

## De volgende generatie aan zet

*De rol van fiscaliteit bij bedrijfsopvolging van ondernemingen met verhuurd vastgoed.*

Amsterdam School of Real Estate  
MRE  
Company Research Paper



Naam student: mr. Martijn Borgdorff  
Email: [martijnborgdorff@gmail.com](mailto:martijnborgdorff@gmail.com)  
Begeleider: drs. Gerben Markink  
Datum afronding: 28-09-2023

## Voorwoord

Voor u ligt mijn Company Research Paper: “De volgende generatie aan zet”. Ik heb dit paper geschreven naar aanleiding van de bedrijfsoverdracht van het familiebedrijf waar ik werkzaam ben. Het bedrijf is nu nog van mijn ouders en de wens bestaat dat ik hen zal opvolgen. Voor bedrijfsopvolging bestaan fiscaal vriendelijke regelingen. Het bestaan van een B.V. die wordt overgedragen aan de volgende generatie is op zichzelf onvoldoende om van de opvolgingsregeling gebruik te maken. Ons familiebedrijf bezit mede vastgoed wat is verhuurd. Juist in die situatie is de toepassing van de opvolgingsregelingen onzeker. Dit is de directe aanleiding voor het schrijven van dit paper en poogt hierin meer helderheid te geven. Dit paper kan elementen bevatten die ook op andere bedrijven met verhuurd vastgoed van toepassing zijn. Ook andere bedrijven dan het onze kunnen met dit paper hun voordeel doen!

In het bijzonder wil ik Gerben Markink bedanken voor diens deskundige begeleiding. Mijn doelstelling om dit paper in belangrijke mate afgerond te hebben voor mijn huwelijk deed de deadline voor het inleveren van de conceptversie vervroegen. Dit zorgde voor een fors schrijftempo en daarmee was het frequent voeren van voortgangsgesprekken noodzakelijk. Gerben stond altijd voor mij klaar en ik heb onze samenwerking als zeer prettig ervaren. Verder wil ik mijn ouders bedanken voor de kans om het familiebedrijf verder te kunnen voortzetten. Tot slot, maar zeker niet als minste, wil ik mijn (inmiddels) vrouw Lisa bedanken. Zij heeft mij tijdens de tweejarige studie vaak moeten missen. Al merkte ik natuurlijk wel dat zij daardoor niet alle momenten van de studie even leuk vond, heeft zij nooit geklaagd. Zij steunde mij in de tijd dat dat nodig was en daar ben ik haar erg dankbaar voor!

Ik wens u veel leesplezier!

## Inhoudsopgave

<b>DE VOLGENDE GENERATIE AAN ZET .....</b>	<b>1</b>
<b>VOORWOORD.....</b>	<b>2</b>
<b>LIJST MET AFKORTINGEN.....</b>	<b>5</b>
<b>MANAGEMENTSAMENVATTING.....</b>	<b>6</b>
<b>HOOFDSTUK 1 – INLEIDING .....</b>	<b>8</b>
1.1 AANLEIDING .....	8
1.1.1 BESTAANDE LITERATUUR, VERNIEUWING EN AANVULLING .....	8
1.2 RELEVANTIE, OMVANG, PROBLEEMSTELLING EN DOELSTELLING VAN DE BOR.....	9
1.3 DOELSTELLING .....	18
1.4 HOOFDVRAAG .....	19
1.5 DEELVRAGEN.....	19
1.6 ONDERZOEKSOPZET, LEESWIJZER EN AFBAKENING .....	19
<b>HOOFDSTUK 2 – ERF-EN SCHENKBELASTING EN DE OPVOLGINGSFACILITEITEN .....</b>	<b>21</b>
2.1 INLEIDING .....	21
2.2 HISTORIE EN ACHTERGROND VAN DE ERF- EN SCHENKBELASTING .....	21
2.3 BELASTINGEN .....	21
2.4 VRIJSTELLINGEN .....	22
2.5 RATIO ACHTER DE OPVOLGINGSREGELINGEN .....	23
2.6 OPVOLGINGSREGELINGEN IN EUROPEES VERBAND .....	24
2.7 DOORSCHUIFREGELING INKOMSTENBELASTING VOORDEEL UIT AANMERKELIJK BELANG.....	26
2.8 BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELINGEN ERF- EN SCHENKBELASTING; .....	27
2.9 VRIJSTELLING OVERDRACHTSBELASTING BEDRIJFSOVERDRACHT IN DE FAMILIESFEER;.....	28
2.10 WANNEER KWALIFICEERT VERHUURD VASTGOED ALS EEN MATERIËLE ONDERNEMING, EN WANNEER ALS EEN BELEGGING?.....	29
2.11 ONTWIKKELINGEN EN NIEUWE WETGEVING .....	41
2.12 CONCLUSIE.....	42
<b>HOOFDSTUK 3 – TOEPASSING BINNEN ONZE EIGEN ONDERNEMING .....</b>	<b>45</b>
3.1 INLEIDING .....	45
3.2 BESCHRIJVING ACTIVITEITEN EN BEZITTINGEN .....	45
3.3 VOORTZETTING.....	47
3.4 HOE VERHOUDEN DEZE ONDERDELEN VAN DE BESCHREVEN ONDERNEMING EN DE ACTIVA ZICH TOT DE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING?.....	47
3.5 PROJECTONTWIKKELINGEN .....	51
3.6 TOEPASSING VAN VASTGOED DAT AAN DERDEN IS VERHUURD .....	53
<b>HOOFDSTUK 4 – CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN .....</b>	<b>62</b>
4.1. WELKE FISCALE FACILITEITEN WORDEN GEBODEN BIJ BEDRIJFSOPVOLGING BIJ B.V.'S? .....	62
4.2. WANNEER KWALIFICEERT VERHUURD VASTGOED ALS EEN MATERIËLE ONDERNEMING, EN WANNEER ALS EEN BELEGGING?.....	63
4.3 HOE VERHOUDEN DE ONDERDELEN VAN DE BESCHREVEN ONDERNEMING ZICH TOT DE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING?.....	63
4.4 AANBEVELINGEN .....	64
4.5 ANTWOORD OP DE HOOFDVRAAG .....	65
<b>HOOFDSTUK 5 REFLECTIE, EIGEN MENING EN VOORSTEL TOT ALTERNATIEVE WIJZE VAN BELASTEN .....</b>	<b>67</b>

5.1 “BELEGGEN” OF “ONDERNEMEN” VERSUS “INVESTEREN” OF “CONSUMEREN”, EEN ALTERNATIEVE WIJZE VAN BELASTEN .....	67
5.2 RECHTSZEKERHEID EN ONTLASTING BELASTINGDIENST .....	68
5.3 BELASTINGOPBRENGSTEN .....	69
5.4 “WINDFALL GAIN”, ONTTREKINGEN EN DE B.V. ....	69
5.5 DE VOORGESTELDE REGELING EN LIQUIDITEITSPROBLEMEN.....	70
5.6 VERGELIJKING MET PENSIOENFONDSEN .....	70
5.7 VERGELIJKING MET OVERDRACHTEN MET EEN KOOPSOM.....	70
5.8 TEKORT AAN HUURWONINGEN EN DE KWALIFICERING BELEGGING VOOR “AAN DERDEN VERHUURD VASTGOED” ...	72
5.9 AANBEVELING AAN DE TWEDE KAMER .....	73
<b>LITERATUURLIJST .....</b>	<b>74</b>
LITERATUUR .....	74
JURISPRUDENTIE .....	77

## Lijst met afkortingen

AB:	Aanmerkelijk Belang
AG:	Advocaat-generaal
BNP:	Bruto Nationaal Product
BOG:	Bedrijfsonroerendgoed
BOR:	Bedrijfsopvolgingsregeling
Ca.:	Circa
CBP:	Centraal Plan Bureau
DGA:	Directeur Groot Aandeelhouder
DNB:	De Nederlandsche Bank
ECB:	Europese Centrale Bank
DSR:	Doorschuifregeling
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
HBO:	Hoger Beroeps Onderwijs
HR:	Hoge Raad
IB:	Inkomstenbelasting
LTV:	Loan to value
MvT:	Memorie van Toelichting
NAR:	Netto aanvangsrendement
NTRF:	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NVB:	Nederlandse Vereniging van Banken
NVM:	Nederlandse Vereniging van Makelaars
PwC:	PricewaterhouseCoopers
SW:	Successiewet 1956
T.o.v.	Ten opzichte van
VPB:	Vennootschapsbelasting
Wet IB 2001:	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VBP 1969:	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WBR:	Wet op belastingen van rechtsverkeer
WTW:	Warmteterugwinning
WFR:	Weekblad fiscaal recht
Z.j.	Zonder jaar

## Managementsamenvatting

Dit paper gaat in op de vraag hoe bedrijven met verhuurd vastgoed kunnen anticiperen op de BOR en andere bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zoals de DRS en de vrijstelling overdrachtsbelasting bij bedrijfsoverdrachten in de familiesfeer. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de wijzigingen die worden voorbereid op de opvolgingsregelingen. Dit paper is geschreven in samenwerking met de onderneming waar de schrijver van dit paper werkzaam is. Het betreft een onderneming met de volgende onderdelen: Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken. Tevens hangen onder de holding twee vastgoed B.V.'s, waarbij vastgoed aan de eigen werkmaatschappijen wordt verhuurd in de vorm van kantoorruimte. Daarnaast worden BOG en woningen aan derden verhuurd. Dit bedrijf staat model voor de onzekerheden die op het gebied van bedrijfsopvolging bestaan. Het unieke aan deze onderneming is dat een bijzondere samenhang bestaat tussen het vastgoed en de bedrijfsactiviteiten. Dit geldt ook voor het aan derden verhuurd vastgoed. Met de bestudering van deze onderneming kan worden vastgesteld hoe bedrijven met verhuurd vastgoed kunnen anticiperen op de huidige en toekomstige ontwikkelingen rondom de opvolgingsfaciliteiten. De opvolgingsfaciliteiten zijn onderzocht en voor de betreffende onderneming zijn de BOR, de DSR en de vrijstelling van overdrachtsbelasting de meest relevante regelingen. Van deze regelingen kan echter alleen gebruik gemaakt worden wanneer sprake is van een materiële onderneming. Van het drijven van een onderneming is sprake wanneer voldaan is aan de volgende vereisten. Sprake moet zijn van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, deelname aan het economische verkeer en een winst oogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt. Bij de exploitatie van vastgoed dient daarbij, voor het aannemen van een materiële onderneming, met het vastgoed extra arbeid te worden verricht dat naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft voordelen uit het vastgoed te behalen welke het nettorendement een normaal vermogensbeheer te boven gaat. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van meerarbeid en meer rendement, dient een vergelijking met een gemiddelde belegger met een vergelijkbare portefeuille te worden gemaakt. Voor de bedrijfsonderdelen is onderzocht of sprake is van een materiële onderneming en of gebruik gemaakt kan worden van de opvolgingsfaciliteiten. De uitkomsten zijn hieronder opgenomen:

Onderdeel	Kan gebruik gemaakt worden van de opvolgingsfaciliteiten?
Makelaardij en Beheer	Zeker
Hypotheken	Zeker
Verzekeringen	Zeker
Vier kantoren in andere B.V. onder dezelfde holding	Zeker
Projectontwikkeling	Zeër waarschijnlijk
BOG-portefeuille aan derden verhuurd	Zeër waarschijnlijk niet
Woning-portefeuille aan derden verhuurd	Waarschijnlijk wel

Het niet kwalificeren als materiële onderneming heeft grote gevolgen. Zonder doorschuifregeling geldt een belastingdruk van 26,9% aan AB-heffing en zonder vrijstelling schenk of erfbelasting (BOR) wordt bij de opvolging ouders-kind marginaal 20% in rekening gebracht. Een betalingsregeling ontbreekt. Zekerheid voor het kwalificeren van de opvolgingsregelingen voor de BOG- en woning-portefeuille kan niet worden gegeven. Deze onzekerheid, tezamen met de gevolgen die optreden als een bedrijfs onderdeel niet kwalificeert voor de opvolgingsregelingen, is te groot om de opvolgingsregelingen goed te

kunnen gebruiken. Het kabinet Rutte IV heeft voorgesteld om aan derden verhuurd vastgoed standaard niet meer te kwalificeren als “materiële onderneming” De kans is groot dat de fiscus het bestaan van een materiële onderneming niet voor alle bedrijfsonderdelen aanneemt. Dit geldt voornamelijk voor de onderdelen met aan derden verhuurd vastgoed. De kans is groot dat voor het verkrijgen van duidelijkheid lang geprocedeerd moet worden. Ter voorkoming van deze onzekerheid kan besloten worden om alleen te investeren in onderdelen die wel zeker in aanmerking komen voor de opvolgingsregelingen. Dit maakt de opvolging ook klaar voor de verwachte wijzigingen. Te denken valt aan het buitenland, of aan onderdelen waar het bestaan van een materiële onderneming vast staat. Projectontwikkeling heeft veel raakvlakken met de onderneming als geheel. Nader onderzoek zal moeten uitwijzen of dit onderdeel gebruikt kan worden voor een fiscaalvriendelijke bedrijfsopvolging.

## Hoofdstuk 1 – Inleiding

### 1.1 Aanleiding

De directe aanleiding voor het schrijven van dit paper is een aanstaande bedrijfsopvolging bij het bedrijf waar de schrijver werkzaam is. Het echtpaar dat alle aandelen in het bedrijf in bezit heeft bereikt dit jaar de pensioengerechtigde leeftijd en hun zoon heeft de wens het bedrijf voort te zetten. De zoon in kwestie is de schrijver van dit paper.

Het bedrijf bezit verhuurd vastgoed en verricht veel verschillende dienstverleningsactiviteiten, te weten:

- Makelaarsactiviteiten voor verkoop, verhuur en aankoop van bestaande woningen;
- Makelaarsactiviteiten voor verkoop, verhuur en aankoop van bedrijfsonroerendgoed;
- Makelaarsactiviteiten voor verkoop, alsmede advisering t.b.v. nieuwbouwprojecten;
- Advies en bemiddeling bij Assurantiën;
- Hypotheekbemiddeling;
- Het verhuren van eigen vastgoed (woningen);
- Het verhuren van eigen vastgoed (bedrijfsonroerendgoed);

De fiscus lijkt steeds strenger te worden als het gaat om verhuurd onroerend goed en is van mening dat vastgoed verhuur en/of exploitatie zelden tot nooit kwalificeert als materiële onderneming (Franken et al. 2022 en Belastingdienst, 2016). Onduidelijk is nu of ons hele bedrijf onder de opvolgingsfaciliteiten kan vallen. Op korte termijn vragen wij ons af of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor verhuurd vastgoed zou kunnen gelden en onder welke voorwaarden. Op langere termijn vragen wij ons af of het, met het oog op andere toekomstige generaties, beter is om het investeringsbeleid aan te passen. Veel andere bedrijven met verhuurd vastgoed hebben te maken met dezelfde situatie. Hoewel er op het gebied van de opvolgingsfaciliteiten en vastgoed veel juridische literatuur en jurisprudentie bestaat, bestaat nog veel (rechts)onzekerheid. Dit is aanleiding geweest voor het schrijven van dit paper.

#### 1.1.1 Bestaande literatuur, vernieuwing en aanvulling

Zoals later in dit paper aan de orde zal komen zijn begrippen “materiële onderneming” en “belegging” van belang om te bepalen of (een onderdeel van) een B.V. in aanmerking komt voor de opvolgingsregelingen. Deze begrippen zijn in de wet (nog) niet gedefinieerd. Jurisprudentie en fiscale literatuur zijn mede bepalend voor de uitleg van deze definities. Het is echter geen statisch onderwerp, waarbij de opinie van één auteur of één arrest leidend is voor de invulling van de onduidelijkheid omtrent bedrijfsopvolging en vastgoed. Dit onderwerp is voortdurend in ontwikkeling. Het is zeker geen nieuw onderwerp en op dit vlak zijn al een groot aantal scripties geschreven (o.a. Bruggeman (2021), Graaf (2020), Jansen (2021), Janssen (2020), Tigelaar-Klootwijk (2013), Voeten, (2019)). Opvallend is dat nagenoeg alle scripties veel aandacht besteden aan de uitleg hoe de erf- en schenkbelasting werkt en hoe de opvolgingsregeling op hoofdzaak in elkaar zit, alvorens verschillende knelpunten en invalshoeken worden behandeld. Behalve dat het de leesbaarheid en de begrijpbaarheid van de stukken verbetert, is een vernieuwde beschrijving van de regelingen ook noodzakelijk en vernieuwend. Het vernieuwende zit in het feit dat de regelgeving inhoudelijk regelmatig verandert. Voor een goed begrip van de materie dient men op de hoogte te zijn van de actuele werking van de opvolgingsregelingen. Daarom bestaat een continue behoefte aan een actuele geüpdatete omschrijving van de erf- en schenkbelasting en de werking van en de ratio achter de opvolgingsregelingen. Daarin is een actuele beschrijving



ook dit paper opgenomen. Ook is het belangrijk notie te hebben over de plannen die tot wijziging kunnen zorgen, welke tevens wordt behandeld in dit paper. Illusterend voor de noodzaak van het benoemen van deze plannen is het grote aantal parlementaire stukken en aankondigingen die sinds het schrijven van bovengenoemde scripties is verschenen (zie bijvoorbeeld: Rij, 2023), Kamerstukken II, 2022-2023, 31066, nr. 1222, Kamerstukken II, 2022-2023, 36128, nr 4, Kamerstukken II, 2022-2023, 36350, nr. 1, Staatscourant, nummer 32167, 30 december 2022)). Jurisprudentie kan zorgen voor een andere of nadere invulling van definities zie bijvoorbeeld HR 1 mei 2020, nr. 19/03252, BNB 2020/101, HR 20 mei 2020, nr. 19/000189, BNB 2021/2, HR 18 juni 2021, 20/01485, N\_N 2021/27.12, HR 17 september 2021, 20/01707, NTFR 2021/3068 en Rechtbank Gelderland, 1 oktober 2020, AWB 18/2347, ECLI:RBGEL:2020:5250). Om deze reden worden ook handboeken met enige regelmaat herzien (zoals Franken et. al, 2022). Nog steeds wordt veel over dit onderwerp geschreven. Opinies van auteurs kunnen tegengesteld zijn aan de opinies van andere auteurs en zelfs na een aantal jaren wijzigen. Dat laat duidelijk zien dat de definities en het toepassingsbereik nog niet is vastgesteld en dat nog steeds onzekerheid bestaat en dit rechtsgebied nog steeds in ontwikkeling is. Recente stukken zijn bijvoorbeeld Albert, P.G.H. (2023), Berkhout T.M. (2022), CPB, (2022), Franken et. Al (2022), NVB (2023).

