikkelen van bestaande panden. Dit verklaart, volgens de eiseres, waarom een rendementsdoelstelling per pand ontbreekt.
- Projectontwikkeling wordt met eigen vermogen gefinancierd. Onbekend is wel deel met vreemd vermogen wordt gefinancierd (vanwege anonimisering van de uitspraak). Dat met de meerarbeid een meer dan normaal rendement wordt nagestreefd blijkt volgens eiseres uit de jaarcijfers. Het eigen vermogen is klaarblijkelijk toegenomen. A bedrijf behaalt hiermee een hoger rendement dan alle andere vastgoedexploitanten en dan de IPD-index.
- Subsidiar wordt door eiseres gesteld dat het ondernemingsvermogen volledig is gefinancierd met eigen vermogen. In feite stelt de eiseres dat de verhuur dusdanig verweven is met de projectontwikkeling, omdat de verhuur in essentie de projectontwikkeling (financieel) mogelijk maakt.

De verweerder, de Belastingdienst, stelt zich op het standpunt dat slechts met de projectontwikkelingsactiviteiten een materiële onderneming wordt gedreven. De Belastingdienst onderbouwt haar standpunt door te stellen dat:

- Uit het onderzoek naar de e-mails en agenda's van het key-personeel blijkt dat de medewerkers vrijwel uitsluitend activiteiten hebben verricht voor de projectontwikkeling en niet voor de verhuuractiviteiten van de vennootschap.
- De activiteiten voor de verhuur worden grotendeels verricht door het ondergeschikte personeel. Hieruit trekt de inspecteur de conclusie dat sprake is van een activiteit gericht op vermogensbeheer.
- Met de betrekking tot de rendementsdoelen constateert dat geen rendementsdoelen per object zijn gesteld.
- De toename van het eigen vermogen diverse oorzaken heeft die niet aan de werkzaamheden van kunnen worden toegerekend, zoals een herwaardering, het hefboomeffect (veroorzaakt door de verhouding EV/VV) en de waardestijging van onroerend goed in zijn algemeenheid en in het bijzonder dat op de A-locaties van A bedrijf.

De rechtbank constateert dat de Belastingdienst allereerst dat de projectontwikkelingsactiviteiten als een onderneming heeft aangemerkt en stelt dat dit in lijn is met het arrest van de Hoge Raad van 17 maart 2017.<sup>87</sup> In dit arrest is namelijk door de Hoge Raad in een vergelijkbare BOR-casus gezegd dat de betreffende activiteit op zichzelf gezien moet kunnen worden aangemerkt als een onderneming in materiële zin. De rechtbank schuift

<sup>87</sup> HR 17 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, r.o. 2.3.1.

het argument dat de verhuuractiviteiten een zodanige samenhang vertonen met de projectontwikkelingsactiviteiten dat deze daaraan moeten worden toegerekend direct terzijde.

De rechtbank concludeert dat de erfgenaam niet aannemelijk heeft gemaakt dat de verhuurwerkzaamheden zelfstandig bezien leiden tot een onderneming. Uit de afwezigheid van rendementsdoelstellingen, de kwaliteit van het personeel, de wijze van financieren kan niet worden afgeleid dat wordt gestreefd naar een meer rendement door het verrichten van meerarbeid. In feite is hiermee analyse van de rechtbank volledig. Echter, de rechtbank onderstreept nog dat de omvang van de portefeuille niet automatisch leidt tot de kwalificatie 'meer dan normaal vermogensbeheer', aangezien de omvang al kan vereisen dat gekwalificeerd personeel nodig is om deze in stand te houden. Ook het feit dat eiseres aanvoert dat een financiering met vreemd vermogen boven een bepaalde grens zou leiden tot de conclusie dat sprake is van meerarbeid vindt geen vrucht, aangezien factoren buiten de macht van de belastingplichtige om al kunnen leiden tot een verhoging van het rendement zonder dat daarvoor arbeid verricht wordt (hefboomeffect). Het feit dat A bedrijf een hoger rendement behaalt dan ander vastgoedexploitanten en de IPD-index is volgens de rechtbank onvoldoende onderbouwd.

Het beroep van de eiseres leidt derhalve niet tot de conclusie dat ten aanzien van de verhuuractiviteiten geconcludeerd kan worden tot een materiële onderneming.

### **7.5. *Het oordeel van de Hof Amsterdam***

Het Hof bevestigt de zienswijze van de rechtbank dat de verhuur en de projectontwikkeling als twee afzonderlijke kernactiviteiten beoordeeld moeten worden. Eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een zodanige verwevenheid dat deze activiteiten als één activiteit beoordeeld zouden moeten worden. Het Hof neemt daarbij in aanmerking dat: A bedrijf deze activiteiten ook als twee separate activiteiten naar buiten toe presenteert en dat de onroerende zaken na de ontwikkeling doorgaan naar de afdeling verhuur. De stelling van de eiseres dat de verhuurde onroerende zaken in de toekomst kunnen worden herontwikkeld, dat de nettogeldstromen van de huur dienstbaar zijn aan de projectontwikkeling en dat de verhuurde onroerende zaken kunnen dienen als onderpand voor nieuwe (ontwikkel)financiering leiden volgens het Hof niet tot voldoende verwevenheid. Hierbij verwijzend naar de arresten van de Hoge Raad van 29 mei 1996<sup>88</sup> en 10 maart 2017.<sup>89</sup> In deze arresten is door de Hoge Raad geoordeeld dat de activiteiten in beginsel in separaat moeten worden beoordeeld en dat de relatieve omvang van de activiteiten daarvoor niet beslissend is.

Het actieve beleid van huuroptimalisatie en uitkoop van huurder wordt door de inspecteur ontkracht door te stellen dat uitkoop in de onderzochte periode slechts vijf keer heeft plaatsgevonden. Het Hof rekent de uitkoop toe aan de projectontwikkelingsactiviteiten.

De belanghebbende voert aan dat er kosten worden bespaard met de wijze waarop de (servicekosten)administratie is ingericht en het efficiënte inkoopbeleid. Volgens het Hof zijn dit activiteiten die in het verlengde van het beheer van onroerende zaken liggen en de facturen waarop dit betrekking heeft hoofdzakelijk betrekking hebben op de verhuur. De werkzaamheden worden echter ook verricht door andere beheerders en het feit dat belanghebbende deze activiteiten efficiënter zou uitvoeren door het realiseren van schaalvoordelen of anderszins is volgens het Hof niet aannemelijk gemaakt door de belanghebbende.

Over het wekelijkse verhuuroverleg overweegt het Hof dat dit in het licht van de omvang van de portefeuille bezien moet worden en derhalve niet kwalificeert als Arbeid+.

Het argument dat lastig te verhuren kantoorruimtes worden opgedeeld en in kleinere eenheden worden verhuurd leidt volgens het Hof eveneens niet tot een materiële onderneming omdat de meerarbeid niet aannemelijk is gemaakt. Bovendien is er geen receptioniste aanwezig of worden secretariële werkzaamheden aangeboden aan huurder. Activiteiten die zouden kunnen onderbouwen dat gestreefd wordt naar Arbeid+.

De activiteiten van het key-personeel zijn volgens het Hof met name gericht op de ontwikkelingsactiviteiten. De administratieve werkzaamheden rondom de verhuuractiviteiten worden voornamelijk door het ondersteunend personeel verricht en zijn bovendien met name gericht op instandhoudingswerkzaamheden. Een minderheid van de onderzochte e-mails en berichten van het key-personeel is gericht op het verhuren van onroerende zaken

<sup>88</sup> Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, r.o. 3.3.

<sup>89</sup> Hoge Raad 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, BNB 2017/114, r.o. 2.3.1.

en daarmee samenhangende contracten. Volgens het Hof is ten aanzien van de verhuuractiviteiten ook op dit punt niet aangetoond dat sprake is van meerarbeid.

Met betrekking tot de behaalde rendementen oordeelt het Hof dat de indirecte rendementen buiten beschouwing worden gelaten in de vergelijkbaarheid met de IPD benchmark, omdat deze waarde toename het gevolg is van autonome marktwerking en dus niet het gevolg is van de veronderstelde meerarbeid. Ten aanzien van de directe rendementen oordeelt het Hof dat deze de IPD benchmark niet te boven gaan. Dit is voornamelijk gelegen in het feit dat onvergelijkbare rendementen zijn betrokken in de analyse van de belanghebbende. De afwezigheid van rendementsdoelstellingen werkt dan vervolgens ook niet in het voordeel van de belanghebbende. Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat aan de Rendement+ toets niet is voldaan.

Het Hof constateert tot slot dat niet is voldaan aan de Arbeid+ en de Rendement+ toets. De conclusie van de rechtbank dat met de verhuur geen materiële onderneming wordt gedreven blijft dus in stand.

### **7.6. *Het oordeel van de Hoge Raad***

De Hoge Raad doet in een vijftal arresten een gelijkkluidende uitspraak. Dat heeft te maken met het feit dat het een erfbelastingzaak betreft en dat de zaak namens iedere belanghebbende is gevoerd. De eerste twee middelen richten zich tegen de conclusie van het Hof dat de projectontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten niet als één onderneming zijn beoordeeld. Deze middelen falen volgens de Hoge Raad. Het Hof mocht na de vaststelling dat de activiteiten niet tezamen één onderneming vormden onderzoeken of de verhuuractiviteiten op zichzelf bezien wel een onderneming vormden.

Het vijfde middel richt zich tegen de berekening van de BOR. Waarbij de erflater stelt dat het voor de BOR in aanmerking genomen ondernemingsvermogen te laag is, omdat de panden waarvan de huurders zijn uitgekocht moeten worden toegerekend aan de projectontwikkelingsactiviteiten en dus kwalificeren als ondernemingsvermogen. De Hoge Raad stelt belanghebbende op dit punt in het gelijk en verwijst de zaak door naar het Hof Den Haag ter verdere benadeling.

De overige middelen kunnen niet tot cassatie leiden en worden afgedaan met een beroep op art. 81

### **7.7. *Tussenconclusie***

De gehele procedure laat perfect zien hoe de gerechtelijke instanties de casus van de belastingplichtige afpellen tot de kern van de problematiek. De projectontwikkelingsactiviteiten worden aangemerkt als ondernemingsactiviteit. Vervolgens focussen zowel de Rechtbank als het Hof zich op de vraag of met de verhuur een onderneming wordt gedreven. Het feitenonderzoek, de repliek van de belastingplichtige en de dupliek van de inspecteur vormen de basis van de analyse van de feitelijke instanties. Beiden komen namelijk tot de conclusie dat de arbeid die wordt toegevoegd in het proces gericht is op instandhouding van het onroerend goed. De belastingplichtigen kunnen onvoldoende hard maken dat sprake is van een meerarbeid die een reguliere belegger niet zou verrichten, een meerarbeid die gericht is op het realiseren van een hoger rendement. In feite is hiermee vast komen te staan dat sprake is van normaal vermogensbeheer. Echter, volledigheidshalve toetsten de Rechtbank en het Hof nog of wordt voldaan aan de Rendement-toets. Ook dit is niet het geval. De afwezigheid van concrete rendementsdoelstellingen vormen hiervoor een belangrijke aanwijzing. Verder kan ook wel gesteld worden dat de belastingplichtigen de vergelijking met de IPD benchmark in hun eigen voordeel hebben uitgelegd of onjuist hebben uitgevoerd. Door onvergelijkbare rendementen en objecten mee te nemen in de analyse werd een beeld geschetst dat de onderneming beter presteerde dan de IPD benchmark, terwijl die bij nadere beschouwing niet correct was. In deze casus is vooral sprake geweest van een gloedvol betoog van de belastingplichtigen. Strikt juridisch gezien toetsten alle gerechtelijke instanties conform de reeds bestaande doctrine, zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven. Uiteindelijk leiden deze arresten dan ook niet tot een nieuwe inzichten met betrekking tot het leerstuk normaal vermogensbeheer. De casus is typerend voor de problematiek die in deze scriptie centraal staat, namelijk zeer feitelijke casuïstiek waarbij de standpunten van de belastingplichtigen en de belastingdienst mijlenver uit elkaar liggen.

## **8. De bedrijfsopvolgingsregelingen in omliggende landen**

### **8.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk zullen de bedrijfsopvolgingsregelingen worden beschreven van onze buurlanden. De buitenlandse regelingen worden op hoofdlijnen besproken waarbij bijzondere aandacht uitgaat naar de behandeling van vastgoed in deze regelingen. Op basis van deze beschrijving kan in het volgende hoofdstuk een vergelijking worden gedaan met de Nederlandse regeling. Verder kan de casus uit het vorige hoofdstuk op hoofdlijnen worden getoetst waarna de vraag beantwoord kan worden hoe de heffing in die betreffende landen zou verlopen.

Er is gekozen om de Belgische en Duitse regeling nader te onderzoeken. Dit betreffen in zijn algemeenheid robuuste regelingen die uitgaan van de overdracht van reële ondernemingen en door hun inrichting trachten een bepaald doel te bereiken. Dat is geen vanzelfsprekendheid. In Zwitserland is het maar de vraag of een schenking of erfenis belast is met vermogensbelasting of inkomstenbelasting. Dit is met name afhankelijk van het kanton waarin de belastingplichtige woont. In Zweden bestaat geen schenk- of erfbelasting, daar wordt enkel geheven over daadwerkelijk gerealiseerde vermogenswinsten. In het Verenigd Koninkrijk wordt de overdracht van een familiebedrijf bij overlijden niet belast met erfbelasting. In het geval van een schenking bij leven aan de volgende generatie is veelal ‘capital gains tax’ (vermogenswinstbelasting) verschuldigd, waarbij er wel enkele vrijstellingen van toepassing kunnen zijn.

In de volgende paragrafen zullen de beide bedrijfsopvolgingsregelingen in meer detail worden beschreven.

### **8.2. De Vlaamse bedrijfsopvolgingsregeling: Vlaamse gunstmaatregel**

#### **8.2.1. Inleiding**

Op 16 januari 1989 is de Bijzondere financieringswet ingevoerd.<sup>90</sup> Op basis van deze wet worden de successierechten geheven als een regionale belasting. Het Vlaams Gewest, het Waals Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest hebben ieder een eigen gunstregeling ingevoerd. De regelingen zijn grotendeels hetzelfde en wijken op ondergeschikte punten van elkaar af. Vanuit praktische overwegingen is er daarom voor gekozen enkel de Vlaamse gunstregeling verder te beschrijven.

#### **8.2.2. Achtergrond**

Op verzoek van de Europese Commissie heeft de Vlaamse regering in 1997 de Vlaamse gunstmaatregel voor schenkingen en verervingen ingevoerd.<sup>91</sup> <sup>92</sup> Door de invoering van de gunstmaatregel daalde het tarief van de erfbelasting van 30% bij verervingen in de rechte lijn of 80% aan derden naar 3% respectievelijk 7%, mits voldaan aan de voorwaarden.<sup>93</sup> Bij schenkingen van aandelen in familiale ondernemingen is het lage tarief sinds 2012 omgezet in een vrijstelling.<sup>94</sup>

De belangrijkste reden voor de Vlaamse decreetgever om de regeling in te voeren was het bevorderen van continuïteit van ondernemingen als gevolg van de overdracht om daarmee duurzame werkgelegenheid te creëren danwel te garanderen. Het tweede doel was het verlagen van de aangiftedrempel om misbruik te bestrijden. De derde reden was het weghalen van de noodzaak om ingewikkelde fiscale constructies op te tuigen door belastingplichtigen en zo het vermijden van erfbelasting te beperken.<sup>95</sup> Na enige aanpassingen van de gunstmaatregel heeft de decreetgever ervoor gekozen schenkingen te stimuleren boven verervingen. Dit om de continuïteitsdoelstellingen meer kracht bij te zetten.