Met betrekking tot vastgoed en de opvolgingsregelingen zijn al veel thema's besproken, die continu in ontwikkeling zijn en updates behoeven. Echter, zeker nog niet alles is behandeld en er bestaan ook nog leemtes die onbesproken zijn gebleven. De leemtes komen voor uit de complexiteit van de regelgeving en de zeer specifieke casussen die tot jurisprudentie leidt. Leemtes die los staan van die individuele casus blijven dan onbesproken. Uitspraken met betrekking tot vergelijkbare makelaarsondernemingen en verhuurd vastgoed zijn er bijvoorbeeld nog niet. De casus die in dit onderzoek wordt behandeld werpt interessante, nog niet in literatuur of jurisprudentie behandelde, vragen op over de invulling van de opvolgingsregelingen. De behandeling van de casus van het onderzochte bedrijf kan leiden tot nieuwe inzichten. In hoeverre kwalificeert vastgoed bijvoorbeeld als materiële onderneming, wanneer dit vastgoed gebruikt wordt om nieuwe opdrachten te genereren in onderdelen van het bedrijf die evident onder de BOR vallen? In de literatuur wordt verder eigenlijk alleen gesproken over "vastgoed" in algemene termen. Zou het type vastgoed een medebepalende factor kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag wat onder "normaal vermogensbeheer" kan worden verstaan en aanwijzing kan geven dat bij bepaald type vastgoed meer sprake is van een belegging? Speelt het type onderneming daar nog een rol bij? Dit zijn vraagstukken die in deze scriptie aan de orde komen aan de hand van een bedrijfsspecifieke casus, waar nog geen directe jurisprudentie of uitspraken aan ten grondslag liggen. Op dit gebied levert dit paper ook een academische bijdrage aan deze leemtes die nog bestaan met betrekking tot de invulling van de opvolgingsregelingen en vastgoed. De uitkomsten van dit paper kunnen door het onderzochte bedrijf worden gebruikt. Ook kan het aan andere B.V.'s met vastgoed handvatten bieden bij het maken van besluiten die genomen kunnen worden over (des)investeringen met het oog op toekomstige generaties.

## 1.2 Relevantie, omvang, probleemstelling en doelstelling van de BOR

### 1.2.1 Omvang van het probleem

Nederland telt ca. 285.000 familiebedrijven. Hiervan zijn 218.000 bedrijven actief als werkgever. Deze bedrijven zorgen samen voor 2.630.000 werknemersbanen. Ruim 31% van alle werknemers werkt bij een familiebedrijf (CBS, 2020). Gezien het significante deel van de samenleving dat bij familiebedrijven werkt, is succesvolle bedrijfsopvolging niet alleen in belang van de betreffende families, maar ook in dat van veel werknemers. Hiernaast geldt dat

bedrijven ook een rol spelen in de bevrediging van behoeften van alle Nederlanders. Denk hierbij aan het aanbieden van brood door een bakker of nieuwe woonruimte door een ontwikkelaar. Bedrijfsopvolging (en de belastingheffing hierover) treft de samenleving als geheel. Voor bedrijfsopvolging bestaan fiscaal vriendelijke opvolgingsfaciliteiten. Voor beleggingen geldt een veel minder aantrekkelijk regime.

In tegenstelling tot bedrijfsovernames worden bedrijfsoverdrachten niet geregistreerd door het CBS (Ruis et. al 2014). Ruis et. al schatten het aantal bedrijfsoverdrachten in de periode 2007 tot 2012 jaarlijks tussen de 1.700 en 2.000. Uit data van het CBS en het CPB zijn over een recentere periode hogere aantallen af te leiden. Het CPB stelt dat van alle aangiften schenkbelasting bij 3% de BOR wordt toegepast en bij 0,3% van alle aangiften erfbelasting (CPB, 2022). Op basis van voorlopige cijfers van het CBS is in 2020 68.400 keer aangifte schenkbelasting en 228.400 keer aangifte erfbelasting gedaan (CBS, 2022 en CBS 2022b). Dit resulteert in ruim 2.700 keer het toepassen van de BOR in 2020. Het CPB gaat echter uit van minder aangiften erfbelasting (namelijk 70.000 per jaar). Over 2019 wordt uitgegaan van 2.200 aanslagen schenk- of erfbelasting waarbij een beroep op de BOR werd gedaan (CPB, 2022).

Op basis van bovenstaande gegevens is een ruwe schatting te maken en is de BOR per jaar tussen 2.000 en 3.000 keer van toepassing. Op 285.000 familiebedrijven lijkt dat niet veel. Het CPB heeft met behulp van interne bestuurlijke informatie van de belastingdienst in kaart gebracht hoe vaak vooroverleg plaatsvindt tussen de belastingplichtige en de belastingdienst. Hieruit blijkt dat in 2019 1.396 aanvragen voor vooroverleg inzake schenk- en erfbelasting zijn binnengekomen. Op basis van de door de CPB geschatte 150.000 aangiftes, resulteert dus minder dan 1% van de aangiftes in een vooroverleg. De omvang van het probleem lijkt in aantallen gezien beperkt.

### *1.2.2 Kern van het probleem voor de belastingdienst*

Echter, van alle aanvragen voor vooroverleg is 61% BOR gerelateerd. Anders gesteld: 38,4% van de aangiftes waarbij een beroep op de BOR wordt gedaan, resulteert in een vooroverleg. Samen met de complexiteit van de uitvoering resulteert dit erin dat een relatief groot aandeel van de capaciteit van de hoogopgeleide specialisten binnen de belastingdienst wordt gebruikt voor de BOR en de DSR. Bij de afdeling schenk- en erfbelasting wordt 14% van de specialisten die op hbo- of universitair niveau geschoold zijn ingezet voor de BOR. Binnen de afdeling zeer vermogende personen is dit percentage zelfs 84%, zo schat de belastingdienst. Ook bij de vaktechnische ondersteuning is het capaciteitsbeslag fors. Ook wordt verhoudingsgewijs vaak een beroep gedaan op de rechtelijke macht. Van de 39 uitspraken die in 2019 gedaan zijn op het gebied van erf- of schenkbelasting, kwam in 10 zaken de BOR aan de orde. Dit is 26% van het totaal (CPB, 2022).

De belastingdienst ervaart het uitvoeren van de opvolgingsregelingen als complex en arbeidsintensief. Dit wordt mede veroorzaakt door het grote verschil in belastingdruk tussen ondernemingsvermogen en ander vermogen. Dit zorgt ervoor dat gebruikers een sterke prikkel hebben om zoveel mogelijk in aanmerking te komen voor de regeling. De impact van de BOR en de DSR zal later aan de hand van een vereenvoudigd rekenvoorbeeld worden omschreven. De uitvoering is complex doordat geen duidelijk algemeen toepasbaar criterium voor het kwalificeren van ondernemingsvermogen bestaat. Ander vermogen (beleggingsvermogen) valt in beginsel niet onder de opvolgingsregelingen. Hierdoor wordt

veel discussie gevoerd over de omvang van de onderneming en de omvang van beleggingsvermogen (CPB, 2022).

Fiscaal wordt onderscheid gemaakt tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Alleen een materiële onderneming kan gebruik maken van de ruime vrijstellingen. Bij veel ondernemingen is dit onderscheid eenvoudig te maken. Wanneer ondernemingen (ook) vastgoed exploiteren is dit ingewikkelder (Franken et al. 2022). De cijfers uit het rapport van het CPB laten duidelijk zien dat BOR en vastgoed bovengemiddeld onderwerp zijn bij vooroverleg. In de periode 2010-2017 betrof bij de gebruikmaking van de BOR en de DSR ca. 4% de sector “verhuur en handel van onroerend goed”. In 2019 vond 84 keer vooroverleg plaats waarbij de BOR en vastgoed aan de orde kwamen. In totaal vonden in dat jaar 845 vooroverleggen plaats. Dit maakt het vooroverleg waarbij BOR en vastgoed zijn betrokken een verhoudingsgewijs boven gemiddeld vertegenwoordigde sector waarbij vooroverleg wordt gepleegd. (CPB, 2022).

Toepassing van de BOR en de DSR is juridisch inhoudelijk ook ingewikkeld en complex. Jurisprudentie lijkt elkaar tegen te spreken. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende twee arresten. Een grote vastgoedportefeuille van 350 onroerende zaken op 143 locaties met bijna 900 huurcontracten, waarbij de organisatie een eigen technische dienst heeft en beschikt over een commerciële, juridische en administratieve afdeling en 16 personen in loondienst heeft, werd in 2016 als materiële onderneming gekwalificeerd (HR, 15 april 2016). De Hoge Raad oordeelde vijf jaar later dat geen sprake is van een materiële onderneming bij een overdacht van een 25% aandeel in een vastgoedbedrijf wat bestaat uit 300 objecten met 2.800 verhuurbare eenheden en waarbij op dat moment 42 medewerkers in dienst waren (HR, 18 juni 2021). De uitkomsten van deze arresten lijken tegengesteld aan elkaar en in de literatuur werd op dit laatste arrest met verbazing gereageerd (Franken et al. 2022). Bovenstaand voorbeeld laat zien dat een vooroverleg, of een gang naar de rechter vaak nodig is om inhoudelijk duidelijkheid te verkrijgen over het al dan niet toepasbaar zijn van de opvolgingsregelingen.

Voor de belastingdienst is het probleem dus niet het aantal zaken, maar de complexiteit ervan. Wanneer sprake is van een combinatie van vastgoed en opvolgingsregelingen neemt de complexiteit en het aantal zaken toe. De verhoogde complexiteit op het gebied van vastgoed en de opvolgingsregelingen zijn een relevant probleem voor de belastingdienst gezien het beslag op de capaciteit die het van deze dienst in beslag neemt.

### *1.2.3 Kern van het probleem voor de belastingplichtige*

Het is niet altijd duidelijk of en wanneer (verhuurd) vastgoed in aanmerking komt voor de opvolgingsfaciliteiten. “Vastgoedvennootschappen” is naar Nederlands recht geen begrip waar automatisch het gebruik van opvolgingsfaciliteiten aan worden toegewezen of aan worden geweigerd. B.V.’s met verhuurd vastgoed zullen aan de hand van activa en bedrijfsactiviteiten moeten worden beoordeeld. De inhoud van de beoordeling komt in hoofdstuk 2 ter sprake.

Daarnaast zijn de regelingen aan verandering onderhevig en voorgestelde wijzigingen zullen ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor (des)investeringsbeslissingen van bedrijven, zoals het onze. Dit komt door de grote fiscale impact die de opvolgingsfaciliteiten hebben. Het al dan niet kwalificeren voor de opvolgingsregelingen levert grote verschillen op in de belasting die bij overdracht van een bedrijf middels schenking of vererving moet worden betaald. Dit

zal hierna duidelijk gemaakt worden aan de hand van vereenvoudigde rekensommen. De wetgeving is complex en dit zorgt samen met de grote financiële impact op het wel of niet kwalificeren als materiële onderneming voor rechtsonzekerheid.

#### 1.2.3.1 Een rekenvoorbeeld zonder opvolgingsfaciliteiten

De te verwachten impact voor B.V.'s (en voor de schatkist) zijn inzichtelijk te maken aan de hand van een rekensom. Binnen de van toepassing zijnde belastingstelsels zijn verschillende drempelwaarden, vrijstellingen en tariefverschillen die afhankelijk zijn van de waarde van de over te dragen onderneming. Hier wordt in hoofdstuk 2 verder op ingegaan. Voor de vereenvoudiging van het voorbeeld geldt dat uitgegaan wordt van de marginale belastingdruk nadat de drempelwaarden zijn behaald, de vrijstellingen zijn verbruikt en belast wordt tegen het hoge tarief, waarbij de aandelen van ouder aan kind worden geschonken. In het voorbeeld worden aandelen geschonken in een B.V., welke bezittingen bestaan uit een vastgoedportefeuille met verhuurd vastgoed. De (marginale) waarde bedraagt €1.000.000,-. Uitgegaan wordt van een NAR van 6%.

Waarde	€1.000.000,-
NAR	6%
Jaarlijkse kasstroom	€60.000,-

De inkomstenbelasting zonder faciliteiten:

Waarde	€1.000.000,-
AB-Heffing 26,9%	€269.000,-
Restant waarde	€731.000,-

De schenkbelasting zonder faciliteiten:

Restant waarde	€731.000,-
Schenkbelasting 20%	€146.200,-
Restant waarde	€584.800,-

Totale gecombineerde belasting	€415.200,-
Gecombineerde belasting uitgedrukt in jaren kasstroom (EBITDA)	6,92 jaar

Een ontvanger van een schenking of een erfenis zal zelden over genoeg vrije financiële middelen beschikken, wanneer deze een B.V. erft of geschonken krijgt met een forse waarde, zoals bijvoorbeeld in dit rekenvoorbeeld. De ontvanger of erfgenaam zal in dergelijke gevallen de B.V. moeten aanspreken om de belastingaanslag te kunnen voldoen. Hoewel de B.V. op papier voldoende waarde bezit om de belastingen te betalen, zal een belastingaanslag ter hoogte van 41,5% van de waarde van de onderneming een significante impact hebben. De gecombineerde belasting staat gelijk aan de kasstroom van bijna 7 jaar. Hierbij is nog geen rekening gehouden met te betalen VPB en eventuele rente over vreemd vermogen. Zeker

wanneer de waarde van de B.V. wordt vertegenwoordigd door vaste activa, zoals verhuurd vastgoed, zal een dergelijke belasting voor acute liquiditeitsproblemen kunnen zorgen. Hoewel B.V.'s over het algemeen over enige liquiditeit zullen beschikken, is het niet reëel om aan te nemen dat 41,5% van de waarde van B.V.'s liquide in de vorm van cash op de balans staat. Twee mogelijkheden bestaan om de aanslag te kunnen voldoen: geld lenen of bezittingen (of bedrijfsonderdelen) verkopen. In veel gevallen zal het echter niet mogelijk zijn om het bedrag ter hoogte van de aanslag te lenen. De LTV zal in dat geval met 41,5% stijgen. Dit kan een probleem zijn wanneer de B.V. al over vreemd vermogen beschikt. De LTV kan daardoor zo hoog worden dat het niet mogelijk is genoeg extra vreemd vermogen aan te trekken. Wanneer dit wel mogelijk is, stijgt het risico dat de onderneming bij bijvoorbeeld veranderende marktomstandigheden in de problemen kan komen. Daarnaast zullen de rentelasten van een dergelijke lening fors op het resultaat drukken. Sinds juli 2022 lopen de rentestanden op (ECB, 2022). Op dit moment bedraagt de rente bij bijvoorbeeld een beleggingshypotheek van NIBC tussen de 6,05% en 8,4%. Dit is afhankelijk van de rentevaste periode en de LTV. Bij niet-woningen geldt een opslag (NIBC, 2023). Het alternatief op een lening is bezittingen te verkopen, waardoor de bedrijvigheid, de winstgevendheid en de mogelijkheden om in de toekomst te investeren onder druk komen te staan. Kortom, de belastingdruk is dermate hoog dat het niet reëel is dat de belastingaanslag door de ontvanger van de B.V. op andere wijze kan worden voldaan dan met het vermogen wat zich in de B.V. bevindt. Hierdoor kunnen liquiditeitsproblemen ontstaan die de continuïteit van de B.V. bedreigen. Als het lukt om een lening af te sluiten staat door de rentelast of de forse lening de winstgevendheid ernstig onder druk. Hiernaast neemt door de grote hoeveelheid benodigd kapitaal in relatie tot de waarde van de B.V. de LTV fors toe. Bij tegenvallende omstandigheden kunnen B.V.'s in de problemen komen. Met een hogere LTV en hogere renteverplichtingen neemt het risico hierop toe. Dit kan de continuïteit van de B.V. op langere termijn in de weg staan. Hiernaast zullen de rentelasten fors op het resultaat drukken. Dit raakt de investeringscapaciteit van de onderneming en ook dit kan in de toekomst zorgen voor continuïteitsproblemen. Bij verkoop van bedrijfsmiddelen of bedrijfsonderdelen zal, wederom gezien het forse percentage dat aan belasting zal moeten worden afgedragen, zijn sporen achterlaten in de B.V.. De B.V. zal plotseling fors kleiner zijn dan voorheen, met alle gevolgen van dien voor de winstgevendheid, de bedrijvigheid en de werkgelegenheid.

#### 1.2.3.4 Een rekenvoorbeeld met opvolgingsfaciliteiten

Voor belastingplichtigen heeft het al dan niet kwalificeren voor de BOR en de DSR verregaande gevolgen. Om dit inzichtelijk te maken volgt hierbij een versimpeld rekenvoorbeeld met dezelfde uitgangspunten als de eerdere rekensom. De aandelen worden van ouder aan kind geschonken. In het voorbeeld worden aandelen geschonken in een B.V. welke bezittingen bestaan uit een vastgoedportefeuille met verhuurd vastgoed. De (marginale) waarde bedraagt €1.000.000,-. Uitgegaan wordt van een NAR van 6%.

Met toepassing van de DSR en BOR

Waarde	€1.000.000,-
NAR	6%
Jaarlijkse kasstroom	€60.000,-

De inkomstenbelasting met faciliteiten:

Waarde	€1.000.000,-
--------	--------------

AB-Heffing 0% (AB-Heffing wordt niet kwijtgescholden, maar uitgesteld)*	€0,-
Restant waarde	€1.000.000,-

\*AB-heffing is pas bij het staken van de onderneming verschuldigd

De schenkbelasting met faciliteiten:

Restant waarde	€1.000.000,-
Schenkbelasting vrijstelling over 83%. Erfbelasting verschuldigd over	€170.000,-
Erfbelasting 20%	€34.000,-
Restant waarde	€966.000,-

Totale gecombineerde belasting	€34.000,-
Gecombineerde belasting in jaren kasstroom (EBITDA)	0,57 jaar

Wanneer gebruik gemaakt wordt van de DSR en BOR zijn de gevolgen van de onderneming veel minder ingrijpend. Een belastingafdracht ter hoogte van bijna 0,57 x de jaarlijkse kasstroom van de B.V. zal in veel gevallen eenvoudig te betalen zijn. Zelfs wanneer de middelen niet liquide zijn, is het aannemelijk dat een dergelijk klein bedrag zonder ingrijpende gevolgen geleend kan worden. Zelf in het geval dat toch besloten wordt om bezittingen te verkopen dan zijn de gevolgen voor de onderneming beperkt, omdat de verschuldigde belasting 3,4% behelst van de waarde van de B.V. Deze belasting is dragelijk en kan in veel gevallen zonder ingrijpende consequenties worden voldaan.

#### 1.2.3.5 Probleemstelling belastingplichtigen

Eerder is besproken dat het toepassen van de opvolgingsregelingen met bedrijven met vastgoed complex kan zijn en dat hier bovengemiddeld vaak vooroverleg met de belastingdienst over wordt gevoerd. Ook wordt verhoudingsgewijs vaak over de opvolgingsregelingen in combinatie met vastgoed geprocedeerd.

Net als voor de belastingdienst is de complexiteit van de regelgeving rondom de BOR voor ondernemers een probleem. Allereerst werkt het voor ondernemers belemmerend dat bij sommige vastgoedinvesteringbeslissingen niet goed kan worden ingeschat of een bepaalde investering gekwalificeerd wordt als belegging of als ondernemingsvermogen. Wanneer vooraf duidelijk bestaat of een investering evident wel of juist niet onder de opvolgingsregeling kan vallen, dan kan hiermee bij een investeringsbeslissing rekening gehouden worden. De complexiteit maakt een vooroverleg of gang naar de rechter in bovengemiddeld veel gevallen noodzakelijk. De onzekerheid is niet alleen ongemakkelijk, maar ook problematisch omdat de gevolgen voor de ondernemer of opvolger zo groot zijn. In het bijzonder bij investeringen in vastgoed zijn vaak grote investeringen gemoeid. Het maakt een groot verschil of een belastingaanslag van 3,4% of voor 41,5% in het verschiet ligt. De onzekerheid die hierover bestaat zorgt ervoor dat de rechtszekerheid wordt aangetast.

De trend is dat verhuurd vastgoed steeds minder snel in aanmerking komt voor de ruime opvolgingsfaciliteiten. De opvolgingsfaciliteiten in huidige vorm liggen onder vuur. In het regeerakkoord is vastgelegd dat “De continuïteit van familiebedrijven wordt ondersteund door (reële) bedrijfsopvolging eenvoudiger en eerlijker te maken.” Hiernaast wil het (inmiddels demissionaire) kabinet iets doen tegen oneigenlijk gebruik van de regeling (VVD, D66, CDA en ChristenUnie, 2021). De huidige belastingvoordelen staan ter discussie en de meeste professionals vinden dat de regeling kan worden beperkt (L. Berentsen, 2022). Inmiddels is een ontwerpregeling ingediend waarbij verhuurd vastgoed standaard wordt aangemerkt als beleggingsvermogen (Kamerstukken II, 2022-2023, 36128, nr. 4). In de voorjaarsnota zijn inmiddels wijzigingen verder uitgewerkt. Hieronder valt ook het voorstel om aan derden verhuurd vastgoed verplicht te kwalificeren als beleggingsvermogen (Kamerstukken II, 2022-2023, 36350, nr. 1). Wanneer verhuurd vastgoed per definitie wordt aangemerkt als beleggingsvastgoed, zal dat investeringsbeslissingen kunnen veranderen. Staatssecretaris van Rij heeft aangegeven nog voor komende zomer de Tweede Kamer per brief hierover te informeren, zodat nog voor Prinsjesdag Kamerleden in de gelegenheid worden gesteld om moties in te dienen (Altena, 2023). Daags na het publiceren van deze brief is het kabinet gevallen. De contouren van de nieuwe regeling zijn in de voorjaarsnota kenbaar gemaakt, maar de exacte invulling blijft op dit moment onderhevig aan politieke onzekerheid. Dit versterkt de onzekerheid voor belastingplichtigen.

Het probleem wat bij veel ondernemingen met verhuurd vastgoed speelt, speelt ook bij ons familiebedrijf. Het is niet duidelijk of (onze) bedrijfsonderdelen met verhuurd vastgoed kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsregelingen. Ook hebben we de gevolgen van de beoogde wijzigingen van de opvolgingsregeling voor onze onderneming niet goed in beeld en is voor ons onduidelijk hoe wij hierop moeten anticiperen. Dit probleem zal ook voor veel andere bedrijven met verhuurd vastgoed gelden.

Kortom, B.V.’s met verhuurd vastgoed hebben met betrekking tot de opvolgingsfaciliteiten te maken met complexe regelgeving. Het is vaak niet duidelijk of deze B.V.’s in aanmerking komen voor de opvolgingsfaciliteiten, terwijl de gevolgen hiervan groot zijn. De politieke wens om de opvolgingsregelingen te wijzigen versterkt de onzekerheid.

#### 1.2.4 Gevolgen schatkist

De gevolgen van het al dan niet van toepassing zijn van de opvolgingsregelingen zijn op het moment van bedrijfsoverdracht aanzienlijk:

AB en schenkbelasting zonder faciliteiten	€415.200,-
AB en schenkbelasting met faciliteiten	€34.000,-
Verschil	€381.200,-

De fiscus heeft op het moment van schenken of vererven €381.200,- minder belastinginkomsten. De waarde hiervan blijft op dat moment binnen de B.V.. De AB-heffing wordt niet kwijtgescholden, maar deze is uitgesteld en dient bij het staken van de onderneming alsnog te worden betaald. De hoogte van de toekomstige AB-heffing is afhankelijk van de waarde van de B.V. op het moment van staken van de activiteiten. De B.V. merkt gedurende de voortzetting van de onderneming niets van deze latente belastingclaim, maar deze verdwijnt niet!

De uitgestelde AB-heffing bedraagt €269.000,- en is afhankelijk van de waarde van de onderneming op het moment van staken. Deze kan dus zowel groeien als krimpen. Om de eenvoud van dit voorbeeld te behouden, wordt ervan uitgegaan dat de waarde van de onderneming bij staken in de toekomst ongewijzigd blijft.

Verschil in kasstroom fiscus bij schenking	€381.200,-
Uitgestelde AB-heffing	€269.000,-
Verschil AB-heffing en schenkbelasting op lange termijn	€112.200,-

Op lange termijn mist de fiscus bij het toepassen van de opvolgingsfaciliteiten in totaal €112.200,-. Hiertegenover staat dat de B.V., zolang deze actief is, kan blijven beschikken over een extra €381.200,- ten opzichte van het scenario zonder BOR en DSR. Dit vermogen blijft door de onderneming aangewend en hiermee wordt rendement behaald, die de onderneming niet had behaald wanneer dit bedrag als belasting naar de fiscus was overgegaan. De NAR die de B.V. maakt is 6%. Over het rendement zal de B.V. VPB zal moeten betalen. De VPB is 19% of 25,8% afhankelijk van de hoogte van de winst (art. 22 Wet VPB 1969).

€381.200 x 6% (NAR)	€22.872 per jaar
VPB bij 19%	€4.345,68 per jaar
VPB bij 25,8%	€5.900,98 per jaar

De fiscus zal deze VPB alleen toekomen, wanneer gebruik gemaakt wordt van de BOR en DRS. Wanneer deze faciliteiten niet worden gebruikt, wordt €381.200,- extra aan de onderneming onttrokken waarover geen rendement wordt gemaakt. Het verschil in AB-heffing en schenkbelasting op lange termijn is €112.200,-. Dit kan afgezet worden tegen de extra VPB, waarbij een extra kasstroom gecreëerd door de VPB afgezet kan worden tegen de gemiste belastingen bij de bedrijfsoverdracht.

Verschil in schenkbelasting en AB op lange termijn	€112.200,-
VPB bij 19%	€4.345,68 per jaar
Rendement op "gemiste belastingen" door de opvolgingsregelingen	3,89%
Aantal jaren kasstroom VPB bij gelijkblijvende winst	25,81 jaar

Verschil in schenkbelasting en AB op lange termijn	€112.200,-
VPB bij 25,8%	€5.900,98 per jaar



Rendement op “gemiste belastingen” door de opvolgingsregelingen	5,3%
Aantal jaren kasstroom VPB bij gelijkblijvende winst	19,01 jaar

Het duurt bij het lage VPB-tarief 25,81 jaar en bij het hoge VPB-tarief 19,01 jaar voordat de fiscus middels de VPB volledig gecompenseerd is voor de faciliteiten in de schenk- of erfbelasting. De fiscus zal wel moeten wachten totdat de B.V. staakt, voordat de AB-heffing geheven kan worden. Na de in de rekensom genoemde periodes lopen de VPB-opbrengsten door, terwijl de AB-heffing en schenk-of erfbelasting eenmalig is.

Wel is een waarschuwing op zijn plaats. Deze rekensom is zeer vereenvoudigd weergegeven. Aan de ene kant zijn financieringslasten voor de overheid buiten beschouwing gelaten. Aan de andere kant is ook de winst voor de onderneming niet bestemd. Nieuwe investeringen kunnen leiden tot hogere winsten en daarmee een hogere belastingafdracht voor de VBP (en uiteindelijk ook een hogere AB-heffing). Het is ook mogelijk dat de ondernemer aan de B.V. onttrekkingen doet waarover IB zal moeten worden afgedragen. Ook bestaat de kans en het risico dat de winsten toenemen of afnemen. Ook dit kan van invloed zijn op de af te dragen VPB en uiteindelijke AB-heffing. Tenslotte bestaat het risico dat de B.V. failliet gaat en de overheid de AB-heffing niet kan innen. Deze factoren zijn te ingewikkeld om in deze vereenvoudigde rekensom mee te nemen. De rekensom laat wel zien dat de schatkist op lange termijn baat kan hebben bij het toekennen van opvolgingsfaciliteiten waarbij B.V.’s in belangrijke mate over hun vermogen kunnen blijven beschikken.

De schatkist kan bij gebruikmaking van de BOR en de DSR een fors lager bedrag aan schenkbelasting heffen en de AB-heffing wordt uitgesteld. Op lange termijn staat daar een hoger bedrag aan VBP tegenover. Het is mogelijk dat op lange termijn de hogere VPB-heffing de gedeerde belastingafdracht aan schenkbelasting compenseert. In 2020 ontving de schatkist ca. 2,3 miljard aan belastingontvangsten uit schenk- en erfbelasting (Kamerstukken, 2022-2023). De erf- en schenkbelasting vertegenwoordigen een relatief klein onderdeel (<1%) van de totale belastingontvangsten. In hetzelfde jaar was de totale belastingontvangst ca. 300 miljard (Ministerie van Financiën, z.j.). De gevolgen van het al dan niet van toepassing zijn van de DSR en de BOR zijn voor de schatkist aanwezig. Deze zijn echter in relatie tot het geringe belang van de schenk- en erfbelasting op het totaalbedrag aan belastinginkomsten veel minder ingrijpend dan de impact van de regelingen op B.V.’s. Zelfs in het geval dat alle (ook niet bedrijfsgebonden) schenk- of erfbelasting wordt vrijgesteld, dan zijn de belastingopbrengsten nog geen 1% lager. Dit staat in schil contrast tot B.V.’s met 100% beleggingen waarin in één klap 41,5% van de waarde verdampst.

Het maakt voor een individuele B.V. een groot verschil of de opvolgingsregelingen van toepassing zijn. De onzekerheid in individuele gevallen is voor de fiscus voor wat betreft de opbrengsten geen probleem. De fiscus behandelt immers meerdere overdrachten waarbij een beroep gedaan wordt op de opvolgingsfaciliteiten. Een aantal zaken zal in het voordeel van de opvolger worden beslecht, anderen in het voordeel van de fiscus. Het individueel risico wordt zo voor de schatkist weggediversifieerd. Dit wordt versterkt doordat de betreffende belastingopbrengst slechts een klein deel van de totale belastingopbrengst betreft. De uitkomsten van individuele geschillen spelen op de totale belastingopbrengsten nauwelijks een rol. De onzekerheid en uitkomsten van individuele gevallen zijn voor de schatkist nauwelijks merkbaar.

### 1.2.5. Probleemstelling samengevat

Voor de belastingdienst is de complexiteit van de regelgeving rondom de opvolgingsregelingen een probleem, omdat dit een onevenredig beroep doet op de behandelingscapaciteit van de belastingdienst. De complexiteit en het capaciteitsbeslag neemt toe wanneer de opvolgingsregelingen samenlopen met (verhuurd) vastgoed. Voor de belastingplichtigen leidt de complexiteit tot het probleem dat veel belastingplichtigen in onwetendheid verkeren of B.V.'s of onderdelen daarvan in aanmerking komen voor de opvolgingsregelingen. De complexiteit en daarmee de onzekerheid neemt toe wanneer de opvolgingsregelingen samenlopen met (verhuurd) vastgoed. Dit is een probleem omdat de financiële gevolgen van het kwalificeren onder de opvolgingsregelingen groot zijn. Dit tast de rechtszekerheid van de (voortzetter van de) B.V. aan. Tevens brengt de politieke wens om de opvolgingsregeling aan te passen extra onzekerheid met zich mee. Voor wat betreft de schatkist zijn de gevolgen beperkt. De onzekerheid in individuele gevallen is voor de fiscus geen probleem. Het individueel risico wordt door het vele aantal zaken voor de fiscus weggediversifieerd. De betreffende belastingopbrengst is daarnaast slechts een klein deel van de totale belastingopbrengst. De complexiteit van de regelgeving met de bijkomende onzekerheid en de uitkomsten van individuele gevallen zijn voor de schatkist qua opbrengst nauwelijks merkbaar.

### 1.3 Doelstelling

Binnen een onderneming als de onze is een bijzondere verwevenheid tussen de makelaarsactiviteiten en het verhuren van eigen vastgoed. Wordt het verhuren van vastgoed gezien als belegging, of juist als bedrijfsactiviteit, omdat we onze klanten van de makelaardij hiermee faciliteren? Het aanbieden van een huurwoning kan bij een huurder immers vraag naar onze dienstverlening in de makelaardij creëren, omdat de huurder in dat geval zijn eigen koopwoning wil verkopen. Onduidelijk is in hoeverre gebruikgemaakt kan worden van opvolgingsfaciliteiten.