De Vlaamse decreetgever heeft in een vereenvoudigingsoperatie vrijwel alle belastingen ondergebracht in de zogenaamde Vlaamse Codex Fiscaliteit (“VCF”). Vanaf 1 januari 2015 heeft de Vlaamse belastingadministratie

---

<sup>90</sup> Art. 3 van de Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, 16 januari 1989 (laatst gewijzigd: 1 juli 2014).

<sup>91</sup> Aanbeveling Europese Commissie van 7 december 1994, Nr. L 385/14.

<sup>92</sup> In 1997 werd het tarief voor verervingen en schenkingen van ondernemingen verlaagd tot 3%.

<sup>93</sup> Art. 21 van het Vlaamse Decreet van 20 december 1996 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting van 1997, B.S. 31 december 1996. Tegenwoordig gelden tarieven van 27% respectievelijk 65%.

<sup>94</sup> Decreet 23 december 2009 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, Hoofdstuk 17, gepubliceerd 30 december 2011.

<sup>95</sup> Gedr.St. Vl.Parl. 1996-97, nr. 428/1, p. 7 – 8.

de bevoegdheid om onder andere de erf- en schenkbelasting te innen namens de Vlaamse overheid. Voorheen was dit een federale bevoegdheid.

### 8.2.3. Voorwaarden van de huidige gunstmaatregel

De Vlaamse gunstmaatregel met betrekking tot de schenking van familiale onderneming en vennootschappen is opgenomen in de artikelen 2.8.6.0.3 t/m 2.8.6.0.7 VCF. De regeling voor vererving is neergelegd in de artikelen 2.7.4.2.2 t/m 2.7.2.4.2 VCF. De voorwaarden van beide regelingen zijn echter gelijk aan elkaar.

#### 8.2.3.1. Voorwaarden aan de onderneming

Om te kunnen kwalificeren voor de regeling dient sprake te zijn van een familiale onderneming. Gelijk aan de Nederlandse regeling kan het hier gaan om een onderneming die via een natuurlijk persoon wordt uitgeoefend of via een rechtspersoon.<sup>96</sup> Van een familiale vennootschap is sprake wanneer deze tot doel heeft het uitoefenen van kwalificerende activiteiten zoals een nijverheids-, handels-, ambachts-, of landbouwbedrijf of een vrij beroep.<sup>97</sup> Dit dient te blijken uit zowel de statuten of de daadwerkelijke activiteiten van de vennootschap. Daarnaast is het van belang dat de vennootschap een reële economische activiteit uitoefent. Deze maatstaf is geobjectiveerd en negatief in wetgeving vastgelegd. Tenzij tegenbewijs wordt geleverd, wordt aangenomen dat geen sprake is van reële economische activiteit indien cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- dat de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen een percentage gelijk of lager dan 1,50 % uitmaken van de totale activa; en
- de terreinen en gebouwen meer dan 50% uitmaken van het totale actief. De verkrijger kan het tegenbewijs daarvan leveren.

Is voldaan aan de bovenstaande voorwaarden in een periode van de drie jaar voorafgaand aan de schenking of het overlijden dan is volgens de wet geen sprake van reële economische activiteit. Doel is om hiermee bijvoorbeeld kasgeldvennootschappen uit te sluiten. In de regel zal verhuurd onroerend goed ook buiten de faciliteit vallen. De Vlaamse wetgever van mening dat het passief verhuren van onroerende zaken of het verstrekken van waarborgen of zekerheden aan verbonden ondernemingen niet kwalificeert als het een kwalificerende activiteit.<sup>98</sup> De mening van de wetgever is op dit punt echter niet doorslaggevend, de tegenbewijsregeling is dat wel. Meestal zal namelijk niet worden voldaan aan de balans- en bezoldigingstoets. Op het moment dat sprake is van verhuurd onroerend goed binnen de groep wordt ten aanzien van die vennootschap overigens wel voldaan aan de toets. De tegenbewijsregeling is er met name op gericht om recent opgerichte vennootschappen met economische activiteit niet uit te sluiten.

Voor wat betreft onroerend goed en de facilitering daarvan is ten aanzien van de familiale onderneming (Belgische IB-onderneming) daar nog het volgende over gezegd. Dit illustreert goed de gedachte van de decreetgever voor zover het aankomt op verhuurde onroerende zaken. In de regel geldt dat activa die beroepsmatig zijn geïnvesteerd in de familiale onderneming zijn vrijgesteld of tegen het verlaagde tarief verkregen kunnen worden. Dat geldt ook voor onroerende goederen, met uitzondering van onroerende goederen die voor bewoning zijn bestemd of gedeelten daarvan.<sup>99</sup> Per kadastraal perceel wordt door de Vlaamse belastingadministratie beoordeeld of het onroerend goed hoofdzakelijk voor bewoning wordt aangewend en derhalve geen bedrijfsdoel dient. In de parlementaire geschiedenis is het voorbeeld van een landbouwhoeve aangehaald. Het woongedeelte van de landbouwhoeve dient geen bedrijfsdoel en wordt niet gefacilieerd. Het deel van de landbouwhoeve dat bedrijfsmatig wordt gebruikt vanzelfsprekend wel. Bouwgrond, ook als deze wordt gebruikt voor landbouwdoeleinden, komt niet voor de faciliteit in aanmerking. Onder bouwgrond wordt verstaan een perceel grond dat stedenbouwkundig bestemd is tot woningbouw of een onroerend goed dat daarmee wordt gelijkgesteld. Een transformatieobject waar pas na herstellings- of onderhoudswerk bewoning kan plaatsvinden wordt tevens aangemerkt als bouwgrond.

Onder voorwaarden kunnen holdingvennootschappen eveneens kwalificeren als familiare vennootschap. Er wordt onderscheid gemaakt in twee typen holdings, actieve en passieve. Passieve holdings zijn entiteiten die

<sup>96</sup> Op een familiale onderneming (Belgische IB-onderneming) wordt in deze scriptie verder niet ingegaan vanwege het feit dat enkel aandacht wordt besteed aan ondernemingen gedreven via een besloten vennootschap of een vergelijkbare rechtsvorm.

<sup>97</sup> Art. 2.7.4.2.2, lid 2, 2<sup>o</sup> en art. 2.8.6.0.3, lid 2, 2<sup>o</sup> VCF.

<sup>98</sup> J. Lemmens & E. Smet, Schenking en vererving van familiale ondernemingen en vennootschappen: quid nove sub sole?, Accountancy & Bedrijfskunde, Kluwer – Belgium, 2013/4, p. 21.

<sup>99</sup> Omzendbrief VLABEL 2015/2, p. 6 en 7.



enkel aandelen bezitten en zelf geen kwalificerende activiteiten uitoefenen. Dit type holdings kan kwalificeren voor de regeling wanneer op het moment van overlijden of schenken een direct aandelenbelang van tenminste 30% wordt gehouden in een actieve dochtermaatschappij. De deelneming dient dan binnen de EER gevestigd te zijn en bij wijze van fictie wordt de reële economische activiteiten-toets op het niveau van de deelneming.<sup>100</sup> Hiermee lijkt de deur op te staan voor bijvoorbeeld participatiemaatschappijen om tevens te kwalificeren voor de gunstregeling. Dit is echter niet het geval. De passieve holding-regeling geldt alleen voor directe deelnemingen. Dit is tevens expliciet bevestigd door de decreetgever in een Omzendbrief.<sup>101</sup> Tot slot dient te worden voldaan aan de participatievoorwaarde (zie par. 8.2.3.2) op het niveau van de (passieve) holding.<sup>102</sup> De vraag of sprake is van een familiale vennootschap is afhankelijk van de bovenstaande toets. Is die toets door de passieve holdingvennootschap doorstaan dan dient te worden bepaald welk vermogen door de gunstregeling wordt gefaciliteerd. Het directe dochter vereiste geldt dan niet meer, waardoor ook de waarde van indirecte dochtermaatschappijen wordt gefaciliteerd.<sup>103</sup>

Voor actieve holdings geldt een andere toets wanneer naast het houden van participaties tevens kwalificerende activiteiten worden verricht. Het verrichten van management activiteiten is daarbij onvoldoende. Op het moment dat deze activiteiten worden gecombineerd met ondersteunende administratieve dienstverlening (salarisadministratie en/of boekhouding) kan wel sprake zijn van voldoende economische activiteit.<sup>104</sup> Gevolg van de kwalificatie als familiale vennootschap is dat de faciliteit op de gehele holding wordt toegepast.<sup>105</sup> Er worden geen nadere eisen gesteld aan de daadwerkelijke activiteiten van de (klein)dochtermaatschappijen.

#### 8.2.3.2. Voorwaarden aan de schenker of erflater

De gunstmaatregel is alleen van toepassing op inwoners van het Vlaams Gewest. De overige gewesten voorzien immers in een eigen gunstmaatregel. Voorts wordt de zogenaamde participatievoorwaarde gesteld.<sup>106</sup> Hieraan is voldaan wanneer op het moment schenken of vererven door de schenker of erflater tezamen met zijn familie een aandelenbelang van tenminste 50% wordt gehouden in de familiale vennootschap. Het moet dan gaan om de volle eigendom van de aandelen, de blooteigendom of het vruchtgebruik. Onder de familie wordt het volgende verstaan:

- De echtgenoot van de schenker of erflater;
- De aanverwanten en hun partners in de rechte lijn van de schenker of erflater;
- De zijverwanten en hun partners tot de tweede graad van de schenker of erflater; en
- De kinderen van de broers en zussen van de schenker of erflater.

In 2012 is een verlichte participatievoorwaarde geïntroduceerd. Voornamelijk ingevoerd om uitdijende familiebedrijven waarin meerdere familietakken zijn vertegenwoordigd tegemoet te komen. De lichtere voorwaarde stelt dat de schenker of erflater en zijn familie een aandelenbezit van tenminste 30% van de volle eigendom moeten hebben onder aanvullende de voorwaarde dat:

- de schenker of erflater samen met één andere aandeelhouder en zijn familie tenminste 70% van de volle eigendom van de familiale vennootschap in handen hebben; of
- de schenker of erflater samen met twee andere aandeelhouders en hun familie tenminste 90% van de volle eigendom van de familiale vennootschap in handen hebben.<sup>107</sup>

De grens van 50% aandelenbezit is in de loop der jaren enigszins opgerekt. Dit doet afbreuk aan de eerdere gedachte van de decreetgever dat bij een dergelijke omvang van het aandelenbelang sprake is van een zekere

<sup>100</sup> Art. 2.7.4.2.2 lid 2 en art. 2.8.6.0.3 lid 2 VCF. Dit betekent overigens ook dat de deelneming tenminste drie jaar door de holding moet zijn gehouden en dient te worden voldaan aan een van de genoemde kwalificerende activiteiten.

<sup>101</sup> Vlaamse Omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 26.

<sup>102</sup> Zie par. 7.2.3.2.

<sup>103</sup> Zie onder meer E. Dhaene, "Ook de waarde van indirecte dochtervennootschappen komt in aanmerking voor het verlaagd tarief van de successierechten op grond van (oud) art. 60/1, §3, tweede lid Vl.W.Succ.", Successierechten 2015, 9/1-9/4. Alsook rechtbank West-Vlaanderen op 21 oktober 2014, nr. 13/3352/A.

<sup>104</sup> Vlaamse Omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 12-13.

<sup>105</sup> Vlaamse Omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 21.

<sup>106</sup> Art. 2.7.4.2.2. lid 1 en art. 2.8.6.0.3. lid 1 VCF.

<sup>107</sup> Art. 2.7.4.2.2. lid 2 en art. 2.8.6.0.3. lid 2 VCF.

mate van betrokkenheid van de aandeelhouder wordt verondersteld. Wellicht heeft de wetgever destijds meer willen aansluiten bij de realiteit en het feit dat aandelenbelangen in grote familiebedrijven kunnen verwateren zonder directe betrokkenheid bij het bedrijf te verliezen. De decreetgever heeft de wijziging namelijk summier onderbouwd door te stellen dat deze methodiek in de Verenigde Staten ook gangbaar is.<sup>108</sup>

Volledigheidshalve voeg ik eraan toe dat onder aandeel het volgende wordt verstaan: ‘elk deellbewijs met stemrecht dat een deel van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigt’.<sup>109</sup> De aandelen moeten stemrecht hebben, het recht op dividenduitkeringen en moeten naar rato meedelen in een liquidatie-uitkering. Verder is vereist dat de feitelijke leiding van de familiale vennootschap gelegen is in de EER.

### 8.2.3.3. Voorwaarden aan de verkrijger

Op grond van de artikelen 2.7.4.2.3 en 2.8.6.0.6 VCF worden er nog een vijftal eisen gesteld aan de voorwaardelijke vrijstelling. In andere woorden, na toepassing van de vrijstelling na de schenking of het overlijden dienen de navolgende voorwaarden vervuld te worden. De Vlaamse belastingadministratie controleert na drie jaar aan de hand van de (geconsolideerde) jaarrekeningen of de verkrijger(s) aan de voorwaarden hebben voldaan.<sup>110</sup> Op het moment dat niet aan alle voorwaarden is voldaan, wordt de faciliteit geheel of gedeeltelijk teruggenomen. Het gaat om de volgende voorwaarden:

- Er geldt een voortzettingseis van drie jaar. Ook in het geval van overmacht, bijvoorbeeld als gevolg van ziekte, overlijden of een faillissement. De kwalificerende activiteit mag wel veranderen zolang deze maar wordt vervangen door een andere kwalificerende activiteit.
- De familiale vennootschap moet een reële economische activiteit blijven uitoefenen. In feite moet de kwalificatie van familiale vennootschap in stand blijven gedurende drie jaar. Dit betekent bijvoorbeeld ook dat wanneer onroerende zaken een woonbestemming krijgen daar dit voorheen een bedrijfsbestemming had, de vrijstelling alsnog wordt teruggenomen ten aanzien van dat deel.
- Voor elk van de te toetsen jaren dient een (geconsolideerde) jaarrekening opgemaakt te worden.
- De feitelijke leiding van de familiale vennootschap moet gedurende de drie opvolgende jaren binnen de EER blijven.
- Het kapitaal van de familiale vennootschap dient gedurende de drie opvolgende jaren behouden te blijven. Het kapitaal van de vennootschap mag niet dalen door een (dividend)uitkering of terugbetaling van kapitaal. Dit om misbruik van de regeling te voorkomen.<sup>111</sup>

### 8.2.4. Tussenconclusie

De Vlaamse gunstmaatregel is een relatief overzichtelijke regeling. De belangrijkste horde om te nemen is de kwalificatie als familiale vennootschap. In relatie tot een onderneming die onroerende zaken verhuurt aan derden is de regeling even glashard als helder. Verhuurd onroerend goed zal in de meeste gevallen niet door de balans- en bezoldigingstoets heen komen. Dit heeft tot gevolg dat de Vlaamse gunstmaatregel in de regel niet van toepassing zal zijn op vastgoedondernemingen, behoudens voor zover het projectontwikkelingsactiviteiten betreft. In de ogen van de decreetgever is sprake van onvoldoende reële economische activiteit of bijdrage aan de markteconomie. Dit is verklaarbaar vanuit de gedachte dat een van de doelen van de gunstregeling is om duurzame werkgelegenheid te creëren danwel te garanderen.