Doel van deze scriptie is om uiteen te zetten welke opvolgingsfaciliteiten bestaan en een goede inschatting te maken of (onderdelen van) ondernemingen, zoals het onze, gebruik kunnen maken van deze faciliteiten. Zoals bij alle bedrijfsoverdrachten gaat het om een specifieke casus. Door de behandeling van deze casus wordt in algemene zin een academische bijdrage geleverd aan de invulling van de begrippen “materiële onderneming” en “beleggingen”. De casus bevat door de verwevenheid tussen het vastgoed en de overige bedrijfsactiviteiten een bijzondere verwevenheid die tot nieuwe vragen en inzichten kan leiden die mogelijk ook bij andere ondernemingen toegepast kan worden. Daarnaast is van belang hoe op de ontwikkelingen rondom de opvolgingsfaciliteiten geanticipeerd kan worden. Hierbij wordt ingegaan op de verwachte wijzigingen binnen de opvolgingsfaciliteiten. Hierop anticiperen kan ten gunste komen van de ontwikkeling van de onderneming door toekomstige generaties. Tenslotte zal in de paper de eigen mening van de schrijver worden weergegeven. Hoewel de weergave van mijn mening los staat van de hoofdvraag, voel ik toch een behoefte om mijn eigen mening in dit paper op te nemen. De bedrijfsopvolgingsregelingen en de beoogde wijzigingen hebben op ons bedrijf en daarmee op mij als opvolger grote impact. Wellicht dat de beschrijving van mijn eigen mening beleidsmakers tot nieuwe gedachten doet komen.

#### 1.4 Hoofdvraag

Hoe kunnen bedrijven met verhuurd vastgoed anticiperen op huidige en toekomstige ontwikkelingen rondom de BOR en andere bedrijfsopvolgingsregelingen?

#### 1.5 Deelvragen

1. Welke fiscale faciliteiten worden geboden bij bedrijfsopvolging bij B.V.'s?
2. Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?
3. Hoe verhouden de onderdelen van de beschreven onderneming zich tot de bedrijfsopvolgingsregeling?
4. Hoe kan geanticipeerd worden op de huidige regels en te verwachten toekomstige wijzigingen?
5. Hoe kunnen de opvolgingsfaciliteiten worden verbeterd?

#### 1.6 Onderzoeksopzet, leeswijzer en afbakening

Dit onderzoek zal zich beperken tot bedrijfsopvolging van Besloten Vennootschappen en is gericht op toepassing op de onderneming waar de schrijver van dit paper werkzaam is. Parallellen met soortgelijke bedrijven of casussen kunnen voorkomen. Het onderzoek richt zich mede op de definiëring van verschillen tussen de begrippen “materiële onderneming” en “belegging”. De onduidelijkheid die bestaat over de kwalificatie van deze begrippen zal nader in dit paper worden beschouwd. Dit paper zal betreffende deze begrippen in algemene zin een academische bijdrage leveren. Daarbij zal ook aandacht worden besteed aan gewenst recht in relatie tot het rechtszekerheidsbeginsel.

Daarbij dient bedacht te worden dat dit paper primair voor een makelaarsonderneming met verhuurd vastgoed is geschreven en dat verschillen met andere ondernemingen waarschijnlijk zijn. Andere ondernemingen vallen buiten de kaders van dit onderzoek. Uitgangspunt bij dit onderzoek is, net als bij het onderzochte bedrijf, dat de over te dragen onderneming zelf eigenaar is van het vastgoed, of een 100% belang heeft in de vennootschappen die direct eigenaar zijn van het vastgoed. De opvolgingsregelingen zullen op hoofdlijnen en op knelpunten worden besproken. Vereisten die voor de onderzochte onderneming eenvoudig kunnen worden gerealiseerd en geen belemmering vormen, zoals termijnen voor het verdelen van een erfenis, kunnen worden weggelaten, of beknopt worden behandeld. Dit onderzoek geeft inzicht welke regelingen en knelpunten bestaan en waar mogelijk gebruik van kan worden gemaakt. Het is nadrukkelijk geen stappenplan voor bedrijfsopvolging.

Om de probleemstelling te onderzoeken zal dit paper, naast de inleiding van hoofdstuk 1 en de conclusie van hoofdstuk 6, bestaan uit vier inhoudelijke hoofdstukken. In hoofdstuk 2 zal worden ingegaan op de eerste twee deelvragen. Daarbij komt globaal aan de orde hoe de huidige bedrijfsopvolging werkt, en zal dieper worden ingegaan op discussie en knelpunten die de begrippen “materiële onderneming” en “belegging” met zich meebrengen. Hoewel nog geen concreet wetsvoorstel is aangenomen, zal ook op de recente en te verwachten toekomstige ontwikkelingen worden ingegaan.

In hoofdstuk 3 zullen de bevindingen uit hoofdstuk 2 worden toegepast op de onderneming waar ik werkzaam ben. In hoofdstuk 4 zullen aanbevelingen worden gedaan die op korte termijn relevant kunnen zijn voor een bedrijfsoverdracht van de betreffende onderneming. Hiernaast zullen aanbevelingen gedaan worden die op langere termijn van belang kunnen zijn om bedrijfsoverdrachten aan toekomstige generaties te faciliteren. In hoofdstuk 5, na de conclusie en aanbevelingen, vindt een reflectie plaats waarbij ik mijn eigen mening over dit

onderwerp uiteen zal zetten. Daarbij zal ik ingaan op de vraag hoe de opvolgingsfaciliteiten kunnen worden verbeterd.

Kwantitatief onderzoek zal niet plaatsvinden. Het onderzoek zal plaatsvinden aan de hand van bronnenonderzoek. Meer specifiek zal het onderzoek plaatsvinden aan de hand van de wetgeving- en historie, literatuur, artikelen, rapporten, proefschriften, eerdere scripties en jurisprudentie. Dit zal een goed beeld geven over welke fiscale faciliteiten geboden worden en waar, met het oog op verhuurd vastgoed, het verschil ligt tussen een materiële onderneming en een belegging. Voor de beantwoording van de vraag hoe de onderdelen van onze onderneming zich verhouden tot de opvolgingsregeling, is informatie nodig uit ons bedrijf zelf. Dit geldt ook om tot de beantwoording van de hoofdvraag te kunnen komen, namelijk hoe geanticipeerd kan worden op de huidige regels en de te verwachten toekomstige wijzigingen. Voordat het toepassingsgedeelte plaats kan vinden, is het belangrijk om een goed beeld te hebben van onze onderneming. Ik zal daarom de boekhouder van het bedrijf, Mike Lager, interviewen. Input van de eigenaar wordt regelmatig gegeven. Dit zal plaatsvinden aan de hand van een schriftelijke vragenlijst. Hiernaast vindt regelmatig kort overleg plaats om vragen over de onderneming en de structuur van de onderneming te kunnen beantwoorden. Bij de beantwoording van de laatste deelvraag zal ik ter reflectie mijn mening geven over de opvolgingsregeling en de beoogde wijzigingen.

## Hoofdstuk 2 – Erf-en schenkbelasting en de opvolgingsfaciliteiten

### 2.1 Inleiding

Om een goede indruk te krijgen over de achtergrond van de erf- en schenkbelasting en de opvolgingsfaciliteiten zal dit hoofdstuk allereerst beknopt worden ingaan op de historie hiervan. Daarna zal worden ingegaan op de eerste deelvraag. “Welke fiscale faciliteiten worden geboden bij bedrijfsopvolging?” Hierbij zal worden ingegaan op de geldende belastingen en de tarifiering en wordt de werking van vrijstellingen uitgelegd. Meer specifiek zal de doorschuifregeling (DSR) en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (BOR) worden besproken. Hierna zal inhoudelijk worden ingegaan op de discussie die bestaat waar het verschil ligt tussen een materiële onderneming en een belegging. De twee deelvragen die in dit hoofdstuk zullen worden beantwoord zijn:

1. Welke fiscale faciliteiten worden geboden bij bedrijfsopvolging?
2. Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?

### 2.2 Historie en achtergrond van de erf- en schenkbelasting

De geschiedenis van de Nederlandse erf- en schenkbelasting gaat terug tot 1598. De vorm van de heffing en de rechtvaardigingsgronden zijn over de jaren veranderd. (Wijdeven, 2010 met een verwijzing naar Dijk, 1956). De belangrijkste huidige rechtvaardigingsgronden voor het belasten van schenkingen en erfenissen wordt gevonden in de gedachte dat een erfenis gezien kan worden als een “windfall gain” (Bruggeman, 2021 met een verwijzing naar Oliemans et al., 2008). Aan een erfenis staat immers geen tegenprestatie zoals arbeid, ondernemerschap of het op andere wijze van het nemen van risico tegenover. Het is daarnaast voor de overheid een efficiënte gelegenheid om direct aan te grijpen bij de overdracht van vermogen en een wijze om iets te doen aan de vermogensongelijkheid in Nederland (Ministerie van Financiën, 2020). De opbrengst vloeit naar de schatkist. De huidige successiewet stamt uit 1956 en wordt regelmatig aangepast. De wet is in 2023 voor het laatst gewijzigd en zal ook in 2024 worden aangepast (Staatscourant, 2022).

### 2.3 Belastingen

#### 2.3.1 Inkomsten uit aanmerkelijk belang

Wanneer aandelen die tot een aanmerkelijk belang horen worden verkocht of weggeschonken, dan zijn de vervreemdingsvoordelen belast voor de vervreemder (art. 4.12 Wet IB 2001). Het vervreemdingsvoordeel is het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs (art. 4.20 Wet IB 2001). De overdrachtprijs is de netto koopsom, waarbij overdrachtskosten zoals verkoopkosten in mindering zijn gebracht (art. 4.15 Wet IB 2001). Bij aandelen die worden overgedragen door vererving is sprake van een fictieve vervreemding (art. 4.16 Wet IB 2001). Bij schenkingen, een verkoop tegen een onzakelijke prijs en bij fictieve vervreemdingen, geldt als overdrachtprijs de waarde in het economisch verkeer (art. 4.22 Wet IB 2001). De verkrijgingsprijs staat gelijk aan het bedrag waarvoor de aandelen zijn gekocht, of staan gelijk aan de waarde in het economisch verkeer op het moment van de verkrijging van de aandelen (art. 4.21 Wet IB 2001). Voeten (2019) heeft dit verder uiteengezet en merkt op dat bij het vaststellen van de verkrijgingsprijs enkele uitzonderingen kunnen spelen wanneer van opvolgingsregelingen gebruik gemaakt wordt. Bij erfenissen geldt dat, wanneer het vervreemdingsvoordeel niet belast wordt bij de erflater, de verkrijgingsprijs voor de ontvangende partij gelijk wordt gesteld aan de verkrijgingsprijs die bij de erflater gold. Ook bij schenkingen wordt de verkrijgingsprijs bij de ontvangende partij gelijkgesteld aan de verkrijgingsprijs die gold bij de schenkende partij. Over het verschil tussen de

overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs wordt de vervreemder aangeslagen voor inkomen uit aanmerkelijk belang. Het huidige tarief bedraagt 26,9% (art. 2.12 Wet IB 2001).

### 2.3.2 Erf-en Schenkbelasting

De tarieven die volgens art. 24 SW worden geheven zijn op grond van art. 1 SW van toepassing op zowel erfenissen als schenkingen. Uitgangspunt is dat de ontvanger belastingplichtig is. De hoogte van de schenking of erfenis is van belang. Twee progressies worden gebruikt. Voor bedragen tussen de €0,- en €138.641 geldt de eerste progressie en hierbij wordt een lager tarief gerekend dan bedragen die daarboven liggen. Voor hogere bedragen geldt de tweede progressie. Op grond van art. 35a SW worden de progressies jaarlijks gecorrigeerd voor inflatie. Bij naaste familieleden is een lager tarief van toepassing. In eerste instantie was de bedoeling om hiervoor alleen een tariefgroep te creëren voor de partner en de kinderen. Toch werd tegemoetgekomen aan het breed gedragen gevoel dat de positie van kleinkinderen onvoldoende evenwichtig geregeld was. Hierom is besloten om voor afstammelingen in de tweede of verdere graad aan te sluiten bij de tariefgroep van partners en kinderen, met dien verstande dat een opslag zal gelden van 80% (Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 9). Dit resulteert in de volgende tarieven (art. 1 SW jo. art. 24 SW).

#### Tarieven erf-en schenkbelasting 2023

Waarde schenking of erfenis	Partner en (pleeg- of stief)kinderen	Kleinkinderen en verdere afstammelingen	Overige personen
€ 0 - € 138.641	10%	18%	30%
€ 138.642 en meer	20%	36%	40%

De tariefschalen zijn verschillend, omdat bedoeld is de mate van verwantschap van familieleden mee te laten tellen in het tarief. Voor naaste familieleden geldt een lager tarief (Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 9). Het object van de schenking of erfenis maakt voor deze tariefstructuur niet uit. Voor bedrijfsopvolging bestaan andere faciliteiten. Toch is de keuze van deze tariefstructuur wel relevant voor familiebedrijven. Geconcludeerd kan worden dat voor familiebedrijven die van (groot)ouders op (klein)kind overgaan doormiddel van schenking of vererving mildere tarieven gelden dan bij soortgelijke schenkingen of erfenissen ten behoeve van derden. Dit kan van belang zijn wanneer vermogen binnen de onderneming (gedeeltelijk) niet onder andere vrijstellingen valt. In veel gevallen zal het dus uitmaken wie de onderneming voortzet.

### 2.4 Vrijstellingen

De erf- en schenkbelasting kennen verschillende vrijstellingen. De vrijstellingen voor de erfbelasting zijn opgenomen in art. 32 SW en de vrijstellingen van de schenkbelasting zijn opgenomen in art. 33 SW. In veel gevallen zal bedrijfsopvolging plaatsvinden waarbij vermogen overgaat van ouders naar (klein)kind(eren). De vrijstelling voor erfbelasting is relatief laag. Kinderen en kleinkinderen kunnen rekenen op een vrijstelling van €22.918,-. Achterkleinkinderen, broers, zussen en andere erfgenamen zullen genoeg moeten nemen met een vrijstelling van €2.418,-. Alleen voor echtgenoten, partners of samenwonende partners bestaat een hogere vrijstelling van €723.526,-. Voor schenkingen zijn de

vrijstellingen voor een ouder aan kind jaarlijks €6.035,- en voor iemand anders €2.418,-. Wanneer voor een bijzonder doel wordt geschonken, bestaan enkele ruimere vrijstellingen. Dit zijn echter andere doelen dan bedrijfsopvolging.

Het is duidelijk dat de waarde van veel bedrijven hoger is dan bovenstaande vrijstellingen. De kans hierop is nog groter bij bedrijven met verhuurd vastgoed. De continuïteit van een onderneming kan in gevaar komen, wanneer liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om schenk-of erfbelasting te betalen. Om dit te voorkomen zijn bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gecreëerd (Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 3). Een zevental regelingen zijn geïntroduceerd om te voorkomen dat belastingheffing een belemmering vormt voor economisch gewenste bedrijfsoverdrachten. Het Centraal Planbureau (CPB, 2022) benoemt deze als volgt:

1. Bedrijfsopvolgingsregelingen erf- en schenkbelasting;
2. Doorschuifregeling inkomstenbelasting voordeel uit aanmerkelijk belang voor AB-houders;
3. Doorschuifregeling inkomstenbelasting stakingswinst voor IB-ondernemers;
4. Stakingsaftrek voor IB-ondernemers;
5. Stakingsaftrek lijfrentepremie voor IB-ondernemers;
6. Vrijstelling overdrachtsbelasting bedrijfsoverdracht in de familiesfeer;
7. Regelingen in de Invorderingswet;

Omdat dit paper zich beperkt tot bv's, zullen alleen de bedrijfsopvolgingsregelingen erf- en schenkbelasting, de doorschuifregeling en de vrijstelling overdrachtsbelasting in de familiesfeer worden behandeld. Omdat de wens is om het vermogen in het bedrijf te laten zitten, is het doel de overdracht "om niet" plaats te laten vinden. De wens is dus de onderneming zonder betaling van een koopsom (door schenking of vererving) over te laten gaan. De regelingen in de invorderingswet zullen daarom wel worden besproken, maar niet verder op onze onderneming worden onderzocht.

## 2.5 Ratio achter de opvolgingsregelingen

Bij overdracht van vermogen bij schenking en vererving dient normaliter erf- of schenkbelasting te worden betaald. Bij het heffen van belasting over een "gewone" erfenis of schenking (zonder bedrijfsopvolging) ontstaan doorgaans weinig problemen. De vordering van de fiscus kan dan eenvoudig uit de te liquideren boedel of uit de ontvangen gelden worden voldaan. Dit kan anders zijn wanneer de schenking of erfenis vermogen betreft dat vastzit in vermogensbestanddelen waarvan de liquidatie onwenselijk is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de schenking of erfenis een bedrijf behelst, waarvan de wens is dat deze wordt voortgezet. Dit is bijvoorbeeld het geval bij (familie)bedrijven, zoals het onze. In veel gevallen zal een ontvangende partij (buiten de waarde van de te ontvangen aandelen) onvoldoende (vrije) middelen hebben om de AB-heffing en erf- of schenkbelasting te voldoen. Ook wanneer de AB-heffing neerslaat bij een schenker ontstaan problemen. Wanneer een bedrijf wordt geschonken staat een schenker immers geen koopsom ter beschikking, waardoor ook de schenker wordt belemmerd in het laten voortzetten van het bedrijf. In dergelijke gevallen ligt voor de hand dat de belastingen gedragen worden door het over te dragen bedrijf, of dat het bedrijf in zijn geheel niet overgaat en wordt gestaakt.

De wetgever heeft successie- en schenkingsfaciliteiten gecreëerd, omdat het uit algemeen en sociaaleconomisch belang onwenselijk is dat een onderneming die overgaat moet worden

gestaakt, of geforceerd moet worden verkocht, zonder dat de bedrijfsresultaten daartoe aanleiding geven. Het gevolg hiervan, een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit, wordt als onwenselijk gezien. Dit geldt ook voor de gevallen waarin een ondernemer met uitredingswens de onderneming staakt, in plaats dat hij deze overdraagt aan een of meer opvolgers. Door de opvolgingsfaciliteiten wordt de belastingdruk van het successierecht en het schenkingsrecht ten gevolge van de overgang van een onderneming verminderd, waardoor een bijdrage wordt geleverd aan de continuïteit van familieondernemingen (Kamerstukken II, 1997-1998, 25688, nr. 3).

Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten hebben tot doel dat de continuïteit van een onderneming in gevaar kan komen doordat liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om erf- of schenkbelasting te betalen (Kamerstukken II, 2008-2009 31930 nr. 3).

De belangrijkste fiscale faciliteiten zijn de DSR en de BOR. De DSR geeft uitstel over de AB-heffing tot het moment dat de onderneming zijn activiteit staakt. De BOR geeft een verregaande vrijstelling over de erf- of schenkbelasting. In de literatuur wordt regelmatig verondersteld dat de ratio van de BOR ligt bij het voorkomen van liquiditeitsproblemen. Daarbij worden voorstellen gesuggereerd om de vrijstelling te verruilen voor een uitstel van betaling over het volledige bedrag (Graaf, 2020, met een verwijzing naar Zwemmer 2000). Ik ben het daar niet mee eens. Het klopt dat liquiditeitsproblemen de continuïteit van een onderneming in gevaar kunnen brengen. Met een betalingsregeling wordt alleen het korte termijn probleem van de onderneming opgelost. Continuïteit behelst het voortbestaan van een onderneming op korte, maar ook op lange termijn. Uit de eerdere weergegeven rekensom komt een belastingschuld van bijna 7 keer het EBIDA. Deze schuld is in verhouding tot het resultaat van de onderneming zo groot dat gedurende lange termijn de investeringscapaciteit van onderneming fors wordt aangetast. Dit raakt de continuïteit van de onderneming. De belastingdruk is dermate groot dat alleen met een vrijstelling (of hoogstens met vordering die opeisbaar wordt bij het staken van de onderneming) de continuïteit van de over te dragen in bestaande vorm kan worden gewaarborgd.

Denkbaar is dat bedrijfsonderdelen van een familiebedrijf kunnen worden verkocht aan een koper. De koper kan deze bedrijfsonderdelen vervolgens buiten het familiebedrijf voortzetten. De koopsom die voor het bedrijfsonderdeel betaald wordt, kan aangewend worden om de belastingafdracht te bekostigen. Formeel kan dan wel continuïteit voor zowel de onderneming als voor het overgenomen bedrijfsonderdeel worden gewaarborgd. Toch wordt het onwenselijk ervaren dat een (onderdeel van) familiebedrijf dat al decennialang in handen is van een familie, zou moeten worden verkocht, terwijl bij overdracht door schenking of vererving nog geen waarde verzilverd wordt (Kamerstukken II, 2008-2009 31930 nr. 40). Het voorkomen van verkoop van delen van de onderneming is formeel geen doel van de BOR, maar dergelijke verkopen worden wel onwenselijk geacht (CPB, 2022).

## 2.6 Opvolgingsregelingen in Europees verband

Ook de Europese Commissie ziet het belang in van het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfsoverdracht en verzoekt de lidstaten maatregelen te treffen om het voortbestaan van de bedrijven en het behoud van de daarmee verbonden arbeidsplaatsen te waarborgen. De lidstaten wordt onder andere verzocht om “een voor het slagen van de overdracht gunstig financieel klimaat te creëren” en “het slagen van de overdracht binnen de familie te garanderen door te voorkomen dat het erf- of het schenkingsrecht het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengt”. Specifiek op het gebied van de erf- en schenkbelasting verzoekt de Europese Commissie een of meer van de volgende maatregelen te nemen:



“a) de belasting op de strikt bedrijfsgebonden activa te verlichten in geval van overdracht langs de weg van schenking of erfopvolging, met inbegrip van de successierechten, de schenkingsrechten en het registratierecht, op voorwaarde dat de bedrijfsactiviteit op een geloofwaardige wijze voor een bepaalde minimumduur wordt voortgezet;

b) de erfgenamen de mogelijkheid te bieden de betaling van de schenkings- respectievelijk successierechten te spreiden of uit te stellen, op voorwaarde dat de bedrijfsactiviteit van de onderneming wordt voortgezet, en hen vrijstelling van betaling van rente te verlenen;

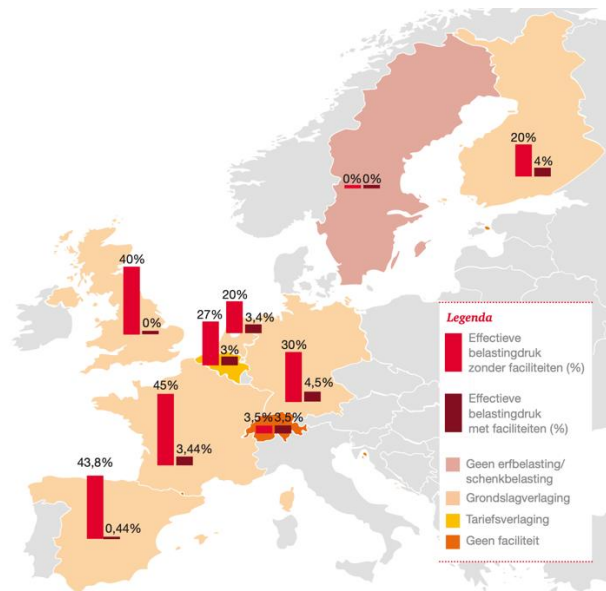
c) erop toe te zien dat bij de fiscale evaluatie van de onderneming rekening mag worden gehouden met de ontwikkeling van die waarde tot enkele maanden na het overlijden van de ondernemer. (Europese Commissie, 1994) ”

Onder punt a lijkt de Europese Commissie een onderscheid willen te maken in ondernemingsvermogen en niet strikt bedrijfsgebonden activa, maar dit wordt niet verder gedefinieerd en de invulling wordt aan de lidstaten overgelaten. Ook wordt als voorwaarde gesteld dat de bedrijfsactiviteiten voor een minimale duur moet worden voortgezet. Veel landen hebben hier in hun opvolgingsregelingen gehoor aan gegeven door bezitseisen te stellen, zoals Frankrijk, Ierland en voormalig lid Verenigd Koninkrijk. Landen zoals België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië en Spanje hanteren voortzettingsvereisten. Ook wordt regelmatig een minimum belang vereist in de onderneming die door de schenker of erfflater wordt overgedragen, zoals in België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië en Spanje. In veel landen zijn regels opgenomen voor het kwalificeren van vermogen onder de opvolgingsregeling. In België geldt dat als een holding zelf niet de activiteitentoets doorstaat, maar een dochteronderneming wel, de dochter geheel kwalificeert voor de opvolgingsfaciliteit. Er wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen beleggings- en ondernemingsvermogen. In Duitsland wordt het kwalificerend ondernemingsvermogen door middel van ficties berekend. In Frankrijk geldt dat wanneer minstens 50% van de omzet gegeneerd wordt door kwalificerende activiteiten, het gehele vermogen van de vennootschap voor de opvolgingsregeling in aanmerking komt, onder voorwaarde dat de activa ten minste voor 50% bestaat uit vaste activa. Als een vennootschap hier niet aan voldoet, dan bestaat in zijn geheel geen recht op vrijstelling. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland geldt dat alleen activa kwalificeren die in de periode 2 jaar voorafgaand aan de schenking of het vererven voor meer dan 50% dienstbaar zijn aan de onderneming. In Spanje geldt dat de vennootschap de activiteiten moet aanwenden voor economische activiteiten. In Italië zijn geen specifieke eisen gesteld aan het vermogen (Jansen, 2021).

In verschillende Europese landen is in voorgaande jaren gediscussieerd over de invulling van de opvolgingsregelingen. Zo is in Spanje aandacht geweest voor misbruik waarbij pure beleggingen werden samengevoegd met de bezittingen van actieve ondernemingen, zodat met pure beleggingen toch gebruik gemaakt kon worden van de opvolgingsregelingen. In Zweden werd door kleine politieke partijen voor de herinvoering van de schenk- en erfbelasting gepleit. In Finland staat de situatie ter discussie waarin een bedrijfsopvolger een aanzienlijk belastingbedrag moet betalen wanneer deze niet aan de eisen van opvolgingsregeling voldoet. Hier wordt juist gepleit voor een afschaffing van de schenk- en erfbelasting, naar Zweeds voorbeeld (PwC, 2015).

In de meeste Europese landen bestaat de meerderheid van ondernemingen uit familiebedrijven. In de meeste landen dragen familiebedrijven 50% of meer bij aan het BNP en genereren ze bijna de helft van alle banen. Veel landen hebben dan ook

opvolgingsfaciliteiten geïntroduceerd die de effectieve belastingdruk bij schenk- en erfbelasting fors verminderen. Uitzondering hierop zijn Zweden en Oostenrijk waar in het geheel geen erf- of schenkbelasting meer bestaat (ABN AMRO, 2020 en PwC, 2015). PwC deed onderzoek naar de schenk- en erfbelasting en de opvolgingsfaciliteiten in een aantal West-Europese landen en gaf de inhoud van de faciliteiten in onderstaande afbeelding overzichtelijk weer:



Figuur 1 Inhoud van de faciliteiten bij schenking of vererving van ouders op kind per land (PwC, 2015)

Net als Nederland kennen België, Finland, Spanje en het Verenigd Koninkrijk een vrijstelling van de vermogenswinst bij overdracht van familiebedrijven, alhoewel in het Verenigd Koninkrijk de overdracht middels schenking wel is belast met een vermogenswinstbelasting. In Zweden en Duitsland wordt alleen belasting geheven over daadwerkelijk gerealiseerde vermogenswinsten. In Frankrijk is bij de overgang van een familiebedrijf de vermogenswinst wel geheel belast (PwC, 2015).

Nederland is dus zeker niet alleen in het verminderen van de belastingdruk bij bedrijfsoverdracht middels schenking of vererving. Gezien het belang van de familiebedrijven in de totale Europese economie, heeft de Europese Commissie aanbevelingen gedaan om fiscale belemmeringen bij bedrijfsoverdracht weg te nemen. Zowel een equivalent van de BOR als voor de DSR worden in veel Europese landen gevonden. In veel landen staan de opvolgingsfaciliteiten ter discussie en wordt zowel voor een verruiming als voor een verkapping van de faciliteiten gepleit.

## 2.7 Doorschuifregeling inkomstenbelasting voordeel uit aanmerkelijk belang

### 2.7.1 Vererving en schenking

In hoofdstuk 2.3.1 is uitgelegd dat bij aandelen die overgaan door vererving, sprake is van een fictieve vervreemding en dat bij schenking afgerekend dient te worden over de waarde in het economisch verkeer. De doorschuifregeling van art. 4.17a (vererving) en art. 4.17c (schenking) Wet IB 2001 neemt de vervreemdingsfictie weg waardoor, onder voorwaarden, het deel van de vervreemding dat toe te rekenen is aan het ondernemingsvermogen niet wordt

aangemerkt als vervreemding. Op grond van art. 4.39a (vererving) en art. 4.39c (schenking) Wet IB 2001 schuift de verkrijgingsprijs van erflater door voor naar de erfgenamen (Franken et al. 2022). Dit is belangrijk voor stille reserves. De belastingheffing voor tot dusver onbelaste winsten kunnen bij erflater achterwege blijven, omdat de bij de opvolgers op een later moment zullen vrijvallen en worden belast (Kamerstukken II, 1958-1959, 5380, nr 3). De te betalen belasting wordt hiermee uitgesteld en niet afgesteld. De voortzetters kunnen bij toepassing van deze regeling verder met de boekwaarde van de onderneming. (Janssen, 2020). Hierdoor blijft de AB-heffing achterweg op het moment van erven en schenken. Voor de doorschuifregeling geldt geen bezitstermijn (Albert, 2023). Bij vererving geldt geen voortzettingseis. Bij schenking geldt dat de ontvanger reeds 36 maanden onmiddellijk voorafgaand aan de schenking in dienstbetrekking moet zijn bij de vennootschap die wordt geschonken (art. 4.17c<sup>o</sup>d wet IB 2001). Een andere belangrijke voorwaarde is dat deze doorschuifregeling alleen van toepassing is op ondernemingsvermogen (art. 4.17a lid 6 en art. 4.17c lid 1) wet IB 2001). Dit zijn alleen bezittingen of schulden voor zover deze toerekenbaar zijn aan de onderneming bedoeld als in art. 4.17a en art. 4.17c jo. art. 3.2 lid a wet IB 2001 te vermeerderen met 5% beleggingsvermogen, wat niet onder de eerste definitie valt. Het is dus onvoldoende dat alleen aandelen in een B.V. overgaan. Vereist is dat een materiële onderneming wordt gedreven door de vennootschap waarin je de aandelen bezit. Een aanmerkelijk belang welke niet kwalificeert als “materiële onderneming”, valt dus (behalve de hierboven besproken vrijstelling voor beleggingsvermogen over 5% van de waarde van de onderneming) ook buiten de doorschuifregeling. Deze opvolgingsregeling geldt voor de materiële onderneming. De regeling geldt dus niet voor de aandelen die naast een materiële onderneming worden overgedragen en zelf niet gekwalificeerd kunnen worden als materiële onderneming.

### *2.7.2 Regelingen in de invorderingswet*

Wanneer aandelen die tot een aanmerkelijk belang horen worden verkocht, dan zijn de vervreemdingsvoordelen belast voor de vervreemder. De voortzetter zal in veel gevallen niet liquide genoeg zijn om de koopprijs in één keer te voldoen. Afgesproken kan worden dat de voortzetter de koopsom schuldig blijft. De vervreemder kan in dat geval een beroep doen op de betalingsregeling van art. 25 lid 9 IW. Betaling van de verschuldigde AB-heffing zal in tien gelijke termijnen moeten worden voldaan, waarbij geen invorderingsrente is verschuldigd (art.28 lid 3 IW). Wel zal zekerheid moeten worden gesteld. Aandachtspunt is dat de koopsom volledig schuldig moet blijven en niet gedeeltelijk (HR, 7 december 2012). Aflossing op een later moment lijkt wel te kunnen, waarbij de betalingsregeling voor het afgeloste deel komt te vervallen (Franken et al. 2022). Franken et al. waarschuwt voor de verhouding tussen bezittingen en beleggingen van de vennootschap. Deze mogen niet meer dan 30% bestaan uit beleggingen. Wanneer de fatale grens is overschreden, dan kan de faciliteit in zijn geheel niet worden gebruikt. Dit kan een probleem opleveren voor B.V.'s waarvan de waarde voor een belangrijk deel wordt vertegenwoordigd door verhuurd vastgoed.

### *2.8 Bedrijfsopvolgingsregelingen erf- en schenkbelasting;*

Zoals in hoofdstuk 2.3.2. reeds is uitgelegd, is in beginsel erf- of schenkbelasting verschuldigd wanneer vermogen wordt geschonken, of vererft. Vanwege het belang van de continuïteit van ondernemingen is de Bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) geïntroduceerd. Deze moet ervoor zorgen dat reële bedrijfsoverdrachten niet belemmerd worden door schenk- of erfbelasting (Kamerstukken II, 2008-2009 31930 nr. 3). Het geeft een 100% vrijstelling tot €1.205.871 en een 83% vrijstelling over het bedrag daarboven. Voor de overige 17% kan een conserverende aanslag worden opgelegd voor een duur van maximaal tien jaren. Wanneer van

dit betalingsuitstel gebruik wordt gemaakt, is geen zekerheidstelling vereist, maar dient wel invorderingsrente te worden betaald (art. 35b SW en Franken et al. 2022).

De vrijstelling is gebaseerd op de waarde “going concern”. Alleen wanneer de waarde “going concern” lager is dan de liquidatiewaarde, dan wordt een 100% vrijstelling toegepast voor het verschil tussen deze waarderingen. Dit komt voornamelijk in de agrarische sector voor (Franken et al. 2022).