## 8.3. De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling: *Steuerbegreiung für Betriebsvermögen*

### 8.3.1. Inleiding

De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling is op hoofdlijnen vergelijkbaar met de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling doch in zijn uitwerking een stuk gecompliceerder. De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling is opgenomen in de Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (“ErbStG”). Een verrijking van de verkrijger wordt aangemerkt als een belastbare verkrijging voor zover deze niet belastingvrij is.<sup>112</sup> In par. 13a ErbStG is de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling uitgewerkt.

<sup>108</sup> Gedr.St. Vl.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 25.

<sup>109</sup> Art. 2.8.6.0.3. lid 2, 3° VCF en art. 2.7.4.2.2. lid 2, 3° VCF.

<sup>110</sup> Vlaamse Omzendbrief van 15 december 2015, nr. 2015/2, p. 35.

<sup>111</sup> Gedr.St. Vl.Parl. 2011-12, nr. 1326/1, p. 26.

<sup>112</sup> Par. 10 ErbStG.

### 8.3.2. *Achtergrond*

Het doel van de faciliteit is met name werkgelegenheid in standhouden en daarmee maatschappelijke welvaart. Die is namelijk gebaat bij faciliteiten die gericht zijn op ondernemingsvermogen volgens de Duitse wetgever.<sup>113</sup> Het type bedrijf is daarbij niet van belang. Het stimuleren van eenmanszaken tot grote familiebedrijven weegt daarbij voor de wetgever even zwaar. De wetgever heeft wel beoogd kleine en middelgrote bedrijven extra te stimuleren door de overdracht door schenking of overlijden geheel of nagenoeg geheel vrij te stellen van belastingheffing. De Duitse wetgever heeft die beoordelingsmarge, echter volgens het Bundesverfassungsgericht is hiervoor wel een rechtvaardigingsgrond nodig. Volgens het federale hof is het daarom vereist dat aan de groep buiten kleine en middelgrote ondernemingen een vermogenstoets wordt gekoppeld aan toepassing van de vrijstellingsfaciliteit.<sup>114</sup>

### 8.3.3. *Voorwaarden van de Steuerbegrenzung für Betriebsvermögen*

#### 8.3.3.1. *Hoofddijnen*

Gelijk aan de Nederlandse regeling is de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling is vormgegeven als een voorwaardelijke vrijstelling. Een verkrijger kan ten aanzien van het 'begünstigtes Vermögen' (vrij vertaald als: 'kwalificerend (ondernemings-)vermogen') echter kiezen uit twee typen vrijstellingen:

- Regelverschonung: een 85%-vrijstelling; of
- Optionsverschonung: een 100%-vrijstelling.

Daarbovenop geldt een maximum aan kwalificerend ondernemingsvermogen van € 26 miljoen. Wordt deze grens overschreden dan moet de belastingplichtige kiezen tussen het toepassen van het 'Abschmelztarif' of de 'Verschonungsdedarfsprüfung'. Tot slot is er een additionele regeling die familiebedrijven in staat stelt een extra korting op het kwalificerende ondernemingsvermogen te realiseren van maximaal 30%. Het sluitstuk van de regeling is een betalingsregeling voor niet kwalificerend ondernemingsvermogen.

#### 8.3.3.2. *Regelverschonung*

Op grond van art. 13a lid 1 ErbStG blijft kwalificerend ondernemingsvermogen onbelast tot 85% op het moment dat het vermogen de € 26 miljoen niet overschrijdt. Het resterende kwalificerende vermogen blijft alleen buiten de heffing wanneer het 'Abzugsbetrag' van € 150.000,- niet wordt overschreden. Dit heeft tot gevolg dat indien het kwalificerend vermogen de € 1 miljoen niet overschrijdt er geen effectieve heffing plaatsvindt.<sup>115</sup> Deze margeregeling beoogt vooral het kleinbedrijf buiten de heffing van schenk- en erfbelasting te houden. Voor het middenbedrijf en grotere ondernemingen is het effect van het Abzugsbetrag beperkter. Het resterende bedrag aan kwalificerend vermogen (hetgeen buiten de 85% vrijstelling valt) wordt, voor zover het bedrag van € 150.000,- wordt overschreden, verminderd met 50% van het bedrag dat het maximum van € 150.000,- overschrijdt. Op die manier bedraagt het Abzugsbetrag nihil op het moment dat het resterende kwalificerend vermogen (hetgeen buiten de 85% vrijstelling valt) groter is dan € 450.000,-.<sup>116</sup> Van het Abzugsbetrag kan slechts eenmaal per decennium gebruik gemaakt worden.

Voor de heffing van erfbelasting over het kwalificerend vermogen kan gebruik gemaakt worden van de uitstel van betalingsfaciliteit. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 8.3.3.6.

#### 8.3.3.3. *Optionsverschonung*

Op grond van art. 13a lid 10 ErbStG kan de verkrijger ook kiezen voor een 100%-vrijstelling. Een belangrijke voorwaarde hierbij is dat het potentieel kwalificerende ondernemingsvermogen voor maximaal 20% mag bestaan uit het bepaalde beleggingsvermogen. De wet geeft in art. 13a lid 3 en 4 ErbStG aan welke categorieën vermogen tot het beleggingsvermogen gerekend dienen te worden. Dit wordt ook wel de 'Verwaltungsvermögensquote' genoemd. Opgemerkt dient te worden dat de 20% grens een harde grens is. Op het moment dat de verkrijger de grens met 0,01% overschrijdt kan hij slechts nog gebruik maken van de Regelverschonung.

<sup>113</sup> Gesetzenwurf Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5923, 7 september 2015, p. 16.

<sup>114</sup> Bundesverfassungsgericht, 17 december 2014, 1 BvL 21/12, Leitsätze 4a en 4b.

<sup>115</sup> € 1 miljoen \* 85% = € 850.000,- vrijgesteld + € 150.000,- Abzugsbetrag = € 0,- belastbare grondslag.

<sup>116</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erfbschaftsteuerreformgesetz - ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 33-34.

Het verschil in voorwaarden is met name gelegen in de voortzettingseisen. Dit komt in paragraaf 8.3.5 nader aan de orde.

#### 8.3.3.4. *Facilitering tot de grens van € 26 miljoen*

Voor toepassing van zowel de Regelverschonung als de Optionsverschonung is een grens van € 26 miljoen aan kwalificerend ondernemingsvermogen gesteld. Uit onderzoek is gebleken dat in 2012 en 2013 slechts 1,5% en 1,7% van de verkrijgingen boven de € 20 miljoen grens uitkwamen.<sup>117</sup> Initieel was de grens op € 20 miljoen gesteld, om aan te sluiten bij de ondergrens van de hoogste tariefschijf in de Duitse erfbelasting is het bedrag verhoogd tot € 26 miljoen.

Het Bundesverfassungsgericht heeft geoordeeld dat indien de faciliteit voorziet in een vrijstelling voor grotere bedrijven er tevens een soort vermogenstoets dient te bestaan ('Verschonungsbedarfsprüfung').<sup>118</sup> Wanneer de verkrijger boven het bedrag van € 26 miljoen uitkomt kan hij tevens kiezen voor toepassing van het 'Abschmelztarif'. Beide regelingen zijn in het leven geroepen door de implementatie van de grens van € 26 miljoen en het staat de verkrijger vrij de meest voordelige optie toe te passen.

##### 8.3.3.4.1. Abschmelztarif

Op het moment dat de verkrijging het bedrag van € 26 miljoen bij een verkrijger overschrijdt is het mogelijk het Abschmelztarif toe te passen.<sup>119</sup> Op basis van deze regeling wordt het percentage van 85% of 100% met 1% per verlaagd voor iedere € 750.000,- waarmee het kwalificerende vermogen van € 26 miljoen wordt overschreden.

Het omslagpunt ligt op een kwalificerend vermogen € 90 miljoen. Op het moment dat dat bedrag wordt overschreden kan geen gebruik meer worden gemaakt van de 100%-vrijstelling. Voor de 85%-vrijstelling geldt dat het effect van toepassing van het Abschmelztarif op € 89,75 miljoen nihil bedraagt.

##### 8.3.3.4.2. Verschonungsbedarfsprüfung

De tweede optie, op het moment dat de verkrijging meer dan € 26 miljoen bedraagt, is de Verschonungsbedarfsprüfung.<sup>120</sup> De belasting verschuldigd over het verkregen kwalificerend vermogen kan worden kwijtescholden op het moment dat de verkrijger persoonlijk niet in staat is om de belasting uit zijn beschikbare vermogen te betalen. Onder het beschikbare vermogen wordt in het kader van deze regeling verstaan:

1. 50% van de waarde van het niet-kwalificerende vermogen (lees: beleggingsvermogen) dat wordt overgedragen als gevolg de schenking of het overlijden; en
2. Het vermogen dat op het moment van ontstaan van de belastingschuld al tot het vermogen van de verkrijger behoort en tevens als niet-kwalificerend vermogen zou worden aangemerkt (beleggingsvermogen).

Het bedrag onder 2. wordt vermenigvuldigd met het schenk- en erfbelastingtarief van 30%.<sup>121</sup> Dit bedrag wordt vervolgens opgeteld bij het bedrag genoemd onder 1. Tezamen maakt dit het bedrag aan verschuldigde belasting indien de Verschonungsbedarfsprüfung wordt toegepast.<sup>122</sup>

De vermogenstoets kent in tegenstelling tot het Abschmelztarif geen maximum. Aan de toepassing van de Verschonungsbedarfsprüfung zijn nog enkele voorwaarden verbonden waarvoor ik verwijs naar art. 28a ErbStG.

Een ander kenmerkend verschil met het Abschmelztarif is dat het bij toepassing van de Verschonungsbedarfsprüfung gaat om een definitieve kwijtschelding van potentieel verschuldigde belasting. De

<sup>117</sup> Gesetzentwurf Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5923, 7 september 2015, p. 24.

<sup>118</sup> Bundesverfassungsgericht, 17 december 2014, 1 BvL 21/12, Leitsätze 4b.

<sup>119</sup> Art. 13c lid 1 ErbStG.

<sup>120</sup> Art. 28a ErbStG.

<sup>121</sup> Art. 19 ErbStG.

<sup>122</sup> Voor een illustratief rekenkundig voorbeeld verwijs ik naar: Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken, TFO 2020/169.2, p. 105.

toepassing van de 85% of 100% vrijstellingsregeling in combinatie met het Abschmeltztarif betreft een voorwaardelijke vrijstelling.

Het effect van toepassing van de regeling is dat de verkrijger een deel het kwalificerend vermogen van de onderneming dient aan te spreken om de verschuldigde belasting te kunnen voldoen. Op grond van art. 28a lid 3 ErbStG kan daarom worden verzocht om geheel of gedeeltelijk uitstel van betaling voor een periode van zes maanden. Dit uitstel wordt verleend om de verkrijger de tijd te geven het beschikbare vermogen liquide te maken, ongeacht of de faciliteit wordt toegepast na een overlijden of schenking. Over het uitgestelde bedrag aan belasting is rente verschuldigd.<sup>123</sup> In principe is deze faciliteit bedoeld om het kwalificerend ondernemingsvermogen van de onderneming liquide te maken. Indien de verkrijger deze faciliteit ook wenst toe te passen op zijn privévermogen dan is dat alleen mogelijk in geval van een verkrijging krachtens erfrecht. Net als in Nederland geldt voor beleggingsvermogen geen uitstelfaciliteit.

In zijn algemeenheid geldt dat het Abschmeltztarif voordeliger uitpakt wanneer er een relatief groot deel aan beleggingsvermogen in de onderneming zit. Op het moment dat er vrijwel alleen of een relatief groot deel ondernemingsvermogen wordt verkregen is het in de regel voordeliger om de Verschonungsbedarfsprüfung toe te passen. Zodra het aandeel beleggingsvermogen toeneemt stijgt het effectieve tarief onder toepassing van de Verschonungsbedarfsprüfung snel richting het effectieve tarief van onder toepassing van de regeling in combinatie met het Abschmeltztarif.

#### 8.3.3.5. *Vorwegabschlag*

Een laatste regeling die invloed heeft op de hoogte van het kwalificerend vermogen betreft de Vorwegabschlag. De regeling is opgenomen in art. 13a lid 9 ErbStG. Op basis van deze regeling kan een korting van maximaal 30% worden toegepast op het kwalificerende vermogen. Hiervoor dient wel een drietal stringente voorwaarden te worden voldaan:

- Het netto dividend mag niet meer dan 37,5% van de nettowinst van de vennootschap verminderd met de verschuldigde inkomstenbelasting bedragen; en
- De aandeelhouders zijn uitsluitend medeaandeelhouders, familieleden in de zin van paragraaf 15 AO of een familiestichting; en
- Uittreding uit de vennootschap vindt uitsluitend plaats tegen een waarde die onder de waarde in het economisch verkeer ligt.

Alle bovengenoemde bepalingen dienen in de statuten van de vennootschap te zijn vastgelegd, twee jaar voorafgaand aan de schenking danwel het overlijden. De hoogte van de uiteindelijke korting die als Vorwegabschlag mag worden toegepast is afhankelijk van het percentage waartegen de aandelen onder de waarde in het economisch verkeer worden verkocht in geval van uittreding. Dit percentage moet dan vooraf zijn vastgelegd in de statuten. Bovendien kan de korting niet meer bedragen dan 30%.

De Vorwegabschlag kan met terugwerkende kracht komen te vervallen indien de eerder genoemde voorwaarden in de statuten worden aangepast. Deze bepalingen dienen tenminste 20 jaar in stand te blijven van het moment van het ontstaan van de belastingschuld.<sup>124</sup>

De korting van maximaal 30% wordt toegepast voordat de € 26 miljoen grens toepassing vindt. Dit heeft tot effect dat hiermee de grens van € 26 miljoen wordt verhoogd en daarmee ook het bereik van de 85%- of 100%-vrijstelling. Feitelijk wordt de grens effectief verhoogd naar € 37,14 miljoen. Rekening houdend het Abschmeltztarif wordt het effectieve omslagpunt voor toepassing van de 100%-vrijstelling bereikt bij een kwalificerend vermogen van € 128,6 miljoen. Bij toepassing van de 85%-vrijstelling heeft het Abschmeltztarif een effect van nihil bij een vermogen van € 128,2 miljoen.

De achtergrond van deze bepaling is vooral gelegen in de lange termijnhorizon van familiebedrijven. Veelal wordt niet beoogt de waarde van de aandelen te verzilveren, maar is de bedrijfscontinuïteit een belangrijker doel. Dat maakt de aandelen vanuit de aandeelhouder of familie bezien dan ook illiquide en het vermogen van de vennootschap is daarmee niet vrij beschikbaar. Vanuit die groep ondernemingen is dan ook meer behoefte

<sup>123</sup> De rente bedraagt 0,5% per maand, paragraaf 238 AO.

<sup>124</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken, TFO 2020/169.2, p. 106.

aan een faciliteit die ondernemingsvermogen stimuleert.<sup>125</sup> De Duitse wetgever heeft deze visie geaccepteerd en dit tevens laten terugkomen in de termijn waarbinnen de faciliteit kan worden teruggenomen. Vanuit de ratio van de regeling is deze bepaling goed te begrijpen. Vanuit een ondernemer bezien zijn dergelijke regels mogelijk zeer beperkend, geen weldenkende ondernemer kan 20 jaar vooruit kijken. Bovendien beperkt deze lange termijn ook de volgende generatie voor wat betreft opties om de onderneming te verkopen.

#### 8.3.3.6. *Uitstel van betaling*

Uitstel van betaling is mogelijk voor niet kwalificerend ondernemingsvermogen op grond van art. 28 ErbStG. Dat betreft dezelfde faciliteit als toegelicht in de paragraaf over de Verschonungsbedarfsprüfung, daar ging het om kwalificerend ondernemingsvermogen. De faciliteit geldt slechts voor verschuldigde erfbelasting.

De verkrijger kan voor een periode van 7 jaar rentedragend uitstel aanvragen. Het eerste jaar is de faciliteit renteloos. De overige jaren bedraagt de rente 0,5% per maand, circa 6,17% per jaar.

Aan het verlenen van uitstel van betaling is verder nog een looncomponent en een vervreemdingsverbod gekoppeld. In essentie komt het erop neer dat indien de loonsomquote te veel daalt of het vervreemdingsverbod wordt overtreden de uitstelfaciliteit direct wordt beëindigd. In de paragraaf over de voortzettingseis zal hier nader op worden ingegaan.

#### 8.3.4. *Voorwaarden aan de schenker of erflater*

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan worden toegepast op het moment dat de schenker een direct belang in de onderneming heeft van 25%, de vennootschap haar zetel in Duitsland heeft of de leiding in Duitsland, een EU-lidstaat of een land in de EER.<sup>126</sup> De wetgever in Duitsland is van mening dat bij een aandelenbelang van 25% de aandeelhouder in de regel als ondernemer actief betrokken is bij de onderneming. Volgens de wetgever is het belangrijk juist die groep te faciliteren waarbij de aandeelhouder cruciaal is voor het behoud van werkgelegenheid. Anderzijds is ook gekozen voor een grens van 25% vanuit pragmatisch oogpunt. Het faciliteren van kleinere belangen zou namelijk leiden tot onevenredig zware uitvoeringslasten voor de Duitse Belastingdienst alsmede de onderneming in kwestie.<sup>127</sup> In dezelfde wettelijke bepaling wordt echter wel een uitzondering gemaakt voor familiebedrijven waarbij het aandelen worden gehouden door een groep familieleden. Hiervan is sprake wanneer de schenker of erflater samen met de andere aandeelhouders onderling verplicht zijn enkel gezamenlijk over de aandelen te beschikken of uitsluitend onder dezelfde verplichtingen aandelen aan andere over te dragen, waarbij het stemrecht tegenover niet gebonden aandeelhouders als een eenheid moet worden uitgeoefend.<sup>128</sup> Vanzelfsprekend is deze regeling in het leven geroepen om zeer grote familiebedrijven te faciliteren en deze ondernemingen te faciliteren in het behouden van hun meerderheidsaandeel in de onderneming. De reden voor de Duitse wetgever om deze groep aandeelhouders te faciliteren is omdat dergelijke omvangrijke familiebedrijven een grotere bijdrage leveren aan de werkgelegenheid en een tegenwicht bieden aan beursgenoteerde ondernemingen.<sup>129</sup>

Er is geen bijzondere regeling voor holdingvennootschappen opgenomen, wel zijn er regels opgesteld die eisen stellen aan het minimale belang dat (in)direct gehouden moet worden door een groepsvennootschap. Die eisen worden in de volgende paragraaf nader toegelicht.

Verder valt op dat de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling geen bezitstermijn stelt. Dit is tegenstelling tot bijvoorbeeld Nederland, waar bezitstermijnen van een (overlijden) en vijf (schenking) jaar gelden.

#### 8.3.5. *Voorwaarden aan de onderneming*

Het belang in de te schenken of vererven aandelen wordt op grond van art. 13b lid 1 sub 3 ErbStG. aangeduid als het 'begünstigungsfähiges Vermögen'. Vrij vertaald: potentieel kwalificerend vermogen. Dit potentieel kwalificerend vermogen moet vervolgens worden afgepeld tot het kwalificerend vermogen. Het niet-begunstigd

<sup>125</sup> Beschlussempfehlung Finanzausschuss Bundestag v. 22 juni 2016, BT-Drs. 18/8911, p. 38.

<sup>126</sup> Art. 13b lid 1 sub 3 ErbStG.

<sup>127</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erfachsteuerreformgesetz - ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 35.

<sup>128</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken, TFO 2020/169.2, p. 109.

<sup>129</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erfachsteuerreformgesetz - ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 35.

vermogen of het 'nicht begünstiges Verwaltungsvermögen' moet dan worden bepaald. Dit is het vermogen waar bij overgang ook direct over moet worden afgerekend.

Begünstigungsfähiges Vermögen kwalificeert op grond van art. 13b lid 2 ErbStG. voor zover de nettowaarde van het beleggingsvermogen ('Verwaltungsvermögen') wordt overschreden. Er wordt derhalve een onderscheid gemaakt tussen bruto en netto beleggingsvermogen.

Onder het bruto beleggingsvermogen wordt op grond van art. 13b lid 4 ErbStG. verstaan:

- Grond en gebouwen wanneer deze aan derden ter beschikking worden gesteld, tenzij:
  - Het onroerend goed, (delen van) terreinen en gebouwen worden verhuurd binnen de groep.<sup>130</sup>
  - Het onroerend goed, (delen van) terreinen en gebouwen dat deel uitmaakt van het bedrijfsvermogen van een onderneming en het hoofddoel van die onderneming de verhuur van de onderneming bestaat uit het verhuren van woningen in de zin van art. 181 lid 9 Bewertungsgesetz, waarbij voor de verwezenlijking van die onroerende zaak een economische activiteit vereist is.<sup>131</sup> Het gaat hier specifiek om de verhuur van woonruimte waarbij volgens de Duitse btw-wetgeving tenminste voldaan moet worden aan de volgende definitie:

‘Een woning is het geheel van een meerderheid van vertrekken die, in hun geheel beschouwd, van dien aard moeten zijn dat zij het voeren van een zelfstandige huishouding mogelijk maken. Het samenstel van een meerderheid van kamers moet een structureel afgescheiden, zelfstandige wooneenheid vormen ten opzichte van andere woningen of kamers, met name woonkamers, en moet een onafhankelijke toegang hebben. Bovendien is vereist dat de voor het voeren van een zelfstandig huishouden noodzakelijke nevenruimten (keuken, bad of douche, toilet) beschikbaar zijn. De woonoppervlakte moet ten minste 23 vierkante meter (m<sup>2</sup>) bedragen.’<sup>132</sup>
- De achtergrond van de voornoemde goedkeuring is gelegen in het feit dat de Duitse wetgever de krappe woningmarkt in Duitsland niet verder wil belasten. Op het moment dat een dergelijke onderneming onder toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling wordt overgedragen is het volgens de Duitse wetgever aannemelijk dat grote portefeuilles van woningen worden verkocht om de schenk- en erfbelasting te voldoen. Volgens de Duitse wetgever leidt dit tot negatieve effecten voor de toch al krappe woningmarkt en kan dit leiden tot huurverhogingen voor verkochte appartementen. Dit effect rechtvaardigt als bijzondere reden van algemeen belang deze vrijstelling.<sup>133</sup>
  - Het onroerend goed, (delen van) terreinen en andere met onroerende goederen gelijk te stellen rechten en gebouwen die hoofdzakelijk verhuurd om de verkoop van eigen producten te dienen.<sup>134</sup> In dit kader dient de verhuur het hoofddoel van de onderneming en is geen sprake van een belegging. Een voorbeeld hiervan zijn brouwerij-café's die aan derden worden verhuurd onder gelijktijdige sluiting van een bierleveringscontract en waar hoofdzakelijk het door de brouwerij geproduceerde bier wordt geschonken. Veel brouwerijen verkopen een groot deel van hun producten via de verhuurde pubs of café's. Het genereren van de lease-inkomsten is dus niet het hoofddoel van het contract. De huurovereenkomst maakt deel uit van het totale oorspronkelijke commerciële activiteit van de brouwerij. Hetzelfde geldt voor de lease van benzinstations door oliebedrijven.<sup>135</sup>
  - De grond of delen daarvan en onroerend goed of gelijk te stellen rechten en gebouwen welke worden overgedragen voor gebruik in de land- en bosbouw.<sup>136</sup>
- Een rechtstreeks belang in een vennootschap van 25% of minder, tenzij sprake is van een kredietinstelling, instelling voor financiële diensten of een verzekeraar.

<sup>130</sup> Art. 13b lid 4 sub c ErbStG.

<sup>131</sup> Art. 13b lid 4 sub d ErbStG.

<sup>132</sup> Art. 181 lid 9 BewG.

<sup>133</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erfachsteuerreformgesetz - ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 41.

<sup>134</sup> Art. 13b lid 4 sub e ErbStG.

<sup>135</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erfachsteuerreformgesetz - ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 41.

<sup>136</sup> Art. 13b lid 4 sub f ErbStG.

- Kunst, verzamelingen en andere voorwerpen met een privé karakter. Tenzij de vervaardiging van of de handel in bijvoorbeeld kunstvoorwerpen het hoofddoel van de onderneming is.
- Aandelen, obligaties en andere vorderingen wanneer de werkzaamheden hieromtrent niet het hoofddoel van de onderneming vormen.
- Financiële middelen, contant geld, geldelijke vorderingen en andersoortige vordering na aftrek van schulden voor zover deze 15% van het potentieel kwalificerend vermogen overstijgt.<sup>137</sup> Via de abstracte methode worden mogelijk overbodige liquide middelen buiten het kwalificerend vermogen gehouden.

De nettowaarde van het beleggingsvermogen wordt vervolgens berekend door het bruto beleggingsvermogen te verminderen met een evenredig deel van de schuld toerekenbaar aan het bruto beleggingsvermogen.<sup>138</sup> Het evenredige deel van de schuld wordt weer berekend door de verhouding tussen het beleggingsvermogen en de totale waarde in het economische verkeer van het vermogen te bepalen. Vervolgens mag nog het onschadelijke beleggingsvermogen ('unschädliche Verwaltungsvermögen') op het restant in aftrek worden gebracht. Het onschadelijke beleggingsvermogen bedraagt 10% van het potentieel kwalificerend vermogen. De laatste regeling is vergelijkbaar met de Nederlandse doelmatigheidsmarge van 5% van het beleggingsvermogen. De Duitse wetgever is van mening dat dit deel van het beleggingsvermogen ten doel heeft het kapitaal te versterken en toekomstige investeringen te faciliteren.<sup>139 140</sup>

Op grond van art. 13b lid 5 ErbStG. heeft de verkrijger nog twee jaar de tijd om een beleggingsvermogen te herinvesteren en zodoende dit vermogen alsnog te etiketteren als kwalificerend vermogen. Voorwaarde is wel dat de erflater de betreffende investering voor zijn overlijden reeds heeft gepland.

### 8.3.6. Voorwaarden aan de verkrijger

De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling kent in essentie twee voortzettingseisen: de 'Lohnsummenfrist' en de 'Behaltenfrist'.

#### 8.3.6.1. Lohnsummenfrist

Dat de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling gericht is op behoud van werkgelegenheid komt onder andere tot uiting in de Lohnsummenfrist van art. 13a lid 3 ErbStG. De vrijstelling wordt namelijk geheel of gedeeltelijk teruggenomen wanneer de totale loonkosten onder een bepaald minimum komen, aangeduid als 'Mindestlohnsumme'.

De regeling vindt toepassing door eerst de 'Ausgangslohnsumme' te berekenen. Dit is de gemiddelde loonsom van de vijf jaar voorafgaand aan de overdracht. Vervolgens is de Mindestlohnsumme wettelijk bepaald. Deze is hieronder weergegeven. In de periode van 5 of 7 jaar, afhankelijk van de toegepaste vrijstelling, mogen de loonkosten niet onder de hieronder genoemde drempels komen.

Aantal werknemers	Regelverschonung – 85%-vrijstelling <sup>141</sup>	Optionsverschonung – 100%-vrijstelling <sup>142</sup>
≤ 5	Geen Lohnsummenfrist	
6 – 10	250%	500%
11 – 15	300%	565%
≥ 16	400%	700%
<b>Termijn</b>	<b>5 jaar</b>	<b>7 jaar</b>

Komen de loonkosten, om wat voor reden dan ook, onder de drempel uit dan wordt de bedrijfsopvolgingsfaciliteit teruggenomen in dezelfde procentuele verhouding als waarmee de Lohnsummenfrist onder de drempel is uitgekomen.

<sup>137</sup> Deze bepaling geldt niet bij financiële instellingen.

<sup>138</sup> Art. 13b lid 6 ErbStG.

<sup>139</sup> Gesetzentwurf Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5923, 7 september 2015, p. 17.

<sup>140</sup> Voor een illustratieve berekening van het kwalificerende vermogen verwijs ik naar: Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken, TFO 2020/169.2, p. 112.

<sup>141</sup> Art. 13a lid 3 ErbStG.

<sup>142</sup> Art. 13a lid 10 ErbStG.



### 8.3.6.2. *Behaltensfrist*

Dat de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling kent verder nog een vervreemdingsverbod.<sup>143</sup> Zowel de 85%- of de 100%-vrijstelling als het Abzugsbetrag worden teruggenomen wanneer binnen een periode van 5 of 7 jaar de aandelen worden vervreemd. Ook wanneer binnen de genoemde termijn de vennootschap wordt geliquideerd, het kapitaal wordt verminderd of de onderneming die wordt gedreven binnen de vennootschap niet wordt voortgezet zullen de faciliteiten worden teruggenomen. De faciliteiten worden teruggenomen naar rato van de periode waaraan niet is voldaan aan de Behaltensfrist.

Op het moment dat de verkrijger binnen een periode van 6 maanden de verkoopopbrengst herinvesteerd in kwalificerend vermogen wordt de faciliteit alsnog niet teruggenomen. Daarbij dient tevens de verkoopopbrengst binnen het potentieel kwalificerend vermogen te blijven.<sup>144</sup>

Tevens dient opgemerkt te worden dat wanneer de verkrijger binnen de voortzettingstermijn teveel dividend aan zichzelf uitkeert er aan het eind van deze periode een correctie plaatsvindt.<sup>145</sup> De correctie bestaat uit de volgende formule: Uitgekeerd dividend in de voortzettingsperiode -/- de waarde van het aandeel -/- het Abzugsbetrag van € 150.000,-. Het correctiemechanisme treedt in de regel enkel in aanmerking wanneer de dividendumuitkeringen gedurende de voortzettingstermijn de waarde van het van aandeel overstijgen.

### 8.3.7. *Tussenconclusie*

De Duitse bedrijfsopvolgingsregeling is een redelijk genuanceerde regeling vanwege de doelen die het wil realiseren. Dat leidt tot een complex overzicht van regels die op elkaar inwerken. Het doel om zo veel mogelijk werkgelegenheid te behouden komt bijvoorbeeld expliciet terug in het voortzettingsvereiste. Ook het ontzien van kleine en middenbedrijven in de heffing van schenk- en erfbelasting is een nobel en gewenst streven. De wijze waarop dat uiteindelijk wordt gerealiseerd is behoorlijk gecompliceerd. De manier waarop het kwalificerend ondernemingsvermogen moet worden bepaald is in mijn ogen zeer complex. De noodzaak voor twee systemen, de Regelverschonung en de Optionsverschonung, is mij niet duidelijk. De verdere toevoegingen zoals de Vorwegabschlag, het Abschmelztarif en de Verschonungsbedarfsprüfung maken de regeling nodeloos gecompliceerd.