Op grond van art. 35c SW is de BOR, net als bij de doorschuifregeling, alleen van toepassing op kwalificerend ondernemingsvermogen plus 5% beleggingsvermogen. Tevens geldt een bezits- en voortzettingseis. Een schenker van een B.V. moet ten minste vijf jaar AB-houder zijn geweest. Voor een erflater geldt een termijn van ten minste één jaar (Franken et al. 2022). Dit is zowel een directe als een indirecte bezitstermijn. De aandelen moeten één jaar (bij vererving) of vijf jaar (bij schenking) onafgebroken in het bezit zijn geweest bij de vervreemder (directe bezitseis), waarbij de aandelen die worden geschonken of worden geërfd ten minste 5 jaar een onderneming hebben gevoerd (indirecte bezitseis) (Albert, 2023). Albert wijst erop dat het mogelijk is dat een belastingplichtige meer dan één materiële onderneming drijft. Hij verwijst daarbij naar bij HR, 1 mei 2020 en wijst er met een verwijzing naar HR, 29 mei 2020 op dat de indirecte bezitstermijn voor elke onderneming afzonderlijk geldt. Hoewel bij het eerstgenoemde arrest de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek werd toegepast en niet primair over de BOR ging en wellicht een passender voorbeeld te vinden is, laat m.i. het laatstgenoemde arrest goed zien dat de BOR buiten werking kan worden gesteld wanneer binnen een afzonderlijke onderneming niet voldaan wordt aan de bezitstermijn, ook wanneer de geconsolideerde en houdende vennootschap wel al voldoet aan de bezitstermijn. De Hoge Raad gaf in dat arrest aan dat de toets of aan de ondernemingseis voldaan is, binnen de geconsolideerde balans moet worden beoordeeld of de activiteiten zelfstandige ondernemingen vormen.

Om gebruik te kunnen maken van de BOR geldt een voortzettingseis van vijf jaren, zowel bij vererving als bij schenking. De vrijstelling komt in zoverre te vervallen indien binnen de voortzettingstermijn van 5 jaar niet meer wordt voldaan aan het voortzettingseis. Wanneer een afzonderlijk bedrijfsonderdeel wordt gestaakt, of wanneer van een 100% bijvoorbeeld 60% wordt overgedragen aan een derde, is sprake van partiële beëindiging. In dergelijke gevallen zal de vrijstelling niet in zijn geheel, maar naar rato van de staking komen te vervallen. De verkoop van afzonderlijke bedrijfsmiddelen gelden niet als partiële staking (Franken et al. 2022).

## 2.9 Vrijstelling overdrachtsbelasting bedrijfsoverdracht in de familiesfeer;

Bij overdracht van vastgoed is overdrachtsbelasting verschuldigd. Dit is geregeld in art. 1 WBR. Het tarief is 10,4% (art. 14 WBR). Ook aandelen in een rechtspersoon waarvan de bezittingen grotendeels bestaan uit onroerende zaken zijn belast (art. 4 WBR). Wanneer onroerende zaken geërfd worden, is onder omstandigheden geen overdrachtsbelasting verschuldigd (art. 3 lid 1a WBR). Om te voorkomen dat ondernemers hun onderneming tot hun overlijden aanhouden om de overdrachtsbelasting te vermijden, is een vrijstelling geïntroduceerd voor overdrachtsbelasting in de familiesfeer. Dit is geregeld in art. 15 lid 1 b van de WBR. Deze vrijstelling is opmerkelijk genoeg alleen voor kinderen, kleinkinderen, broers, zussen, of hun echtgenoten. De vrijstelling is beperkt tot goederen die dienstbaar zijn aan de onderneming die geheel (al dan niet in fasen) door de verkrijger wordt voortgezet. Net als bij de doorschuifregeling en de BOR speelt het begrip “materiële onderneming” een belangrijke rol om te beoordelen of de vrijstelling van toepassing is.

2.10 Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?

In eerdere hoofdstukken is besproken dat wanneer geen sprake is van een materiële onderneming, geen gebruik gemaakt kan worden van de BOR, de doorschuifregeling of de vrijstelling overdrachtsbelasting van bedrijfsoverdracht in de familiesfeer. Beleggingen kwalificeren niet als ondernemingsvermogen. De faciliteiten kunnen alleen worden gebruikt voor bezittingen of schulden voor zover deze toerekenbaar zijn aan de onderneming, zulks vermeerderd met 5% beleggingsvermogen. De marginale belastingdruk bij vererving of schenking van een B.V. die niet kwalificeert als “materiële onderneming” kan in een overdacht van ouders aan kind oplopen tot 26,9% (AB-heffing) en 20% erf- of schenkbelasting.

Bij veel ondernemingen is het in de praktijk duidelijk dat sprake is van een onderneming of niet (Franken et. al, 2022). Denk daarbij bijvoorbeeld aan een bakkerij, of een makelaarsonderneming. Bij vastgoedexploitatie en verhuur is dit minder duidelijk. Het beheren van een vastgoedportefeuille is doorgaans meer werk dan het aanhouden van aandelen of banktegoeden. Beheers- en onderhoudsactiviteiten zijn arbeidsintensief. Wanneer deze arbeid door de eigen organisatie wordt uitgevoerd, zou men dit als belastingplichtige kunnen ervaren als het drijven van een onderneming. Aan de andere kant kan worden betoogd dat vastgoed niet tot het ondernemingsvermogen behoort, omdat dit eigenlijk duurzaam overvloedige middelen omvat en dus is te kwalificeren als een belegging (Kamerstukken 2009-2010, 32129, nr. 3). Dit werpt de volgende vraag op: Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?

### 2.10.1 Materiële onderneming

Bij de beantwoording van de vraag of verhuurd vastgoed kan kwalificeren als materiële onderneming, zal eerst moeten worden vastgesteld of sprake is van een onderneming. In de sfeer van de inkomstenbelasting staat bij schenking of vererving het bestaan van een onderneming in beginsel vast (Rozendal, 2018). Bij schenking of vererving van AB-aandelen, zoals bij een B.V. aan de orde is, zal dit echter moeten worden vastgesteld. Van het drijven van een onderneming is volgens Albert (Albert, 2015) sprake wanneer voldaan is aan drie vereisten. Sprake moet zijn van:

1. Een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid
2. Deelname aan het economische verkeer
3. Een winstoogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt

Arbeid in de zin van kapitaal en arbeid als genoemd onder 1 verschilt echter van arbeid die gemoeid gaat met het beheren van vermogen. Het is dus niet zo dat elk vermogensbeheer van duurzame aard een materiële onderneming vormt (Rechtbank Gelderland, 1 oktober 2020).

Bij de exploitatie van onroerende zaken zal moeten worden beoordeeld of de verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvat dan dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Tevens zal arbeid moeten zijn verricht met als doel om een rendement te behalen dat het rendement dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, te boven gaat (HR, 10 maart 2017). Pas als aan deze voorwaarden is voldoen, is sprake van een materiële onderneming.

#### 2.10.1.1 Belegging

Wanneer vastgoed aan derden wordt verhuurd, is het vaak niet duidelijk of sprake is van een materiële onderneming. Hoewel de wetgever ingrijpende gevolgen verbindt aan de kwalificatie “beleggen”, heeft deze niet duidelijk omschreven wat beleggen dan precies is (Te Niet, 2007). Hoeve (2020) wijst erop dat beleggen en onderneming geen wederzijds

uitsluitende definities zijn. Hij verwijst hierbij naar het arrest van de Hoog Raad (HR, 15 april 2016), waaruit opgemaakt kan worden dat sprake kan zijn van ondernemende beleggers (of beleggende ondernemers). De Hoge Raad heeft het begrip “belegging” wel verduidelijkt. Van een belegging is sprake wanneer een bezitting slechts gericht is op het verkrijgen van waardeinstijgingen en rendementen die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht (HR, 8 november 1989). Met het woord “slechts” lijkt m.i. een duidelijke afscheiding te zijn gemaakt tussen belegging en onderneming. Toch wil ik de redenering van Hoeve niet helemaal afschrijven. Ik kan mij uit bedrijfs oogpunt namelijk goed investeringen voorstellen die slechts gericht zijn op het behalen van een rendement dat gelijkligt -of zelfs lager ligt- dan de waardeinstijging en rendementen die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht. Denk bijvoorbeeld aan de bakker, die zijn bedrijfsruimte koopt van zijn verhuurder. Het rendement dat hij maakt met deze aankoop bestaat uit het niet meer hoeven betalen van de huurpenningen en de toekomstige waardeinstijging minus de kosten die het in eigendom hebben van het pand met zich meebrengt. In een mogelijkheid om tot aankoop over te gaan van een bedrijfspand zullen deze voordelen afgezet worden tegen de mogelijkheden van (het voortzetten van) een huursituatie. Qua locatie en bakkersactiviteiten verandert immers niets. Het voordeel dat de bakker hiermee realiseert (de waarde van de huurpenningen plus de waardeontwikkeling minus de kosten die verband houden met het in eigendom hebben van de winkel) zijn gelijk aan het rendement dat een belegger zou maken wanneer sprake is van normaal vermogensbeheer. Als de bakker een hoger bedrag over heeft voor de winkel dan de markt voor een gelijke winkelruimte zou betalen, dan is zijn rendement zelfs lager dan bij beleggers. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de bakker beperktere vastgoedkennis heeft dan de gemiddelde belegger, of wanneer de bakker het pand al huurt en bereid is om een premie te betalen om “zijn eigen” winkel te mogen kopen. Toch wordt vastgoed in eigen gebruik geëtiketteerd als ondernemingsvermogen. Het vastgoed van de bakker is verweven met de onderneming. De bedrijfsruimte wordt namelijk geëxploiteerd door in een bedrijfsruimte te bakken en bakkerswaar te verkopen (meerarbeid) en het oogmerk is met de productie en handel in bakkerswaar meer te verdienen dan met de enkele verhuur van het winkelpand mogelijk is (meer rendement).

#### 2.10.1.2 Meerwaardecriterium

Van Dijck (Dijck, 1976) meent dat vastgoedbeleggers en vastgoedondernemers van elkaar kunnen worden onderscheiden door de beantwoording van de vraag of een duurzame organisatie bestaat die gericht is op om meerwaarde te creëren. Hij verduidelijkt dit door te stellen dat een belegger uitsluitend zijn vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan derden en daarvoor een vergoeding ontvangt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij aandelen en obligaties, waarbij kapitaal ter beschikking wordt gesteld of bij verhuur waar bijvoorbeeld vastgoed ter beschikking wordt gesteld. Door een belegger wordt zelf geen meerwaarde gecreëerd, maar hij ontvangt louter een vergoeding. Het onderscheid tussen belegger en ondernemer wordt bepaald doordat de ondernemer de intentie heeft om meerwaarde te scheppen. Volgens Van Dijck levert verhuur “als zodanig” nooit een onderneming op. Wel kan van een onderneming sprake zijn wanneer aan een huurder andere prestaties worden verricht, zoals schoonmaken of bewaking. Van Dijck vermoedde in eerste instantie dat het ondernemerschap in dergelijke gevallen alleen van toepassing kan zijn voor deze prestaties. Voor zover het gaat om de “kale” verhuur van onroerende zaken ben ik het met Van Dijck eens, dat dit niet als onderneming kwalificeert. De verrichte arbeid moet dan wel iets toevoegen, of in de woorden van Dijck: “meerwaarde” opleveren. Wanneer de eigenaar echter werkzaamheden verricht dient m.i. verder gekeken te worden naar de samenhang tussen de werkzaamheden en het vastgoed. Werkzaamheden kunnen de verhuurbaarheid vergroten (minder leegstand), of door extra service de huursom doen toenemen. Ook is het denkbaar dat

de totale kosten omlaaggaan, door werkzaamheden binnen de eigen organisatie te laten uitvoeren. Juist in die gevallen waarin werkzaamheden plaatsvinden binnen een duurzame organisatie en middels arbeid en kapitaal wordt deelgenomen aan het economische verkeer, zulks met het oogmerk winst te maken of te vergroten, zal, wanneer het voordeel redelijkerwijs te verwachten is, het m.i. niet ondenkbaar zijn dat het bestaan van een onderneming wordt aangenomen. Binnen de rechtspraak heeft het meerwaardecriterium van Van Dijk dan ook met betrekking tot vastgoedexploitatie echter geen vaste plaats verworven (Adriaansens et al., 2014b).

#### 2.10.1.3 “Enkele verhuur”

Hoewel bij de “enkele verhuur” van onroerende zaken niet snel een materiële onderneming zal ontstaan, ben ik van mening dat de terminologie “enkele verhuur” in de MvT (Kamerstukken II, 2008-2009 31930 nr. 3) en in de terminologie van Berkhout (Berkhout, 2010) lijkt aan te sluiten bij de eerder besproken “als zodanig” van Van Dijk (Dijk, 1976). Dit laat ruimte open voor een kwalificatie als materiële onderneming wanneer extra werkzaamheden worden verricht. Ook Adriaansens et. al, (2014b) is van mening dat wanneer naast verhuur ook andere prestaties worden verricht een materiële onderneming in beeld kan komen. Gemeend wordt dat het ondernemerschap in die gevallen voor de vastgoedexploitatie als geheel kan gelden. Verwezen wordt naar een arrest (HR, 17 augustus 1994) waarin werd geoordeeld dat sprake is van meer dan “enkele verhuur” wanneer het rendabel maken van vastgoed mede plaatsvindt doormiddel van extra arbeid wat door de eigenaar van het vastgoed wordt verricht en naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft voordelen uit het vastgoed te behalen welke het rendement bij normaal verkeer te boven gaat.

#### 2.10.1.4 Extra rendement en extra werkzaamheden versus normaal vermogensbeheer

Volgens Berkhout (Berkhout, 2010) is het beheren van een omvangrijke vastgoedportefeuille waarbij hogere rendementen worden gecreëerd dan het rendement op staatsleningen op zichzelf onvoldoende om te kwalificeren als onderneming. Berkhout geeft als (eigen) definitie van een vastgoedonderneming: “wanneer een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht is op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkel verhuren en beheren van vastgoed.” In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 2008-2009 31930 nr. 3) is aangegeven dat de vraag of sprake is van een materiële onderneming beoordeeld moet worden aan de omstandigheden van het geval, waarbij getoetst wordt of de activiteiten een materiële onderneming vormt voor de inkomstenbelasting. Daarbij wordt verduidelijkt dat bij de enkele verhuur van onroerende zaken niet snel een materiële onderneming zal ontstaan. Zelfs niet als de vastgoedportefeuille omvangrijk is en het lichaam zelf het beheer heeft over het onderhoud. Onderhoudswerkzaamheden zijn instandhoudingswerkzaamheden. Dit valt onder “normaal vermogensbeheer” en kwalificeert niet als onderneming. De fiscus wijst er in zijn praktijkhandleiding (Belastingdienst, 2016) op dat het moeten verrichten van arbeid inherent is aan de gekozen investering in vastgoed. Onder het adagium “aandelen Shell hebben geen lekkende dakgoten” wordt uitgelegd dat men, in tegenstelling tot een belegger in aandelen, wel werkzaamheden moet verrichten om enig rendement te halen. Bij het hebben van veel “dakgoten” is het gebruikelijk dat de werkzaamheden veel tijd in beslag nemen. Ook de Hoge Raad heeft zich hierover uitgesproken (HR, 17 september 2021). Het hebben van ca. 1.100 garageboxen en 57 bedrijfsruimtes brengt met zich mee dat het verrichten van het administratieve, technische en commerciële beheer gebruikelijk is. Ook als de opvolgers daar aanzienlijk veel tijd mee kwijt zijn. De aard en omvang van die werkzaamheden moeten meer omvatten dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Alle werkzaamheden moeten in de beoordeling worden betrokken. Een afzonderlijke beoordeling van specifieke activiteiten,

zoals alleen het voeren van een actief huurdersbeleid, zal dus niet plaatsvinden. Wanneer een belanghebbende niet aannemelijk maakt dat en in hoeverre behaald (extra) rendement kan worden gerelateerd aan meer dan gebruikelijke werkzaamheden, dan zal het bestaan van een materiële onderneming niet worden aangenomen (Berkhout, 2022).

#### 2.10.1.5 (Netto)rendement

Wanneer aangenomen wordt dat extra arbeid wordt verricht ten opzichte van arbeid dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, dan moet dat extra arbeid dus onmiskenbaar het doel hebben om voordelen te behalen die het normaal vermogensbeheer te boven gaan.

Het is goed om stil te staan bij het rendement. Gaat het hierbij om een meeropbrengst, of kan het bestaan van een materiële onderneming ook worden aangenomen als de meerarbeid onmiskenbaar tot doel heeft de kosten te reduceren. Met andere woorden: gaat het om enkel meeropbrengsten, of om een totaal hoger nettorendement? Net als Berkhout gaat Adriaansens et al. uit van nettorendement. Adriaansens et al verwijst daarbij naar een annotatie van van Dijck onder het hiervoor besproken arrest (HR, 17 augustus 1994), waarbij van Dijck de begrippen “voordelen” en “rendement” aanhaalt en concludeert dat het hierbij moet gaan om het saldo van opbrengsten en kosten. In het onderhavige arrest ging het om een verhuurder die zelf onderhouds-, schoonmaak- en administratiewerkzaamheden verrichtte. Het zelf uitvoeren van deze werkzaamheden hebben geen invloed op de bruto-huuropbrengst, maar wel op de kosten. Deze werkzaamheden laten dus het nettorendement stijgen. Dat nettorendement de juiste maatstaf is, is tevens bevestigd in een arrest van de Hoge Raad in 2016 (HR, 15 april 2016). In dit opzicht is ook het eerder besproken verhuren en beheren door de eigen organisatie relevant. Hierdoor dalen de kosten en stijgt het nettorendement.