De Duitse wetgever houdt er ten aanzien van onroerende zaken een meer genuanceerd beeld op na. Daar dat enigszins wordt vertroebeld door woningverhuur alsnog te laten kwalificeren als kwalificerend ondernemingsvermogen. De essentie van de Duitse regeling is dat het onroerend goed binnen de onderneming moet worden gebruikt of verhuurd of dat de verhuur het hoofddoel van de onderneming moet dienen. Hoewel er enige onzuiverheden in de technische benadering te onderkennen zijn is de hoofdgedachte wel evident en duidelijk.

---

<sup>143</sup> Art. 13 lid 6 sub 4 en lid 10 sub 6 ErbStG.

<sup>144</sup> Art. 13a lid 6 ErbStG.

<sup>145</sup> Art. 13a lid 6 sub 3 ErbStG.

## **9. Rechtsvergelijkende aspecten**

### **9.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk zal de rechtsvergelijking tussen de Nederlandse, Belgische en Duitse bedrijfsopvolgingsregeling centraal staan. In dit kader zullen de drie regelingen op diverse punten worden getoetst en vergeleken. Allereerst zal gekeken worden naar het onderliggende doel van de regelingen. Vervolgens zal de toegankelijkheid van de regelingen worden getoetst. Ten derde zal de facilitering van het ondernemingsvermogen aan een nadere toets worden onderworpen. In het vierde onderdeel zal de kwalificatie van beleggingsvermogen nader worden beoordeeld. In deze paragraaf zal de aandacht met name uitgaan naar de kwalificaties rondom onroerende zaken.

### **9.2. Doel van de diverse bedrijfsopvolgingsregelingen**

De ratio's achter de bedrijfsopvolgingsregelingen betrokken in het onderzoek lijken op het eerste gezicht gelijk aan elkaar. Toch zitten er nuances en verschillen in. Het doel bepaalt in grote mate de vormgeving van de regeling. In Nederland is bij de implementatie van de algemene betalingsfaciliteit in 1956 de liquiditeitspositie van de onderneming in kwestie altijd een belangrijke overweging geweest. Later, bij de herijking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is vastgehouden aan deze gedachte en is dit verwoord als: het voorkomen dat door de verschuldigdheid van belasting bij een schenking of vererving van een onderneming de continuïteit van een onderneming in gevaar wordt gebracht. Dit doel heeft de Vlaamse decreetgever eveneens voor ogen gehad. In Vlaanderen is die continuïteit gekoppeld aan het behoud van werkgelegenheid. In Duitsland is de instandhouding van de werkgelegenheid als gevolg van de bedrijfsopvolging de voornaamste reden van het invoeren van een dergelijke regeling. De Duitse regering onderkent namelijk dat de instandhouding van de werkgelegenheid een van de drijvende krachten is achter de maatschappelijke welvaart in Duitsland.

Grosso modo kan wel gezegd worden dat alle drie de regelingen op hoofdlijnen hetzelfde doel voor ogen hebben, namelijk het fiscaal faciliteren van de geschonken of geërfde onderneming maar tegelijkertijd met instandhouding van het huidige welvaartniveau van de onderneming zonder al te verstorend te werken. Deze zin bevat uiteraard enige controverse. Een belasting werkt namelijk per definitie verstorend. Ook de genoemde bedrijfsopvolgingsregelingen, aangezien er altijd een onderscheid zal zijn tussen de verkrijger die wel of geen gebruik van de regeling kan maken. Ook kan een verschil ontstaan tussen de verkrijger die wel schenk- of erfbelasting betaald en een verkrijger die volledig vrijgesteld verkrijgt. Auteurs als Hoogeveen zijn van mening dat een bedrijfsopvolgingsregeling om die reden dient als een subsidie voor bepaalde ondernemers. Volgens Hoogeveen zou er eigenlijk een regeling moeten zijn die openstaat voor alle ondernemers, ongeacht de oorzaak van de financieringsbehoefte.<sup>146</sup> Persoonlijk vind ik dat wat ver gaan. Gegeven het doel van de bedrijfsopvolgingsregeling en de relatief grotere bijdragen van het familiebedrijf aan de arbeidsparticipatie in Nederland ben ik van mening dat enig onderscheid door middel van voorwaarden gerechtvaardigd is. Bovendien ligt de toegangdrempel, een aanmerkelijk belang van slechts 5%, al behoorlijk laag. Doeltreffender qua doelstelling is in mijn optiek de Duitse doelstelling. Door explicieter te maken wie beoogd is te faciliteren komt dat de kracht van de regeling ten goede. In Duitsland is expliciet beoogt het klein- en middenbedrijf zo veel als mogelijk vrij te stellen van belastingheffing vanwege hun bijdrage aan de economie en werkgelegenheid. Dan kost het ook minder moeite om de vrijstelling alsmede bijzonder bevoordeelde groepen daarbinnen te rechtvaardigen. Ondanks die nobele doelstelling ben ik wel van mening dat de wetgever in Duitsland wel erg ver is doorgeschoten bij het faciliteren van de grootste vermogens. De Verschonungsbedarfsprüfung kan zeer voordelig uitvallen voor een verkrijger, zeker als die verkrijger op het moment van de verkrijging zelf geen vermogen heeft. Dit is uiteraard gemakkelijk te construeren.

### **9.3. Toegankelijkheid tot de bedrijfsopvolgingsregeling**

Enige notie dient gegeven te worden aan de toegankelijkheid van de bedrijfsopvolging. Voor een wetgever is dit een afweging geweest tussen de doelstelling, robuustheid van de regeling en eenvoud. In de Nederlandse BOR is gekozen voor een aanmerkelijk belang als entreeticket. Met een belang van 5% komt de AB-houder, mits voldaan aan de overige voorwaarden, in aanmerking voor de BOR. Persoonlijk ben ik van mening dat dit percentage te laag is. Een belang van 5% impliceert namelijk geen ondernemerschap, belangen rond die omvang van grootte zijn veelal investeerders. In dat soort gevallen kan veelal geen beslissende invloed op de onderneming worden uitgeoefend. In relatie tot het doel van de Nederlandse BOR is de 5%-grens wel verklaarbaar. Op het moment de continuïteit van de onderneming de belangrijkste motivatie van de regeling is,

<sup>146</sup> Hoogeveen, M.J. De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, par. 13.4.5.2.3 en 3.4.5.2.4, p. 415-416.

is het logisch dat de wetgever in de basis zo veel mogelijk ondernemingen zou willen stimuleren. Bovendien is vanuit praktische overwegingen aangesloten bij de AB-grens van box 2 in de inkomstenbelasting. In Duitsland is bewust gekozen voor een grens van 25%. De gedachte van de Duitse wetgever is namelijk geweest dat die grens een indicatie vormt dat de aandeelhouder zelf als ondernemer bij de vennootschap betrokken is en niet slechts als belegger of investeerder.<sup>147</sup> Dat lijkt mij een valide overweging. De Duitse wetgever heeft er vervolgens bewust voor gekozen kleinere belangen niet te stimuleren, voornamelijk vanwege de administratieve lasten die daarmee voor alle betrokken partijen gepaard gaan. Wel wordt onderkend dat er in de loop der tijd zeer grote familiebedrijven kunnen ontstaan waarbij de 25% niet meer gehaald wordt per individu. Om die reden is er een soort familieregeling in het leven geroepen. Op basis hiervan is de familie verplicht de enkel gezamenlijk over de aandelen te beschikken en het stemrecht als eenheid moet worden uitgeoefend. Dit is een elegante regeling om specifiek familiebedrijven te stimuleren. De regeling doet recht aan hoe grote families in de praktijk hun ondernemingsvermogen structuren en zorgt er op die manier voor dat families met grote of controlerende invloed op een onderneming alsnog gebruik kunnen maken van de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling.

In België is evenwel voor een nog hogere grens gekozen. Wil namelijk sprake zijn van een familiale vennootschap dient sprake te zijn van een aandelenbelang van minstens 50% gehouden door de schenker of erflater en diens familie. Door de koppeling met de familie wordt vastgehouden aan het doel van de regeling, het stimuleren van familiale opvolging. Tevens bewerkstelligt dit dat niet relevant is voor de erflater hoe groot zijn belang is aangezien het belang van de directe familie tevens meetelt voor de kwalificatie of sprake is van een familiale onderneming. Ook de Vlaamse decreetgever heeft onderkend dat familiebedrijven in de loop der tijd behoorlijk kunnen uitdijen. Bijvoorbeeld omdat twee families een groot deel van de aandelen houden en de onderneming voor een deel beursgenoteerd is of private equity participeert in de structuur. In die gevallen is voorzien in een uitzondering op de hoofdregel. Wanneer er meerdere families een belang houden in een potentieel familiale vennootschap wordt alsnog voldaan aan de voorwaarde wanneer de schenker of erflater inclusief zijn familie tenminste 30% van de aandelen houden en samen met nog één andere aandeelhouder en diens familie minstens 70% van de aandelen houden in de potentieel familiale onderneming. Of tezamen met twee aandeelhouders en hun families tenminste 90% van de aandelen houden. Het is hierbij wel van belang te vermelden dat hierbij enkel wordt gekeken naar natuurlijke personen die een belang houden in de familiale vennootschap. Op het moment dat een familie haar belang via een holdingvennootschap heeft gestructureerd wordt de kwalificatie als familiale vennootschap al een stuk ingewikkelder. Het komt relatief vaak voor dat een familiehouders in dit kader de topvennootschap is en die een belang houdt in een de houdstervennootschap van de onderneming zelf en in de vennootschappen daaronder de daadwerkelijke onderneming wordt gedreven. In de basis wordt dan aan de participatievoorwaarde voldaan, echter de vennootschap zelf voert geen kwalificerende activiteit uit. Het passief houden van aandelenbelangen kwalificeert namelijk niet voor de regeling. Stel dat de tophoudster dan toch kwalificeert als een actieve houderstervennootschap dan dient tenminste een belang van 30% te worden gehouden en dient de tophoudster op geconsolideerde basis te voldoen aan de reële activiteiten-toets. Het probleem is hierbij de expliciete uitsluiting van dubbele houdersterstructuren.<sup>148</sup> Hierdoor worden veel familiebedrijven of potentiële familiale vennootschappen geraakt waardoor hen toegang tot de Vlaamse regeling wordt ontzegd, tenzij vooraf wordt geherstructureerd. Op dit punt sluit de regeling voor grotere familiebedrijven in combinatie met houdsterstructuren niet goed aan bij de bestaande praktijk. Dit punt is in de literatuur veelvuldig gesignaleerd, maar de Vlaamse decreetgever heeft tot op heden geen verandering willen brengen in deze systematiek.<sup>149</sup> Dit is in mijn ogen een gemiste kans aangezien de regeling met een beperkte aanpassing veel beter zou kunnen aansluiten bij de realiteit. Mogelijk heeft het behoud van eenvoud of robuustheid van de regeling in de ogen van de Vlaamse decreetgever toch de voorkeur genoten. Anderzijds is de regeling duidelijk en kan hiermee rekening worden gehouden bij de fiscale vormgeving van de onderneming en vooral de aandeelhouderskant van de structuur.

#### **9.4. Facilitering van het ondernemingsvermogen**

In deze paragraaf wordt vergeleken hoe het ondernemingsvermogen wordt bepaald in de betrokken landen en worden de belangrijkste haken en ogen hieromtrent besproken. Bij de bepaling van het ondernemingsvermogen voor de BOR wordt de systematiek van de IB-onderneming toegepast op de betrokken vennootschap in kwestie.

<sup>147</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erfbschaftsteuerreformgesetz - ErbStRG), Drucksache 16/7918, 28 januari 2008, p. 35.

<sup>148</sup> Parl.St. VI.Parl. 2011-20122, nr. 1326/18, 2 en 5.

<sup>149</sup> J. Lemmens & E. Smet, Schenking en vererving van familiale ondernemingen en vennootschappen: quid nove sub sole?, Accountancy & Bedrijfskunde, Kluwer – Belgium, 2013/4, p. 26.

Dat heeft als voordeel dat in essentie door de diverse groepsvennootschappen heen gekeken kan worden en de onderneming bepaald kan worden. Bij de meeste ondernemingen zal dit een vrij overzichtelijke exercitie zijn wanneer het palet aan activiteiten verricht door een onderneming overzichtelijk is. Op het moment dat er veel verschillende activiteiten worden ontplooid door de vennootschap zal de bepaling van het ondernemingsvermogen een meer tijdsintensieve exercitie zijn. Daarnaast zit er een bepaalde subjectiviteit in de vraag of een bepaalde activiteit een ondernemingsactiviteit vormt. Een goed voorbeeld daarvan is vastgoedexploitatie. Een ondernemer zal zich in de meeste gevallen op het standpunt stellen dat sprake is van een onderneming in fiscale zin terwijl uit de jurisprudentie blijkt dat een dergelijke situatie niet snel aan de orde zal zijn. Hoewel de jurisprudentie inmiddels redelijk uitgekristalliseerd is leidt deze wijze van bepalen van het ondernemingsvermogen tot rechtsonzekerheid voor de verkrijger. Bovendien komt het de uitvoeringspraktijk niet ten goede, gaat het ten koste van de eenvoud en is gebleken dat dit onderwerp veelvuldig heeft geleid tot gerechtelijke procedures. In de volgende paragraaf zal hier tevens aandacht aan worden besteed.

In België is de bepaling van het ondernemingsvermogen wat mij betreft meer geobjectiveerd. De eerste stap is om vast te stellen of de familiale vennootschap een kwalificerende activiteit uitvoert zoals genoemd in de Vlaamse Codex. De tweede stap is om te beoordelen of de vennootschap vervolgens reële activiteiten uitvoert. Onder reële activiteiten verstaat de decreetgever vervolgens dat de totale loonkosten tenminste 1,5% van de totale activa moeten uitmaken. Daarnaast mag het balanstotaal niet voor meer dan 50% bestaan uit gebouwen en terreinen bestaan. Deze regeling is zeer eenvoudig en doeltreffend. De keerzijde van een eenvoudige rekenregel is dat er geen of slechts beperkt ruimte voor interpretatie of discussie bestaat. Vanuit wetgevend en uitvoerend perspectief is deze vormgeving interessant en leidt dit tot een robuuste regeling. Het nadeel is dus dat de grens in de praktijk hard kan zijn. Zijn de loonkosten 0,01% te laag en onroerende goederen op de balans 0,01% te hoog dan loopt de vennootschap de kwalificatie als familiale vennootschap mis en kan in zijn geheel geen beroep meer worden gedaan op de Vlaamse gunstregeling.

De Duitse regeling ontbeert de schoonheid van eenvoud. Duitse Gründlichkeit heeft vooral gezorgd voor een ingewikkelde en onoverzichtelijke methode om het begünstigungsfähiges Vermögen te bepalen. Het lijkt alsof er aan iedere doelgroep gedacht is. Om het klein- en middenbedrijf uit de wind te houden is het Abzugsbetrag ingevoerd. Om ervoor te zorgen dat ook de welvarende opvolger de verschuldigde belasting kan betalen is de Verschonungsbedarfsprüfung ingevoerd. De Vorwegabschlag is ingevoerd familiebedrijven onder omstandigheden extra te faciliteren. Tot slot kan de verkrijger dan ook nog kiezen uit twee typen vrijstellingen (85%- en 100%-vrijstelling). Dit geheel aan regels maakt het voor de verkrijger verre van overzichtelijk. Op bijvoorbeeld het punt van de Vorwegabschlag kan Nederland eventueel wel zijn voordeel doen door te kijken naar de Duitse regeling. Als de Nederlandse wetgever specifiek het Nederlandse familiebedrijf zou willen stimuleren kan dit ook door een bijzondere regel in te voeren die familiebedrijven onder bepaalde voorwaarden een additionele korting geeft op de hoogte van het ondernemingsvermogen. Dat zou de doelmatigheid van de Nederlandse regeling in ieder geval kunnen vergroten. Wat verder valt op te maken uit de Duitse regeling is dat de grens van € 26 miljoen tot waar het vermogen wordt gefaciliteerd een zeer bewuste is. Toepassing van de regeling boven die grens betreft slechts circa 1% van alle schenkingen en nalatenschappen. Vanuit budgettair perspectief is het goed dat de voordelen van de faciliteit niet ongelimiteerd kunnen oplopen. Op basis van het draagkrachtbeginsel valt een dergelijke progressiviteit ook te rechtvaardigen in mijn optiek.

### **9.5. De bepaling van het beleggingsvermogen en de positie van onroerende zaken**

In de vorige paragraaf is reeds aan de orde gekomen de bij de bepaling van de BOR het ondernemingsvermogen en de ondernemingstoets het uitgangspunt vormen. Ondernemingsvreemde activiteiten, waaronder beleggingsactiviteiten, worden om die reden gekwalificeerd als beleggingsvermogen. Hetzelfde geldt voor activiteiten die kwalificeren als normaal vermogensbeheer. Hieronder valt onder andere het houden van een aandelenportefeuille, maar in veel gevallen ook vastgoedexploitatie. In het eerste hoofdstuk is reeds aan de orde gekomen onder welke voorwaarden sprake is van normaal vermogensbeheer in relatie tot de verhuur van onroerende zaken. Hieruit volgt dat de onderneming tenminste moet kunnen aantonen dat sprake is van Arbeid+ en een streven naar een Rendement+ wil sprake kunnen zijn van meer dan normaal vermogensbeheer om de vastgoedexploitatie tot de fiscale onderneming te kunnen rekenen. Het uitvoeren van deze toets is een behoorlijk tijdrovende exercitie, aangezien de analyse zeer feitelijk van aard is. Zowel voor de onderneming in kwestie als de Belastingdienst zijn dergelijke trajecten dan ook vaak tijdsintensief.

Hoewel de rechtsregel duidelijk is, is de norm in de praktijk vaag. Althans door kleuring van de feiten en omstandigheden kan een beeld ontstaan dat de indruk wekt dat sprake is van een zeer actieve verhuuronderneming, terwijl in werkelijkheid de betreffende verhuurder zich niet anders gedraagt dan 'reguliere' verhuurders. De casus in hoofdstuk twee is daar een goed voorbeeld van. Ook halen Berkhout en Hoogeveen in hun artikel uit 2015 enkele voorbeelden aan waarbij de tegengestelde belangen van de ondernemer tegenover de belastingdienst al te meer duidelijk worden.<sup>150</sup> Inmiddels in de jurisprudentie redelijk uitgekristalliseerd onder welke omstandigheden sprake kan zijn van een verhuuractiviteit die als ondernemingsactiviteit kan worden gezien. Het nadeel van deze jurisprudentie is dat de omstandigheden van het geval vaak zeer bepalend zijn voor de uitkomst. De omstandighedencatalogus die Berkhout en Hoogeveen in hun artikel voorstellen kan een toetsingskader vormen aangezien dit is afgeleid uit bestaande jurisprudentie. De vraag echter is of zo'n toetsingskader de oplossing is, hoogstens een hulpmiddel. Uiteindelijk is de rechtsregel niet onduidelijk. De onderneming dient aannemelijk te maken dat met zijn arbeid uiteindelijk dusdanige extra dienstverlening wordt verricht of werkzaamheden worden verricht waardoor dit de normale instandhoudingswerkzaamheden overtreft. Op basis van de verrichte activiteiten binnen een verhuuronderneming zijn die werkzaamheden te abstraheren van de instandhoudingswerkzaamheden. De Rendement+-eis ook op basis van beschikbare data inzichtelijk te maken. Heeft de onderneming zijn streefrendement inzichtelijk te hebben, waarbij onderscheid gemaakt moet worden tussen het directe en het indirecte rendement. Is het nagestreefde directe rendement beoogd en hoger dan een objectieve vergelijking met een geaccepteerde benchmark dat ligt hierin een sterke aanwijzing besloten voldaan is aan de Rendement+-eis. Is aan beide eisen voldaan dan is in de regel sprake van een onderneming in fiscale zin.

De Nederlandse systematiek is dus in zijn uitwerking bewerkelijk en vraagt een gedegen weging van de feiten en omstandigheden om tot de juiste conclusie te komen. In België zien we dat voor een diametraal andere benadering is gekozen. Verhuuractiviteiten worden in de basis uitgesloten van de regeling. De rechtvaardiging hiervoor wordt gezocht in het feit dat deze activiteit ofwel een privé karakter met zich draagt ofwel te weinig reële economische activiteit meebrengt. Vanuit de gedachte dat de Vlaamse gunstregeling tot doel heeft het stimuleren van duurzame werkgelegenheid valt voor dit standpunt begrip op te brengen. Voor de instandhouding van onroerende zaken en verhuuractiviteiten is nu eenmaal niet veel arbeid nodig in vergelijking tot andere sectoren. Als een familiale onderneming zich toch zeer intensief met verhuur gerelateerde bezighoudt is het goed mogelijk dat de totale loonkosten meestijgen en de drempel van 1,5% van het balanstotaal wordt gehaald. In de Vlaamse gunstregeling is dus geen sprake van uitsluiting van verhuuractiviteiten, slechts van die activiteiten die in de ogen van de decreetgever te weinig economische waarde toevoegen om deze te faciliteren in het kader van een bedrijfsopvolging. De Vlaamse decreetgever is er dus in geslaagd om een objectieve maatstaf in te voeren die relatief eenvoudig kan worden berekend. Dat lijkt de deur open te zetten voor manipulatie. Door de toetsingsperiode van 3 jaar en de voortzettingseis van 3 jaar lijkt manipulatie van de rechtsregel niet echt voor de hand te liggen.

De kwalificatie van onroerend goed wordt in de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling beoordeeld als onderdeel van de vraag of dit activum gerekend dient te worden tot het Verwaltungsvermögen ofwel het bruto beleggingsvermogen. In de basis zijn verhuurde onroerende zaken bij wet aangemerkt als beleggingsvermogen. De uitzonderingen daarop zijn: wanneer de verhuur plaatsvindt aan de eigen groep of onderneming, woningen worden verhuurd, de verhuur in het verlengde light van het hoofddoel van de onderneming, worden gebruikt voor land- en bouwdoeleinden. De Duitse wet geeft simpelweg aan, niet enkel voor onroerende zaken, welke categorieën activa worden aangemerkt als beleggingsactiviteit. Een bewust keuze van de wetgever. De wetgever is in mijn ogen redelijk zuiver geweest in zijn benadering. Ten aanzien van de verhuur van woningen is de argumentatie echter niet geheel zuiver wat mij betreft. De wetgever ziet de activiteit namelijk onder omstandigheden wel als ondernemingsvermogen omdat de Duitse woningmarkt krap is. Die argumentatie is wat mij betreft niet zuiver. Voor kantorenvastgoed zou dan hetzelfde gesteld kunnen worden, aangezien het niet faciliteren van dit type vastgoed dan zou kunnen leiden tot de verkoop van kantorenportefeuilles en dat op haar beurt weer kan leiden tot hogere huurprijzen. Hier zit duidelijk een politieke motivering achter die afbreuk doet aan de beoordelingssystematiek. Het staat een wetgever uiteraard vrij om die keuze te maken. Ondanks deze onzuiverheid kan niet gesteld worden dat de ingewikkelde Duitse bedrijfsopvolging op het punt van de behandeling van onroerende zaken onduidelijk is.

---

<sup>150</sup> T.M. Berkhout & M.J. Hoogeveen, Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus, WFR 2015/4.

## **10. De toekomst van de bedrijfsopvolging**

### **10.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de recente ontwikkelingen rondom de BOR in Nederland en welke richting dit op wijst. Op het moment van schrijven zijn geen concrete wetsvoorstellen gepubliceerd. Uit diverse bronnen kan echter wel een richting worden afgeleid. De discussie rondom de vormgeving is uiteraard niet nieuw. Sinds de invoering van de BOR worden door zowel voor- als tegenstanders van de regeling opiniërende stukken gepubliceerd. Belangenverenigingen en advieskantoren zijn veelal voor behoud van de regeling, een verdere uitbreiding of het wegnemen van de bestaande knelpunten. Door tegenstanders in bijvoorbeeld de politiek of wetenschappers wordt veelal aangevoerd dat de regeling te royaal is en voorziet in de oplossing van een probleem wat er feitelijk niet is. In dit hoofdstuk wordt de tendens van de laatste jaren beschreven en worden tevens de voornemens van het kabinet Rutte IV nader onder de loep genomen.

### **10.2. Bouwstenenrapporten**

Op 18 mei 2020 is het pakket 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' aangeboden aan de Tweede Kamer.<sup>151</sup> Een rapport bestaande uit maar liefst veertien onderdelen. Dit rapport kan worden gezien als een verzameling van bouwstenen en heeft ten doel een volgend (of huidig) kabinet bouwstenen en beleidsopties aan te reiken om de toekomst van de Nederlandse belastingheffing vorm te geven. Een breed scala aan vraagstukken wordt in de rapporten behandeld, onder andere de toekomst van het Nederlandse boxenstelsel, de vereenvoudiging van het belastingstelsel, vergroening, het tegengaan van grondslagerosie etc. De BOR komt in deze rapporten ook aan de orde.

In het rapport 'Belasten van (inkomen) uit aanmerkelijk belang' wordt uitgebreid ingegaan op de BOR en de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting.<sup>152</sup> Het rapport signaleert dat eerdere verruimingen van de BOR steeds zijn gebaseerd op de primaire doelstelling van de regeling (het voorkomen van liquiditeitsproblemen) en niet nader (kwalitatief) zijn onderbouwd. Dat leidt vervolgens tot de constatering, op basis van onderzoek verricht door Stichting Economisch Onderzoek ('SEO'), dat ten gevolge van informatieasymmetrie een financieringsprobleem kan optreden. De BOR lost dat financieringsprobleem in principe op. SEO spreekt van een cadeaueffect. Ook blijkt uit intern onderzoek van de Belastingdienst dat in 75% van de onderzochte nalatenschappen over 2017 er voldoende vrije middelen waren om ook zonder de BOR de erfbelasting te kunnen betalen. Om deze reden wordt de BOR beperkt doelmatig geacht door de onderzoekers. Deze conclusie van de onderzoekers verdient echter wel enige nuancering. Het aangehaalde SEO-rapport maakt namelijk in de eerste alinea van het rapport duidelijk dat een zuivere analyse van de doeltreffendheid en doelmatigheid van de BOR waarbij inzichtelijk wordt gemaakt in welke mate bedrijven als gevolg van gebruik van één of meer regelingen worden overgedragen, die zonder het bestaan van die regelingen niet zouden worden overgedragen, niet mogelijk is. De benodigde gegevens daarvoor ontbreken. Vanwege het gebrek aan kwalitatief goede data is gekozen voor een alternatieve onderzoeksmethode en is gewerkt met talloze aannames.<sup>153</sup> Hoewel de gepresenteerde cijfers uit het SEO-onderzoek in het Bouwstenen-rapport het uitgangpunt vormen voor verdere verbetering van de doorschuifregeling is de onzekerheid met betrekking tot de juistheid ervan waarschijnlijk relatief groot.

Met betrekking tot de doorschuifregeling zou de uitstelbare claim niet groter mogen zijn dan nodig is om de belemmering van de continuering van de onderneming weg te nemen. Op het moment dat een grotere vrijstelling wordt verleend treedt een cadeaueffect op. SEO concludeert dat bij 7% tot 33% van de bedrijfsoverdrachten de doorschuifregeling doeltreffend is in de zin dat het gebruik van de regeling ervoor heeft gezorgd dat er sprake was van een rendabele investering.<sup>154</sup> Het blijft echter onduidelijk volgens de onderzoekers of de doorschuifregeling strikt noodzakelijk is om de continuïteit van de over te dragen onderneming te borgen. Dat heeft onder meer te maken met het feit dat belasting op basis van de invorderingswet gespreid betaald kan worden, externe financiering kan worden aangetrokken of enige belasting

---

<sup>151</sup> Bouwstenen voor een beter belastingstelsel Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149.

<sup>152</sup> Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang, Bouwstenen voor een beter belastingstelsel Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149, 1 mei 2020.

<sup>153</sup> SEO Economisch Onderzoek, 'Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht', (in opdracht van het ministerie van economische zaken), Amsterdam, 2015, p. 5.

<sup>154</sup> SEO Economisch Onderzoek, 'Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht', (in opdracht van het ministerie van economische zaken), Amsterdam, 2015, p. 8.

uit privé middelen kan worden betaald.<sup>155</sup> De eindconclusie is dat de grens tussen een doelmatige regeling en het voorkomen van het cadeaueffect op voorhand niet exact te bepalen is. Voor zover ingrijpen van overheidswege noodzakelijk is zou dit moeten zien op het vermeende marktfalen met betrekking tot bedrijfsverdrachten. Dat betekent dat als het marktfalen op de kapitaalmarkt plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat een ondernemer moeilijk aan financiering voor de bedrijfsovername kan komen, daar zou moeten worden ingegrepen. Volgens de onderzoekers voorziet de uitstelregeling in de invorderingswet daar thans al in. Het effect van de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting lijkt daarmee beperkt. Voorgesteld wordt dan ook om de doorschuifregeling te versoberen, maar vanwege de samenloop met de BOR deze regelingen in samenhang te versoberen of te vereenvoudigen.<sup>156</sup> Versobering van deze regelingen zou namelijk tot gevolg hebben dat de prikkel tot fiscaal gedreven belastinguitstel wordt beperkt of weggenomen.