#### 2.10.1.6 Tussenconclusie

Als tussenconclusie kan worden gesteld dat bij vastgoedexploitatie sprake kan zijn van een materiële onderneming. Hiervoor moet wel sprake zijn van omstandigheden die leiden tot “meer dan normaal vermogensbeheer” dat tot doel heeft “een hoger nettorendement” te behalen.

#### 2.10.1.7 Direct of indirect rendement?

Voor het bestaan van een materiële onderneming zijn omstandigheden dus noodzakelijk die leiden tot “meer dan normaal vermogensbeheer” wat tot doel heeft een “een hoger nettorendement” te behalen. Deze omschrijving levert verdere vragen op. Gaat hier hierbij om direct rendement, of indirect rendement? Welke activiteiten kwalificeren nu als “normaal vermogensverkeer” en hoe wordt beoordeeld wanneer arbeid “normaal vermogensbeheer” te boven gaat?

Allereerst het rendement. Gaat het om het directe of indirecte rendement? De belastingdienst gaat er in de praktijk vanuit dat waardeverandering van de vastgoedportefeuille niet gebruikt kan worden om te beoordelen of sprake is van een hoger nettorendement (Belastingdienst, 2016). Zij voert aan dat waardeveranderingen door algemene ontwikkelingen op de vastgoedmarkt niet zijn toe te rekenen aan de werkzaamheden van de vastgoedexploitant (Rozendal, 2019). Ik kan mij in hoofdlijnen in deze redenering vinden. Rozendal merkt daarbij m.i. wel terecht op dat het niet ondenkbaar is dat indirect rendement toch een rol kan spelen, zoals in de gevallen dat door arbeidsinspanningen een lucratief huurcontract wordt afgesloten, wat de waarde van het betreffende pand doet stijgen. Deze situatie kan zich voornamelijk voordoen geval zijn bij commercieel vastgoed. M.i. dient in de meeste getallen gekeken worden naar het



directe rendement, maar het is dus niet uitgesloten dat het indirecte rendement in enkele specifieke gevallen toch een rol kan spelen.

#### 2.10.1.8 De vergelijking

Waarmee moet het hogere nettorendement worden vergeleken? De belastingdienst stelt dat een vastgoedexploitant zich moet vergelijken met een belegger met een vergelijkbare vastgoedportefeuille (Belastingdienst, 2016). De belastingdienst stelt verder dat de IPD-vastgoedindex gebuikt zou kunnen worden om te bepalen of sprake is van een hoger nettorendement, waarbij de index als benchmark kan dienen voor het vergelijken van actief beheerde vastgoedportefeuilles. Wel wordt daarbij de kanttekening gemaakt dat het daarbij gaat om landelijk gemiddelde cijfers. Rozendal plaatst de waarschuwing dat bij een vergelijking met een vastgoedindex appels met peren worden vergeleken (Rozendal, 2019). Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dan ook dat IPD-vastgoedindex niet bruikbaar is voor een rendementsvergelijking (Hof Arnhem-Leeuwarden, 12 mei 2015). Het is daarom beter om, zoals de belastingdienst het ook zelf stelt, de vergelijking te maken aan de hand van vergelijkbare portefeuilles van andere vastgoedexploitanten. Rozendal wijst er daarnaast op dat het rendement nog niet hoeft te zijn behaald. De verwachting dat meer dan een normaal rendement zal worden behaald kan voldoende zijn. Rozendal verwijst daarbij naar uitspraken van het Hof Arnhem-Leeuwarden en van het Hof 's-Gravenhage (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015 en Hof 's-Gravenhage 19 juli 2017). Ook Te Niet is van mening dat het gaat om de subjectieve intentie van de ondernemer (Te Niet, 2007). Dit kan handig zijn bij vergelijkingen van onderdelen van de portefeuille die nog niet zo lang verhuurd zijn, of waar onverwachte gebeurtenissen het rendement, ondanks de verrichte arbeid, in negatieve zin hebben aangetast. Het gaat dus om het beoogde nettorendement dat hoger moet zijn dan het beoogde rendement van een gemiddelde belegger met een vergelijkbare beleggingsportefeuille.

#### 2.10.1.9 Activiteitencatalogus van Te Niet

Welke activiteiten kwalificeren nu als “normaal vermogensverkeer” en hoe wordt beoordeeld wanneer arbeid “normaal vermogensbeheer” te boven gaat? Met andere woorden: Hoe dient het onderscheid gemaakt te worden tussen arbeid dat hoort bij beleggen en arbeid dat hoort bij ondernemen? Te Niet heeft in zijn dissertatie (Te Niet, 2007) een analyse gemaakt van de fiscale rechtspraak met betrekking tot het onderscheid tussen beleggen en ondernemen. Hij heeft een omstandighedencatalogus ontwikkeld met een integrale activiteitentoets. Hierbij wordt de verrichte arbeid op kwantitatieve en kwalitatieve elementen afzonderlijk en in combinatie getoetst. Aan de hand van de omstandigheden wordt door een rechter getoetst of deze werkzaamheden ook door een particuliere belegger zouden worden verricht. Te Niet geeft aan dat de rechter belang hecht aan bijvoorbeeld:

1. “Handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten;
2. De inzet van marktkennis en relaties (kwaliteit van de werkzaamheden);
3. De aard van de werkzaamheden;
4. De duurzaamheid van de werkzaamheden;
5. Het aantal besteedde uren (kwantiteit van de werkzaamheden);
6. De werkzaamheden van ingehuurd personeel.”

De toetsing op deze elementen worden door Te Niet aangeduid als de activiteitentoets. Hierbij krijgt de rechter een beeld van de activiteiten en vervolgens dient onderzocht te worden of in de overige feiten omstandigheden bestaan die de beeldvorming ondersteunen of juist niet. Daarbij wordt onder meer gekeken naar vermogens gerelateerde omstandigheden zoals:

7. “Omloopsnelheid van het vermogen;

8. Samenstelling van het vermogen;
9. Omvang van het vermogen;
10. En de wijze van financieren”

Wanneer de arbeids- en vermogen gerelateerde toetsen geen eenduidige kwalificatie opleveren dan kan ook naar andere factoren worden gekeken die in het verleden zijn meegenomen in de rechtspraak:

11. “Administratieve verwerking;
12. Leeft men van de op opbrengst van het vermogen”.

Te Niet merkt op dat de aanvullende toetsen gezien dienen te worden als een “nadere invulling van de maatschappelijke opvattingen rondom de inhoud van de begrippen ‘beleggen’ en ‘ondernemen’” en dat deze aanvullende criteria niet zelfstandig een uitspraak kunnen dragen. Na het verschijnen van de dissertatie van Te Niet lijkt het erop dat de genoemde feiten en omstandigheden door rechters meegenomen worden bij de beoordeling of een geval kwalificeert als “meer dan normaal vermogensbeheer”. Als voorbeeld kan verwezen worden naar een uitspraak van het Hof ’s-Gravenhage (Hof ’s-Gravenhage, 20 december 2013), waarbij ingegaan wordt op een vastgoedportefeuille van enkele miljoenen, wat het hof een aanzienlijke waarde noemde. Dit is een vermogensgerelateerde omstandigheid. Ook de arbeidsgerelateerde omstandigheden worden in de beoordeling betrokken. In R.O. 7.3 merkt het hof op: “ De werkzaamheden die de portefeuille meebrengt zijn het zoeken en selecteren van huurders, het bepalen van huurprijzen van woningen en/of opslagruimten, het voeren van correspondentie met betrekking tot het aangaan van huurovereenkomsten en huurachterstanden, het afhandelen van vragen of opmerkingen van huurders, het beoordelen van het benodigde onderhoud, het overleg met de technisch beheerder en de administrateur, het onderhouden van contacten met aannemers, gemeentelijke diensten en nutsbedrijven, het aanvragen van offertes en het verstrekken van opdrachten aan aannemers, de bezichtiging en de beoordeling van eventuele aankopen van onroerende goed, het lezen van vakliteratuur en het onderhouden van kennis aangaande onroerend goed in verband met huurprijzen in de omgeving van de panden in de portefeuille.” De verrichtte werkzaamheden beslaan voor vader 25 uur per week en voor zoon 50 uur per week. Het Hof nam in zijn overweging mee “dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer.” Het hof nam hierbij mee dat betrokkenen “jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden” die aan de onroerendgoedportefeuille worden toegedicht. Daarnaast wordt door de persoonlijke betrokkenheid bij de huurders verondersteld een hoger rendement te worden behaald dan anders het geval zou zijn. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten werden van toepassing verklaard. Een ander voorbeeld betreft een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarbij eveneens aan de hand van vermogensgerelateerde en arbeidsgerelateerde omstandigheden werd geoordeeld dat als gevolg van deze werkzaamheden de cashflowpositie beter was dan dat dat bij normaal vermogensbeheer het geval had geweest (Hof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014).

Het verdient opgemerkt te worden dat in de rechtspraak niet expliciet naar de omstandighedencatalogus van Te Niet verwezen wordt (Adriaansens et al., 2014b). Ik ben van mening dat in concrete gevallen het afzonderlijk en in combinatie wegen van de kwantitatieve en kwalitatieve elementen en deze afzetten tegen de werkzaamheden van een particuliere belegger mede een antwoord kan geven op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Daarbij ben ik van mening dat alle omstandigheden van het geval een rol spelen en dat de omstandighedencatalogus niet eng en limitatief moet worden uitgelegd. De omstandighedencatalogus kan dienen als handvat. Ik ben het met Te Niet eens dat deze omstandigheden niet zelfstandig een uitspraak kunnen dragen. Bij de beoordeling op de vraag

“Hoe dient het onderscheid gemaakt te worden tussen ‘arbeid behorend bij beleggen’ en ‘arbeid behorend bij ondernemen?’” moeten alle feiten en omstandigheden van het specifieke geval worden afgewogen tegen de activiteiten van een gemiddelde belegger met een vergelijkbare portefeuille. Beoordeeld zal moeten worden of de gemiddelde belegger deze activiteiten normaliter ook verricht.

#### 2.10.1.10 Type belegging

Hoewel dit niet letterlijk in het arrest van 17 september 2021 naar voren is gekomen ben ik van mening dat de aard van de belegging in dit geval ook meebrengt dat het gebruikelijk kan zijn om beheers- en verhuuractiviteiten zelf te verrichten. In dit arrest kwam het bestaan van een materiële onderneming niet vast te staan, bij de verhuur van 1.100 garageboxen en 57 bedrijfsruimtes. Het verhuren en beheren daarvan neemt normaliter veel tijd in beslag. Dit geldt zowel voor garageboxen als voor bijvoorbeeld woningen en bedrijfshuisvesting. Weliswaar zullen de bezichtigingen bij een kleiner oppervlakte als een garagebox eerder zijn afgerond dan bij bijvoorbeeld woningen. De verhuuractiviteiten zijn op hoofdlijnen echter even tijdrovend als bij woningen of bedrijfshuisvesting. Denk hierbij aan het acquisitiesgesprek met de verhuurder, de reistijd, het houden van contact met gegadigden en met de verhuurder, de onderhandelingen en het opstellen en het laten ondertekenen van de huurovereenkomst. Het grote verschil is het verschil in huursom per object. Hierdoor is uitbesteding van deze activiteiten eigenlijk niet mogelijk. Wanneer wij met ons makelaarskantoor een gemiddelde courtage van de verhuur een woonhuis rekenen voor de verhuur van een garage, dan gaat het grofweg over de totale huurstream van één of twee jaar. Omdat de werkzaamheden qua tijd voor de verhuur van een woning of garage niet significant van elkaar verschillen, kunnen wij deze activiteiten niet voor een veel lager bedrag verrichten. Het gevolg is dat wij, maar ook andere makelaarskantoren deze activiteiten alleen verrichten in samenhang met een andere goede lucratieve opdracht. Het is nog niet voorgekomen dat wij een losse garage hebben kunnen verhuren tegen een vergoeding die voor zowel ons als de verhuurder als bevredigend werd ervaren. Hieruit leid ik af dat het type belegging als garagebox met zich meebrengt dat de verhuur hiervan alleen voldoende lucratief kan zijn, als je de verhuur als eigenaar zelf organiseert en de eigenaar de gehele huurstream zonder verhuurcourtage kan behouden. Het is dus gebruikelijk dat het beleggen in garages met zich meebrengt dat de eigenaar het daaraan verbonden werk zelf zal moeten verrichten. Tevens is hieraan dus niet af te leiden dat deze uitspraak is toe te passen op werkzaamheden die bij andere type onroerend goed worden verricht. In een andere uitspraak lijkt een lagere rechter hierin juist wel deze bevestiging te hebben gevonden, al bevatte de casus mede garageboxen, maar ook winkels, woningen en bedrijfsruimtes (Rechtbank Gelderland, 1 oktober 2020). De rechtbank oordeelde dat een omvangrijke vastgoedportefeuille op zichzelf niet het bestaan van een materiële onderneming met zich meebrengt. Een grote portefeuille vergt veel tijd, maar dit betekent niet dat de aard van de werkzaamheden uitgaan boven die passend zijn bij een normaal actief vermogensbeheer. Het plannen en uitvoeren van jaarlijks onderhoud, het verzenden van facturen, het oplossen van storingsen bij huurders, het innen van de huren, het actief zoeken naar huurders, het verzorgen van de administratie en het contact opnemen met huurders bij betalingsachterstanden zijn gebruikelijk voor beheerders van vastgoedbeleggingsportefeuilles met een vergelijkbare omvang, zo oordeelde de rechtbank. Het exacte aantal units wordt niet genoemd, maar de rechtbank noemde de portefeuille omvangrijk. In het geschil werd door de eiser aangevoerd dat deze bovengenoemde activiteiten verricht. Het betreft een echter een kale opsomming van de activiteiten, zonder dat is af te leiden dat de eiser zelf een vergelijking maakt naar andere vastgoedbeleggers. Dit doet de rechtbank zelf, waarbij de rechtbank van oordeel is dat de activiteiten gebruikelijk zijn voor beheerders van vastgoedbeleggingsportefeuilles. De rechtbank gaat er m.i. echter aan

voorbij dat het voor sommige vermogensbestanddelen zoals woningen of winkels, wel gebruikelijk is om dit beheer uit te besteden. Deze redenatie werd ook gevolgd in de uitspraak van het Hof die aanleiding gaf tot HR, 17 september 2021. Het Hof oordeelde dat het de omstandigheid dat een omvangrijke vastgoedportefeuille bestaat waarvoor een professionele en deskundige organisatie is ingericht die bijna alle property-werkzaamheden zelf verricht en bovendien toezichthouders zijn aangesteld door de organisatie, op zichzelf nog niet meebrengt dat sprake is van een materiële onderneming (Hof, 21 april 2020). Het hof heeft dit oordeel niet gemotiveerd. Volstaan wordt met een verwijzing naar een toelichting door de inspecteur op dit punt ten tijde van de zitting. Deze toelichting heeft echter niet plaatsgevonden. Het proces-verbaal van de zitting geeft ook geen blijk van een toelichting. In zijn verweerschrift heeft de inspecteur slechts in algemene zin gesteld dat de werkzaamheden die door de belanghebbende zijn gebezigd “inherent zijn aan het beheren van een vastgoedportefeuille van een dergelijke omvang en dit type onroerende zaken”, zo werd in het beroepschrift opgemerkt. De waardering, of verrichtte werkzaamheden gebruikelijk zijn bij normaal vermogensbeheer, is van feitelijke aard. Daarom kan de juistheid hiervan in cassatie niet worden getoetst, zo oordeelde de Hoge Raad. Ik vind het jammer dat hierover geen duidelijkheid is gekomen. Ik ben van mening dat hierin juist de kern van de extra werkzaamheden zit besloten. Bij hele kleine portefeuilles van enkele units of bij garages is het niet ongewoon dat een eigenaar deze activiteiten zelf uitvoert. Wanneer de portefeuille groter wordt, is een mate van professionaliteit vereist. Dit is ook zichtbaar op de bekende plaatsen waarop huurwoningen worden aangeboden, zoals Funda.nl en Pararius.nl. Een bezoek aan de website van deze aanbiedplaatsen leert dat de eigenaren het beheer voor het vinden van een huurder, maar ook vaak het technisch en administratief beheer uitbesteden aan externe organisaties. Een betrouwbaar ogende advertentie waarbij direct van de eigenaar zelf wordt gehuurd met de mogelijkheid om direct contact met hem of zijn organisatie op te nemen is mij na intensief zoeken niet bekend geworden. Ik ben het met de rechtbank en het Hof eens dat het niet ongebruikelijk is dat een vastgoedportefeuille beheerswerkzaamheden met zich meebrengt. Wel is het sommige vastgoedtypen ongebruikelijk dat het arbeid door de eigenaar zelf, of diens eigen organisatie, wordt verricht. Pensioenuitvoerder MN, AlterA, een fusie tussen de vastgoedportefeuille van Pensioenfonds Hoogovens en de KLM-pensioenfondsen en bijvoorbeeld winkelaanbieder Vastned verwijzen allen voor het huren van onroerend goed, en voor het beheer door naar externe organisaties (MN.nl, alteravastgoed.nl, vastned.nl). Aan het gebrek aan aanbod dat direct van een verhuurder zelf gehuurd kan worden, is af te leiden dat dit ook geldt voor kleinere portefeuilles, al is dat bij BOG minder ongebruikelijk. Ik ben daarom van mening dat wanneer de verhuur-en beheersactiviteiten wel zelf door de eigen organisatie verricht wordt, men bij sommige types verhuurd vastgoed een goed argument heeft om aan te voeren dat sprake kan zijn van meerarbeid ten opzichte van beleggers.