De paragraaf over de doorschuifregeling zet de toon voor de passages over de BOR. Door de onderzoekers wordt geconstateerd dat circa 75% van de bedrijven in Nederland kwalificeert als familiebedrijf. Dat illustreert de noodzaak voor de BOR, omdat de BOR de financieringslast voor de overnemer sterk reduceert. Sinds de aanpassingen van de BOR in 2010 zijn er volgens de Belastingdienst geen gevallen meer geconstateerd waarbij de schenk- en erfbelasting een belemmering vormde voor de continuïteit. Volgens de onderzoekers is de regeling daarmee doeltreffend, maar wordt het hoofdzakelijke probleem niet aangepakt. In feite is namelijk sprake van een financieringsprobleem.<sup>157</sup> De onderneming in kwestie kan namelijk niet of onvoldoende zijn liquide middelen vrijmaken waardoor een tekort aan liquiditeit kan ontstaan. Daarmee is in feite sprake van een kapitaalmarktprobleem, met name voor het MKB. Het aanpakken van de toegang tot de kapitaalmarkt, met name voor het MKB, zou dan ook de meest doeltreffende verbeteractie zijn. Het financieringsprobleem is volgens de onderzoekers echter moeilijker te verbeteren dan het aanpassen van de BOR. Hierdoor wordt een aanpassing van de invorderingswet geschikter geacht, dan wordt namelijk uitgegaan van een hogere schenk- of erfbelasting en een royale betaling.<sup>158</sup>

Als het op de uitvoerbaarheid aankomt kent ook de BOR een grote mate van complexiteit in de uitvoering. Dat heeft te maken met de gedetailleerde regels die zijn opgesteld bij het gebruik ervan alsmede het feit dat belastingplichtigen de feiten en omstandigheden willen aanpassen om een groter deel van het vermogen als ondernemingsvermogen te laten kwalificeren.<sup>159</sup> Ook grijpen meerdere regelingen op elkaar in hetgeen de complexiteit vergroot. Volgens de Belastingdienst leiden de volgende punten tot de meeste discussie in de praktijk<sup>160</sup>:

1. Het drijven van een onderneming: de beantwoording van de vraag of een onderneming wordt gedreven in fiscale zin. Met name casussen waarbij het gaat om de verhuur van onroerend goed nemen veel tijd in beslag. Telkens dient een feitelijke toets plaats te vinden, vindt veel vooroverleg plaats en worden op dit vlak relatief veel procedures gevoerd.
2. Het onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen: het aanbrenge van de splitsing tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Met name discussies over de omvang van het beleggings- en/of keuze vermogen nemen veel tijd in beslag.
3. Type aandelen en kwalificatie aanmerkelijk belang: niet ieder type belang geeft toegang tot de BOR. Door alle uitzonderingen en bijzondere aandeelhoudersstructuren slokken dergelijke vraagstukken veel behandelcapaciteit op, zowel in de uitvoering als in de controle achteraf.

Vanwege onder andere de hiervoor beschreven redenen worden door de onderzoekers de volgende beleidsopties aangereikt om de BOR scherper toe te spitsen danwel te versoberen<sup>161 162</sup>:

---

<sup>155</sup> Idem 158, p. 53.

<sup>156</sup> Idem 158, p. 54.

<sup>157</sup> Idem 158, p. 58-59.

<sup>158</sup> Idem 158, p. 59.

<sup>159</sup> Uit een inventarisatie blijkt dat er maar liefst 81 hoofdvoorwaarden zijn voor de BOR en doorschuifregeling gezamenlijk, waar bovendien vaak nog een of meerdere sub voorwaarden aan verbonden zijn.

<sup>160</sup> Idem 158, p. 63.

<sup>161</sup> Idem 158, p. 64.

<sup>162</sup> Voor een totaaloverzicht van alle beleidsopties wordt verwezen naar: Fichebundel beleidsopties, Bouwstenen voor een beter belastingstelsel Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149, 1 mei 2020, Fiches 26, 27, 28, 29, 30, 152, 153 .

1. Beperk de BOR binnen de S&E-belasting: Een optie om de vrijstelling over de waarde going concern te verlagen naar 25%. De 100%-vrijstelling van de going concernwaarde tot € 1.134.403 (2022) vervalt dan en de vrijstelling van 83% voor zover de going concernwaarde meer bedraagt dan € 1.134.403 (2022) wordt dan afgetopt op 25%. De omvang van de vrijstelling wordt daarbij afgetopt op € 5 miljoen ondernemingsvermogen. De huidige vrijstelling van 100% voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern zou dan wel blijven bestaan. Om acute betaling van schenk- of erfbelasting bij bedrijfsopvolging te voorkomen blijft uitstel van betaling met 10 jaar op grond van de Invorderingswet mogelijk.

Een verdergaande beleidsoptie die wordt gedaan is het geheel afschaffen van de waarde going concern vrijstelling in de BOR. Deze optie vindt haar achtergrond in het feit dat het feit van de BOR zeer scheef is verdeeld. Jaarlijks passen circa 1500 tot 2000 verkrijgers de BOR toe. Ruim 50% van het budgettaire beslag van ruim 400 miljoen komt ten goede aan ca. 40-50 gevallen per jaar waarbij sprake is van een verkregen vermogen groter dan € 5 miljoen. In dergelijke gevallen staat toepassing van de BOR op gespannen voet met het draagkrachtbeginsel. Afschaffing van de vrijstelling waarde going concern zou een erfelijke vermogensongelijkheid doen verminderen.<sup>163 164</sup>

2. Merk verhuurd vastgoed standaard aan als beleggingsvermogen voor de BOR en de doorschuifregeling: door verhuurd vastgoed wettelijk aan te merken als beleggingsvermogen wordt duidelijkheid richting toekomstige verkrijgers verschaft en wordt de toezicht capaciteit vanuit de Belastingdienst beperkt. Bovendien zou de verschuldigde belasting betaald kunnen worden met als onderzetting een of meerdere panden uit de portefeuille of zou een deel van de portefeuille verkocht kunnen worden.
3. Kleine aanmerkelijk belangpakketten uitzonderen van BOR: bij toegang tot de BOR zou het moeten gaan om een bedrijfsopvolging waarbij de aandeelhouder ook een wezenlijk economisch belang in de onderneming. De grens van 5% wordt daarbij te laag geacht. Een concreet voorstel voor een hoger percentage wordt niet gedaan.

Wat er uiteindelijk van deze beleidsopties in de praktijk terecht komt is aan het kabinet. In de volgende paragrafen zal beknopt aandacht worden besteed aan de politieke ontwikkelingen op dit vlak.

### **10.3. Ontwikkelingen in de Tweede Kamer en het coalitieakkoord 2021-2025 ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’**

Op 5 november 2020 is door Tweede Kamerlid Palland een motie ingediend die ervoor pleit de BOR te behouden en de regering tevens verzoekt in kaart te brengen welke factoren bijdragen aan een goede bedrijfsopvolging en met welke beleidsopties deze zouden kunnen worden versterkt.<sup>165</sup> In vervolg daarop is op 9 februari 2021 door hetzelfde Kamerlid een uitgebreide initiatiefnota verschenen.<sup>166</sup> De nota is een veel breder betoog om de positie van familiebedrijven in Nederland te verbeteren. De nota adviseert het kabinet bij een herziening van het belastingstelsel het belang van familiebedrijven en de effectiviteit van een regeling als de BOR in het oog te houden. De staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat heeft bij Kamerbrief van 21 juli 2021 gereageerd op de voornoemde Kamerstukken.<sup>167</sup> De staatssecretaris geeft aan dat de aandacht voor familiebedrijven en bedrijfsopvolging meeloopt in de reguliere beleidsterreinen zoals mkb, scholing, innovatie en fiscaliteit en is op deze wijze goed geborgd. Voor wat betreft de fiscaliteit voegt zij eraan toe dat reguliere evaluatie van fiscale regelingen gericht op bedrijfsopvolging in het vierde kwartaal van jaar 2021 zou kunnen worden verwacht. Inmiddels is door de staatssecretaris van Financiën aangegeven dat de evaluatie van de bedrijfsopvolgingsregeling en de reactie van het kabinet pas in het eerste kwartaal van 2021 kan worden verwacht.<sup>168</sup> Wel wordt in de brief aangegeven dat op zijn vroegst parameteraanpassingen mogelijk zouden zijn

<sup>163</sup> Fichebundel beleidsopties, Bouwstenen voor een beter belastingstelsel Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149, 1 mei 2020, p. 55.

<sup>164</sup> 40% van het budgettaire beslag van de BOR in de periode 2010 tot en met 2016 (€ 1,1 miljard) op het conto van slechts 2% van alle verkrijgers van ondernemingsvermogen (circa 300 verkrijgers). Deze 2% verkrijgen ondernemingsvermogen met een waarde van meer dan € 5 miljoen en de gemiddelde waarde van de verkrijgingen van deze groep bedraagt € 19 miljoen. Synthesrapport, Bouwstenen voor een beter belastingstelsel Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149, 1 mei 2020, p. 57.

<sup>165</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35 570 XIII, nr. 29.

<sup>166</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35 724, nr. 2.

<sup>167</sup> Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 11 juni 2021, kenmerk: DGBI-O / 21140858.

<sup>168</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 11 oktober 2021, kenmerk: 2021-0000212344.



per 1 januari 2023, mits tijdige besluitvorming plaatsvindt. Voor meer ingrijpende voorstellen is op voorhand niet te zeggen wanneer deze implementeerbaar zouden zijn, omdat hierbij een integrale afweging gemaakt dient te worden.

Het kabinet Rutte IV zal naar verwachting de BOR op punten wijzigen. Zij heeft in het coalitieakkoord namelijk het volgende opgenomen over de bedrijfsopvolgingsregeling<sup>169</sup>:

“De continuïteit van familiebedrijven wordt ondersteund door (reële) bedrijfsopvolging eenvoudiger en eerlijker te maken. Tegelijkertijd wordt oneigenlijk gebruik van de regeling tegengegaan.”

#### **10.4. Tussenconclusie**

Met de passage uit het regeerakkoord sluit dit hoofdstuk af. De laatste jaren hebben met name de Bouwstenenrapporten het nodige stof doen opwaaien. Er is door vakspecialisten, opiniemakers, belangenverenigingen en advieskantoren uitgebreid op gereageerd. Die reacties heb ik niet meegenomen in dit hoofdstuk. Het doel van dit hoofdstuk was om de lezer een beeld te geven hoe er vanuit Den Haag tegen de BOR aan wordt gekeken. Dat er in de toekomst wijzigingen kunnen worden verwacht is inmiddels wel duidelijk. Het kabinet Rutte IV heeft zelfs al door laten schemeren welke kant die wijzigingen op gaan. In het laatste afsluitende hoofdstuk, de conclusies en aanbevelingen, zal ik mijn visie hierop delen met de lezer.

---

<sup>169</sup> Coalitieakkoord 2021-2025 ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, 15 december 2021.

## **11. Conclusies en aanbevelingen**

### **11.1. Inleiding**

In deze masterscriptie is een rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar de werking van de BOR naar aanleiding van de arresten van 18 juni 2021. In het eerste hoofdstuk is de BOR uitgebreid beschreven. In het tweede hoofdstuk zijn de arresten van 18 juni 2021 geanalyseerd. In het daaropvolgende hoofdstuk is gekeken naar de vormgeving van de bedrijfsopvolgingsregelingen in de ons omringende landen. Met die informatie is in het op een na laatste hoofdstuk een rechtsvergelijking uitgevoerd. In het laatste hoofdstuk zijn enkele relevante ontwikkelingen vanuit wetgevend perspectief toegelicht. De bevindingen uit deze hoofdstukken hebben gediend ter beantwoording van de deelvragen zoals geformuleerd in de onderzoeksopzet. In de conclusie zal de onderzoeksvraag worden beantwoord, gevolgd door de aanbevelingen. Afgesloten wordt met een kritische reflectie op het onderzoeksproces.

### **11.2. Beantwoording van de onderzoeksvraag en deelvragen**

#### **11.3. Deelvragen**

##### **11.3.1. Wat is de achtergrond van de toepassing van de BOR op vastgoedondernemingen?**

De achtergrond van de BOR specifiek ten aanzien van vastgoedondernemingen verschilt niet van het algemene doel van de BOR. Het doel is het voorkomen van dat de verschuldigdheid van belasting bij schenking of vererving van een onderneming de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Dit is direct het punt waar de handschoen wringt. De BOR is alleen van toepassing op ondernemingsvermogen. Ten aanzien van vastgoed zijn de smaken beperkt. Is sprake van projectontwikkeling dan wordt in principe een onderneming gedreven. Is sprake van verhuur dan moet een belastingplichtige kunnen aantonen dat normaal vermogensbeheer wordt overschreden. Er dient dan sprake te zijn van een dusdanig arbeidselement dat tot uitdrukking komt in de verhuurwerkzaamheden dat voldaan wordt aan het eerste ondernemingscriterium, een organisatie van kapitaal en arbeid. De verrichte werkzaamheden liggen in dat geval niet in het verlengde van het beheer van onroerende zaken en kwalificeren tevens niet als instandhoudingswerkzaamheden. De arbeid moet naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel hebben het behalen van voordelen uit de onroerende zaak, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat. Dat brengt mij direct bij het tweede criterium, het nagestreefde rendement. De belastingplichtige moet in dat geval een rendement nastreven dat het rendement gerealiseerd bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Het aantonen dat sprake is van een onderneming ten aanzien van de verhuuractiviteiten is een exercitie die zeer feitelijk van aard is en in de praktijk niet gemakkelijk.

##### **11.3.2. Welke elementen spelen een belangrijke rol in de arresten van 18 juni 2021?**

De arresten van 18 juni 2021 laten eens te meer zien dat het niet gemakkelijk is om aan te tonen dat onder omstandigheden sprake is van een onderneming in fiscale zin ten aanzien van de verhuuractiviteiten. Uiteindelijk blijken de feiten van de casus niet in het voordeel te spreken van de belastingplichtige en zijn de feitelijke instanties stellig in hun uitspraak dat de verhuuractiviteiten van de erflater niet kunnen leiden tot de kwalificatie van onderneming. Zowel de Rechtbank als het Hof zijn van mening dat de factor arbeid met name in het verlengde ligt van het beheer van onroerende zaken, de werkzaamheden kwalificeren als instandhoudingswerkzaamheden en de werkzaamheden nauw verband houden met het kunnen verhuren van de onroerende zaken. In andere woorden, het beheren van een grote vastgoedportefeuille vergt veel tijd en arbeid, echter de daarmee gepaard gaande activiteiten overstijgen niet de grens van normaal vermogensbeheer daar zij meer op instandhouding zijn gericht. De BOR wordt enkel van toepassing verklaard op de projectontwikkelingsactiviteiten. De HR laat dit oordeel onverkort in stand.

De casus toont eens te meer aan dat het voor belastingplichtigen in de praktijk erg moeilijk is om aan te tonen dat sprake is van een onderneming in fiscale zin. Uiteindelijk zijn de feiten in deze casus onvoldoende om tot die conclusie te komen, maar het onderstreept nog maar eens dat de lat voor vastgoedondernemingen erg hoog ligt. Voor de belastingplichtige wordt de opvolging daarmee een dure aangelegenheid. In veel gevallen zal dit ertoe leiden dat een deel van de onroerend goed portefeuille liquide gemaakt moet worden om de verschuldigde schenk- of erfbelasting te kunnen voldoen. De onderhavige casus verandert daar niets aan, in die zin is het jammer dat het arrest van de HR vrijwel geen standpunten bevat en een beperkte bijdrage levert aan de rechtsontwikkeling.

### *11.3.3. Hoe is bedrijfsopvolging vormgegeven in onze buurlanden België en Duitsland?*

In deze deelconclusie zal ik enkel ingaan op de positie van onroerend goed ten aanzien van beide bedrijfsopvolgingsregelingen. In zowel België als Duitsland worden projectontwikkelingsactiviteiten gezien als een ondernemingsactiviteit. In België is het daarbij overigens wel van belang dat die vennootschap separaat kwalificeert als een familiale vennootschap of op houdsterniveau wordt voldaan aan de houdsterregeling. De Belgische regeling voorziet in een duidelijke toegang tot de bedrijfsopvolgingsregeling (waarbij ik nu abstraheer van de overige voorwaarden). De eerste drempel is de kwalificatie als familiale vennootschap. Er dient sprake te zijn van een van de genoemde handelsactiviteiten. Daarnaast is het van belang dat de vennootschap een reële economische activiteit uitoefent. Deze maatstaf is geobjectiveerd en de vennootschap moet daarbij cumulatief aan de volgende voorwaarden voldoen: (i.) dat de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen een percentage gelijk of lager dan 1,50 % uitmaken van de totale activa én (ii.) de terreinen en gebouwen mogen niet meer dan 50% uitmaken van de totale activa. Deze bepaling sluit effectief passieve verhuurders uit. Wel is genoeg ruimte gecreëerd om verhuurd onroerend goed als weerstandsvermogen binnen de vennootschap te behouden (naast de andere ondernemingsactiviteit) zonder dat dit ten koste gaat van de toegang tot de gunstregeling of dit aan wordt gemerkt als beleggingsvermogen. Op het moment dat verhuurder zeer actief is en dus veel arbeid inzet om zijn product rendabel te verhuren kan hij nog steeds kwalificeren als familiale vennootschap. Van een totale uitsluiting dus geen sprake. De Vlaamse wetgever heeft hier wel een duidelijke lijn getrokken en daardoor blijft de regeling in zijn algemeenheid overzichtelijk en ook uitvoerbaar.

Overzichtelijk en uitvoerbaar zijn twee aspecten die de Duitse bedrijfsopvolgingsregeling ontbeert. Er is een zeer ingewikkelde methodiek opgesteld om het ondernemingsvermogen te bepalen. Echter, ten aanzien van de kwalificatie beleggingsvermogen is de wetgever redelijk rechtlijnig te werk gegaan. Onroerende zaken die het ondernemingsdoel rechtstreeks ten dienste staan kwalificeren in principe als ondernemingsvermogen. Ook wanneer de onroerende zaak wordt verhuurd om de verkoop van het eigen product te dienen is sprake van ondernemingsvermogen. Verhuurde onroerende zaken waarbij aan derden wordt verhuurd of waarbij de link met de eigen onderneming te beperkt is kwalificeren als beleggingsvermogen. Met uitzondering van de verhuur van woningen. Deze laatste categorie had eigenlijk ook uitgezonderd moeten worden, maar vanwege de gespannen woningmarkt in Duitsland heeft de wetgever hier vanaf gezien.

### *11.3.4. Op welke punten zijn de Vlaamse en Duitse bedrijfsopvolging vergelijkbaar met de Nederlandse BOR, in het bijzonder als het gaat om de behandeling van vastgoed binnen de regeling?*

Een belangrijk verschil in tussen de ratio's van de regelingen is dat de Belgische en Duitse regelingen explicieter gekoppeld zijn aan het behoud van werkgelegenheid. Dat komt onder andere tot uiting in de voortzettingseisen. Dit geeft tevens een stevigere wettelijke basis om activiteiten die economisch gezien te weinig werkgelegenheid creëren buiten de regeling te houden.

Het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen komt onder mee tot uiting in het minimum aandelenbelang dat een schenker of erfflater tenminste moet houden in de onderneming. In België en Duitsland worden aandelenbelangen van 50% (inclusief het belang van directe familie) resp. 25% aangehouden voordat de schenker of erfflater überhaupt gebruik kan maken van de regeling. Dit werkt vanzelfsprekend bevorderend voor het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen, omdat in de meeste gevallen een dergelijk aandelenbelang niet wordt aangehouden ter belegging. In vrijwel alle gevallen zal de aandeelhouder ook direct betrokken zijn bij de onderneming. Dat kan in Nederland niet op voorhand worden gezegd met een grens van 5% aandelenbelang als entree voor de BOR. Uiteraard worden er in Nederland eisen gesteld aan de verkrijger, zoals de werknemerseis. Het verdient aanbeveling de huidige 5% grens te verhogen om reële bedrijfsopvolgingen ook daadwerkelijk te faciliteren. Van kleine belangen kan op zich al afgevraagd worden of deze überhaupt gefaciliteerd moeten worden vanuit doelmatigheid oogpunt en daarnaast is het ook maar de vraag in hoeverre echt de ondernemer wordt gefaciliteerd in die gevallen.

In zowel België als Duitsland is de keuze door de wetgever gemaakt om verhuurde onroerende zaken in de meeste gevallen uit te sluiten van begunstiging. Dat maakt in ieder de regelingen op dat punt gemakkelijk uitvoerbaar en doelmatig. Gezien de huidige stand van de jurisprudentie in Nederland zal er in de praktijk vermoed ik weinig veranderen mocht de Nederlandse wetgever een gelijksoortige regel introduceren.

### *11.3.5. Welke recente wetgevende en politieke ontwikkelingen zijn er en wat zegt dat over mogelijke toekomstige aanpassingen van de BOR?*

Het instrumentarium dat de Bouwstenenrapporten bieden aan beleidsmakers moet nog in de praktijk worden gebracht. Het gevaar van dergelijke rapporten, en dat blijkt uit het fiscale beleid van de afgelopen jaren, is dat dit leidt tot cherry-picking van maatregelen. Het dwingt de wetgevende macht niet om fundamenteel en in bredere zin na te denken over de implementatie of heroverweging van een bepaalde regeling. Juist dit risico leidt tot complexere regelgeving. De Wet Vpb 1969 is hier een goed voorbeeld van. Het is een lappendeken van reparatiewetgeving geworden. Dit dient bij de aanpassing van de BOR te worden voorkomen. De wetgever heeft het voornemen om de BOR aan te passen. De regeling moet eerlijker worden, eenvoudiger worden en vooral reële bedrijfsopvolgingen faciliteren. Zonder een grondige heroverweging van de gehele regeling vrees ik dat de regeling alleen nog maar complexer wordt. Met betrekking tot verhuur van onroerende zaken is door de regering nog geen nieuwe richting ingezet. Wat mij betreft is hier wel ruimte voor vereenvoudiging van de regeling. Gezien de stand van de jurisprudentie zou een wetswijziging op dit punt zowel de belastingplichtige als de belastingdienst helpen in de uitvoering van regeling. In de aanbevelingen wordt hier verderop ingegaan.

### *11.3.6. Onderzoeksvraag: Is het mogelijk voor vastgoedondernemingen waarbinnen zowel (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten worden verricht, na de arresten van 18 juni 2021, om een beroep op de BOR te doen voor het gehele vermogen en hoe wordt hier vanuit internationaal perspectief naar gekeken?*

Op basis van de eerdere deelconclusies kan de hoofdvraag beantwoord worden. De arresten van 18 juni 2021 hebben voor de praktijk geen verandering gebracht. In andere woorden, ten opzichte van staande jurisprudentie hebben deze arresten geen nieuwe inzichten gebracht. Dan resteert de vraag of het mogelijk is voor vastgoedondernemingen waarbinnen zowel (project)ontwikkelings- en verhuuractiviteiten worden verricht om de BOR op het gehele vermogen toe te passen. In theorie is dit inderdaad mogelijk. De praktijk laat zien dat dit in werkelijkheid moeilijk is om te realiseren. Eventueel kan met bepaalde typen vastgoed hier op worden voorgesorteerd, bijvoorbeeld door te investeren in *flexible office* concepten en daarbij allerlei diensten aan te bieden. Het is vrijwel uitgesloten dat een belastingplichtige een volledige onderneming kan realiseren met een omvangrijke ge diversifieerde portefeuille.

Op het moment dat over de landsgrenzen wordt gekeken valt op dat in België en Duitsland de keuze al is gemaakt door de wetgever. Verhuurd onroerend goed wordt in de regel uitgezonderd van de bevoordeling en bij wet aangemerkt als beleggingsvermogen. Dit is voor vastgoedondernemingen uiteraard niet het antwoord is waar zij naar op zoek zijn, immers ook die directeuren-groootaandeelhouders zijn vaak met hart en ziel betrokken in en met de onderneming. Een wettelijke verankering van het feit dat, voor zover het op de BOR aankomt, sprake is van beleggingsvermogen biedt alle betrokken partijen duidelijkheid. In België en Duitsland is op voorhand duidelijk hoe verhuurd onroerend goed in de heffing wordt betrokken in bedrijfsopvolgingstrajecten. Partijen weten vooraf waar ze aan toe zijn. Dat betekent overigens niet dat Nederland op dit punt uit de pas loopt. Integendeel, onze regeling bereikt grosso modo hetzelfde resultaat. Wel kan gesteld worden dat de Nederlandse regeling vooral op het punt van de behandeling van verhuurd onroerend goed een stuk minder doelmatig en duidelijk is in vergelijking tot onze buurlanden.

### **11.4. Welke aanbevelingen kunnen gedaan worden als het gaat om de verbetering van de BOR specifiek als het gaat om vastgoedondernemingen?**

Op grond van het voorgaande kom ik tot de volgende aanbevelingen om de BOR te verbeteren.

- Om de regeling beter aan te laten sluiten bij de wens van het kabinet om vooral reële bedrijfsopvolgingen faciliteren verdient het aanbeveling om toegang tot de BOR pas bij aandelenbelang van 25% toe te staan (al dan niet met inbegrip van de belangen van directe familieleden).
- Om de regeling beter aan te laten sluiten bij de huidige stand van de jurisprudentie, de uitvoeringspraktijk te ontlasten, de doelmatigheid te vergroten en aantoonbaar reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren pleit ik ervoor beleggingsvastgoed c.q. verhuurd onroerend goed in de basis uit te sluiten van facilitering van de BOR. Dit zou idealiter op de volgende wijze kunnen worden bewerkstelligd:
  - Onroerende zaken worden wettelijk aangemerkt als beleggingsvermogen. Waarbij een uitzondering geldt voor onroerende zaken verhuurd binnen de groep of verhuur welke direct

het doel van de onderneming dient of de verkoop van het eigen product dient. Dit type onroerende zaken blijft kwalificeren als in blijven kwalificeren als ondernemingsvermogen.

- Door deze introductie wordt een inbreuk gemaakt op het ondernemersbegrip zoals we dat nu kennen. Echter voor toepassing van de SW moet het in principe mogelijk zijn een specifieke wettelijke inperking te maken op het ondernemersbegrip. Door deze wijze van vormgeving is de impact op het concept normaal vermogensbeheer beperkt. Daarom is mijn verwachting dat een eventuele wijziging geen invloed heeft op andere wettelijke regelingen, zoals de FBI, box III of de beleggingsdeelneming. De aanpassing ziet slechts op een wijziging in de SW.

Vanzelfsprekend verdienen de bovenstaande aanbevelingen nader vervolgonderzoek. In dat nadere vervolgonderzoek zou de BOR integraal moeten worden beoordeeld. De aanbevelingen uit deze scriptie zijn een aanzet voor een beter vorm te geven BOR die recht doen aan de bredere wens om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

### **11.5. Reflectie**

Het onderzoek dat ten behoeve van deze scriptie is uitgevoerd is verkennend van aard geweest. Op het moment dat de aanbevelingen worden overgenomen stel ik voor de aanbevelingen in een breder perspectief te onderzoeken. Een bredere evaluatie en aanpassing van de BOR is dan ook gewenst, waarbij niet enkel de problematiek rondom vastgoedondernemingen wordt aangepakt. De BOR kent meer knelpunten, die niet allemaal benoemd zijn in deze scriptie.

De analyse ten aanzien van de Belgische en Duitse regeling zou diepgaander moeten worden uitgevoerd om tevens de finesses van die regelingen en achtergronden volledig te kunnen begrijpen. Een masterscriptie biedt niet de ruimte om zo'n diepgravend onderzoek uit te voeren. Dat neemt niet weg dat dit document een goede aanzet zou kunnen zijn voor dergelijk vervolgonderzoek.

## **12. Literatuurlijst**

### **12.1. Literatuurlijst**

#### **Berkhout & Hoogeveen, WFR 2015/4**

T.M. Berkhout & M.J. Hoogeveen, Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus, WFR 2015/4.

#### **Brouwers, NLFiscaal 2020/1171**

C. Brouwers, noot bij Concl. A-G IJzerman HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:951, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:952, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:953, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:954, HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:955, NLFiscaal 2020/1171.

#### **De Haan, 2007**

A. de Haan, 'Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel', Sdu, 2007.

#### **Dhaene, Successierechten 2015, 9/1-9/4**

E. Dhaene, "Ook de waarde van indirecte dochtervennootschappen komt in aanmerking voor het verlaagd tarief van de successierechten op grond van (oud) art. 60/1, §3, tweede lid Vl.W.Succ.", Successierechten 2015, 9/1-9/4.

#### **Heithuis & Elink Schuurman e.a., 2019**

E.J.W. Heithuis (red.) & J.H. Elink Schuurman e.a., Hoofdzaken Fiscaliteit & Vastgoed (Fed Fiscale Studieserie), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 460.

#### **Hoogeveen, 2011**

Hoogeveen, M.J. De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

#### **Lemmens & Smet, Accountancy & Bedrijfskunde 2013/4**

J. Lemmens & E. Smet, Schenking en vererving van familiale ondernemingen en vennootschappen: quid nove sub sole?, Accountancy & Bedrijfskunde, Kluwer – Belgium, 2013/4, p. 21 en 26.

#### **Rozendal, FBN 2020/2**

A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en de etikettering van vastgoed', FBN 2020/2.

#### **Rozendal, WFR 2018/53**

A. Rozendal, "Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties", WFR 2018/53, par. 3.3.1.

#### **Tigelaar-Klootwijk, TFO 2020/169.2**

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De Duitse en de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling met elkaar vergeleken, TFO 2020/169.2, p. 109.

#### **Van Vijfeijken & Gubbels, in: Cursus Belastingrecht Schenk en Erfbelasting**

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, Cursus Belastingrecht Schenk en Erfbelasting, Deventer, Wolters Kluwer 2021, onderdelen S&E.11.1.0.A, S&E.11.0.0.B, S&E.11.4.0.E (online, bijgewerkt 19-01-2021).

## **12.2. Rapporten**

### **Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk 2014**

Bedrijfsopvolgingsregelingen zijn noodzakelijk, PwC, december 2014.

### **Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang 2020**

Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang Bouwstenen voor een beter belastingstelsel, Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149, 1 mei 2020.

### **Bouwstenen voor een beter belastingstelsel 2020**

Bouwstenen voor een beter belastingstelsel, Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149.

### **Fichebundel beleidsopties 2020**

Fichebundel beleidsopties, Bouwstenen voor een beter belastingstelsel Tweede Kamer, bijlage bij kamerbrief van 18 mei 2020 met kenmerk 2020-0000094149, 1 mei 2020, Fiches 26, 27, 28, 29, 30, 152, 153.

### **Global family business tax monitor 2018**

Global family business tax monitor, KPMG, mei 2018.

### **Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht (Eindrapport) 2014**

N. Rosenboom e.a., Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht (Eindrapport), Amsterdam: SEO 2014.

### **Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving 2000**

Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving, De warme, de koude en de dode hand, 's-Gravenhage 13 maart 2000.

### **Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht 2015**

SEO Economisch Onderzoek, 'Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht', (in opdracht van het ministerie van economische zaken), Amsterdam, 2015, p. 5 en 8.

### **12.3. Jurisprudentielijst**

#### *12.3.1. Hoge Raad*

HR 21 mei 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1811  
HR 29 augustus 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8456  
HR 28 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AW2756  
HR 21 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5328  
HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731  
HR 7 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1890  
HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845  
HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2251  
HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4101  
HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8954  
HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:220  
HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396  
HR 17 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396  
HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867  
HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990  
HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:951  
HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:952  
HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:953  
HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:954  
HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:955

#### *12.3.2. Gerechtshoven*

Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429  
Hof Amsterdam 12 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1168  
Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2629

#### *12.3.3. Rechtbanken*

Rb. Noord-Holland 18 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635  
Rb. Gelderland 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5250

#### *12.3.4. Buitenlandse rechtspraak*

Rechtbank West-Vlaanderen 21 oktober 2014, nr. 13/3352/A  
Bundesverfassungsgericht 17 december 2014, 1 BvL 21/12