#### [2.10.1.11 Activiteiten als geheel](#)

Opmerking verdient dat niet voor ieder afzonderlijk verhuurd object hoeft te worden bewezen dat sprake is van ondernemingsvermogen. In bepaalde gevallen kunnen de verhuuractiviteiten als geheel dienen te worden gezien. (HR, 10 maart 2017).

#### [2.10.1.12 Consolidatie](#)

De beoordeling vindt plaats nadat consolidatie heeft plaatsgevonden van de lichamen waarin de vennootschap een belang heeft. Vaak zal een holding zelf geen onderneming drijven, maar de daaronder hangende werkmaatschappijen wel. Met behulp van art. 4.17a lid 5 en art. 4.17c lid 3 wet IB 2001 en art. 35c lid 5 SW 1956 worden de ondernemingsactiviteiten van de werkmaatschappijen beoordeeld alsof deze door de holding worden uitgevoerd (Adriaansens et al., 2014).

#### 2.10.1.13 Momentopname

Beoordeeld zal moeten worden of de activiteiten betreffende vastgoedexploitatie kunnen worden opgevat als een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 (Adriaansens et al., 2014b en Berkhout et al., 2015). De kwalificatie als “onderneming” of “belegging” is een momentopname. In de gevallen dat vastgoed in eerste instantie kwalificeert als materiële onderneming, dan kan het deze kwalificatie immers verliezen wanneer een belastingplichtige de bestemming van het betreffende vermogensbestanddeel wijzigt in het duurzaam aanhouden ter belegging (HR, 16 maart 2012). Dit kan relevant zijn bij bijvoorbeeld projectontwikkeling, waarbij later besloten wordt om de onverkochte woningen te gaan verhuren. Het gaat dus om de kwalificatie als “materiële onderneming” op het moment van schenken of vereven.

#### 2.10.1.14 Conclusie en samenvatting

Samenvattend kan worden gesteld dat van een onderneming sprake is bij:

1. Een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid
2. Deelname aan het economische verkeer
3. Een winstoogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt

Bij de exploitatie van vastgoed dient daarbij voor het aannemen van een materiële onderneming met het vastgoed extra arbeid te worden verricht dat naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft voordelen uit het vastgoed te behalen, welke het nettorendement bij normaal verkeer te boven gaat. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van meerarbeid en meer rendement, dient een vergelijking met een gemiddelde belegger met een vergelijkbare portefeuille te worden gemaakt. Om een juiste vergelijking te kunnen maken zal het type vastgoed een rol kunnen spelen.

#### 2.10.2 Vermogensetikettering

Kapitaalvennootschappen zoals B.V.'s drijven in beginsel een onderneming met behulp van hun gehele vermogen (art. 2 lid 6 Wet VPB 1969). Normaal gesproken komt men dus niet toe aan de vermogensetiketteringsregels die gelden voor IB-ondernemingen. Art. 2 lid 6 wet VPB 1969 werkt echter niet door naar art. 4.17a lid 1 onder a Wet IB 2001. Laatstgenoemd artikel bepaalt immers dat het ondernemingsbegrip uit art. 3.2 Wet IB 2001 bepalend is (Tigelaar-Klootwijk, 2013). Ook art. 35c SW 1956 verwijst naar art. 3.2 Wet IB 2001 voor het ondernemingsbegrip. Voor gebruik van de opvolgingsfaciliteiten geldt een andere manier van kwalificeren als onderneming dan in de wet VPB 1969. Hierbij dient vermogen op grond van de wet IB 2001 als ondernemingsvermogen geëtiketteerd te worden voordat gebruik gemaakt kan worden van de opvolgingsfaciliteiten. Zo speelt vermogensetikettering voor kapitaalvennootschappen toch een rol in de vraag of het vermogen aangeduid kan worden als ondernemingsvermogen.

Wanneer is vast komen te staan dat sprake is van een onderneming, dan zal moeten worden beoordeeld of het vastgoed geëtiketteerd kan worden als ondernemingsvermogen. Alleen op het ondernemingsdeel van het vermogen zijn de opvolgingsfaciliteiten van toepassing (Albert, 2015). Vermogensetikettering vindt plaats nadat consolidatie heeft plaatsgevonden van de lichamen waarin de vennootschap een belang heeft. Vaak zal een holding zelf geen onderneming drijven, maar de daaronder hangende werkmaatschappijen wel. Met behulp van art. 4.17a lid 5 en art. 4.17c lid 3 wet IB 2001 en art. 35c lid 5 SW 1956 worden de bezittingen en schulden van de werkmaatschappijen toegekend aan de holding (Adriaansens et al., 2014).

Als minimaal vereiste geldt dat de werkzaamheden die met het vermogen worden verricht gericht moeten zijn op voordelen die het normaal vermogensbeheer te boven gaan. Hierbij worden alle feiten en omstandigheden betrokken. Deze beoordeling is niet gemakkelijk en bron van discussies (Adriaansens et al., 2014a). Hiervan is sprake wanneer het vastgoed rendabel gemaakt wordt mede doormiddel van arbeid dat door de eigenaar wordt verricht en naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft extra voordelen uit het vastgoed te behalen wat het normale rendement te boven gaat (HR, 17 augustus 1994). Naast de mogelijkheid van het bestaan van een zelfstandige vastgoedonderneming, is het ook mogelijk dat het vastgoed onderdeel uitmaakt van een onderneming. Het gaat hierbij om onroerende zaken die dienstbaar zijn aan de onderneming (Adriaansens et al., 2014a).

Het is denkbaar dat wanneer een onderneming vastgoed gerelateerde activiteiten verricht die als materiële onderneming worden aangeduid, betoogd kan worden dat de exploitatie van vastgoed zodanige verwevenheid vormt met de materiële onderneming, dat het gehele vermogen kwalificeert als één onderneming. Over verwantschap tussen werkzaamheden verwijst AG IJzerman (IJzerman, 2020) naar een arrest uit 1972. Dit arrest gaat over een ondernemer die in maatschapsverband in de zomer een fruitbedrijf exploiteert en in de wintermaanden een brandstof- en transportonderneming. Doordat tussen de fruithandel en handel in brandstoffen noch horizontaal noch verticaal enige verwantschap hebben en niet is gebleken dat tussen deze categorieën van werkzaamheden een organisatorisch hechte band bestond en de ene werkzaamheid voor eigen rekening en de ander in de vorm van een maatschap werd uitgeoefend kon het bestaan van één onderneming niet worden aangenomen. Door het verschil in de aard van de werkzaamheden en het verschil organisatie is hier ook sprake van twee ondernemingen (HR, 15 maart 1972). Ook heeft Albert (Albert, 2023) hierover geschreven. Het ging daarbij om de beoordeling of sprake was van één of meer materiële ondernemingen. Hoewel dit iets anders is dan de vraag of een vermogensbestandsdeel onderdeel is van een onderneming, geeft dit wel een goede indicatie van argumenten die gebruikt kunnen worden om de verwevenheid tussen de activiteiten die gemoeid gaan met het vermogensbestandsdeel en een materiële onderneming aan te kunnen tonen. De beoordeling hiervan vindt plaats aan de hand van de volgende beoordelingscriteria:

1. Het karakter van de activiteiten;
2. De wijze waarop de boekhouding is ingericht;
3. De manier waarop de activiteiten zijn georganiseerd. Bestaat een organisatorische band tussen de activiteiten? (Albert, 2023).

Albert geeft naast het arrest uit 1972 als voorbeeld twee restaurants die eigenaar zijn van dezelfde onderneming. De restaurants voeren een eigen administratie en hebben een eigen bankrekening en voeren een eigen organisatie met eigen personeel. De restaurants hebben zelfs afzonderlijke leveringscontracten met (verschillende) bierbrouwers. Hier is sprake van twee objectieve ondernemingen (Hof Den Haag, 27 januari 1992).

IJzerman (IJzerman, 2020) merkt verder op dat het wel of niet behoren van een vermogensbestandsdeel tot het vermogen van een onderneming in beginsel afhankelijk is van de wil van de belastingplichtige. De belastingplichtige is daarbij vrij in de etikettering, mits de grenzen van redelijkheid niet worden overschreden (HR, 29 augustus 1984). IJzerman verwijst daarbij verder naar verschillende arresten die ik hierna zal bespreken. In 1993 is een arrest gewezen waarbij is bepaald dat bij de vraag of een woonhuis binnen de grenzen van de redelijkheid tot bedrijfsvermogen kan worden gerekend, bepalend is of de woning mede dienstbaar is aan de bedrijfsuitoefening (HR, 7 juli 1993). Daarnaast wordt een arrest over vermogensetikettering uit 1995 aangehaald, waarbij de Hoge Raad van mening is dat een vermogensbestandsdeel niet onder ondernemingsvermogen of keuzevermogen kan vallen, wanneer bij aankoop, noch bij de exploitatie van de vermogensbestandsdelen enig verband

bestond met de exploitatie van de materiële ondernemingen. In genoemd geval ging het om de exploitatie van horecagelegenheden en de exploitatie van garages en appartementen (HR, 1 februari 1995). Verder wordt verwezen naar een arrest uit 2012, waarbij is geoordeeld dat een detailhandelaar in het algemeen verplicht is een voor belegging bestemd pand tot het privévermogen te rekenen. Dit geldt ook in de gevallen dat een gedeelte van het pand zelfstandig rendabel te maken is. Zolang onvoldoende raakvlakken zijn met de bedrijfsuitoefening, is een keuze tot bedrijfsvermogen niet te rechtvaardigen (HR 29 juni 2012). Dit kan veranderen wanneer de aankoop wel verband houdt met de bedrijfsuitoefening. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een pand wordt aangekocht met als doel in een gedeelte van het pand daadwerkelijk detailhandel plaats te laten vinden en een overig stuk wordt verhuurd.

Kortom, vermogensbestanddelen kunnen kwalificeren als bedrijfsvermogen van een materiële onderneming. Er moeten dan wel voldoende raakvlakken zijn met de bedrijfsuitoefening om de keuze tot bedrijfsvermogen te rechtvaardigen. Pas als een vermogensbestanddeel een zodanige verwevenheid vormt met de materiële onderneming, kan het gehele vermogen kwalificeren als één onderneming.

#### *2.10.2.1 Eigen gebruik*

Bij vastgoed dat in eigen gebruik is bij de onderneming zelf is het eenvoudig vast te stellen dat aan bovenstaande vereisten is voldaan. Het gaat hierbij om onroerende zaken die dienstbaar zijn aan de onderneming (Adriaansens et al., 2014a). Denk hierbij aan kantoorruimte dat door de onderneming zelf wordt gebruikt. De kantoorruimte is dusdanig verweven met de materiële onderneming dat het gehele vermogen kan kwalificeren als één onderneming. Door toepassing van de consolidatiebepaling, geldt dit ook wanneer vastgoed door een vastgoed B.V. wordt verhuurd die onder dezelfde holding valt als de werkmaatschappij. Ingeval sprake is van een ontwikkelaar, zullen de onroerende zaken die worden ontwikkeld en worden verhandeld ook gezien worden als zaken die dienstbaar zijn aan de onderneming (Adriaansens et al., 2014b). Dit is ook logisch. Het vastgoed wat ontwikkeld wordt is in productie of wordt als eindproduct als voorraad beschouwd in afwachting tot verkoop. Wanneer tevens wordt verhuurd, is de casus ingewikkelder. Hierop wordt later nader ingegaan.

Vastgoed dat de onderneming zelf in gebruikt heeft kwalificeert dus als vermogen dat toegekend wordt aan de materiële onderneming, waarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing kunnen zijn.

#### *2.10.2.2 Projectontwikkeling en verhuur*

Eerder is aan de orde geweest dat bij de beoordeling of vermogensbestanddelen kwalificeren als materiële onderneming sprake is van een momentopname. De kwalificatie als materiële onderneming zal immers worden verloren wanneer een belastingplichtige de bestemming van het betreffende vermogensbestanddeel wijzigt in het duurzaam aanhouden ter belegging (HR, 16 maart 2012). Dit is relevant bij projectontwikkeling, waarbij in een later stadium besloten wordt om de onverkochte panden te verhuren. Overigens heeft Rozendal goede argumenten om een b.v. met ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten aan te kunnen merken als onderneming (Rozendal, 2020). Hij stelt dat alleen sprake is van een verplicht beleggingsvermogen wanneer het vermogensbestanddeel binnen de onderneming geen enkele functie vervuld. Wanneer het vastgoed dient ter versteviging van de onderneming, het vastgoed een garantiefunctie vervuld en wanneer het vastgoed ten behoeve van de onderneming kan worden geliquideerd, kan worden gesteld dat de onroerende zaken een functie vervullen binnen de onderneming (HR, 29 augustus 1984). De fiscus stelt echter in

diens handreiking (Belastingdienst, 2016) onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad (HR, 29 mei 1996) dat een pand gerekend moet worden tot privévermogen (en dus kwalificeert als belegging) wanneer een ondernemer een pand heeft ontwikkeld en dat na de oplevering regulier is gaan verhuren. Rozendal wijst er daarbij op dat het door de fiscus aangehaalde arrest ging over een ontwikkelaar die de ontwikkeling in een later jaar zelf als beleggingsvermogen etiketteerde. Het ging daarbij niet om de vraag of de ontwikkelaar verplicht was om het vastgoed anders te etiketteren. Rozendal wijst op een later arrest, waarbij de Hoge Raad oordeelde dat een ondernemer die een gebouw (nagenoeg) geheel bestemt tot verhuur, nadat het eerder gebruikt werd ten behoeve van de onderneming en deel uitmaakte van het ondernemingsvermogen, de ondernemer de vrijheid heeft om dit vermogensbestandsdeel ook in de volgende jaren tot het ondernemingsvermogen te rekenen (HR, 29 augustus 1997). Zwemmer geeft in zijn noot onder dit arrest aan dat eerdere jurisprudentie hierin is bevestigd. Verwezen wordt naar een arrest uit 1958 en 1992 waarin de Hoge Raad al oordeelde dat wanneer het gebruik van een pand ten behoeve van een onderneming wordt beëindigd, waarna het vastgoed wordt verhuurd, geen sprake is van een verplichte overgang naar privévermogen (HR, 8 januari 1958 en HR 25 maart, 1992). De fiscus gaat ervan uit dat dit alleen geldt wanneer het pand eerder als bedrijfsmiddel op de balans stond van de materiële onderneming (Belastingdienst, 2016). Rozendal pleit ervoor om bij tegenstrijdigheden tussen de arresten HR, 29 mei 1996 en HR, 29 augustus 1997 laatstgenoemde voorrang te geven, omdat het daarbij gaat om een recentere uitspraak, dat het een algemene regel geeft en bovendien specifiek over het leerstuk van vermogensetikettering gaat. Wel geeft hij aan dat dit nog onderwerp van discussie is een verwijst in alle voorzichtigheid door naar de Hoge Raad om daar in de praktijk een oordeel over te vellen. Ik ben het echter met de fiscus eens dat als sprake is van louter “reguliere verhuur” dat geen sprake is van een materiële onderneming. Een projectontwikkelaar die na het voltooiën van een project zelf een paar woningen portefeuille neemt, een makelaar inschakelt om huurders te zoeken en daarna het beheer uitbesteed is m.i. geen ondernemer. Ook niet wanneer hij de panden zelf heeft ontwikkeld. De ontwikkelactiviteiten en verhuuractiviteiten staan te ver uit elkaar om een dusdanige verwevenheid aan te nemen dat de verhuurde panden kwalificeren als ondernemingsvermogen van de ontwikkelaar. Omdat in dat geval de vermogensbestanddelen niet onder de materiële onderneming “projectontwikkeling” valt, zal de beoordeling moeten worden gemaakt of de vermogensbestanddelen zelfstandig een materiële onderneming vormen. Daarom ben ik van mening dat pas wanneer sprake is van meerarbeid en het streven is om meer rendement te behalen met verhuurde panden, de vermogensbestanddelen kunnen worden toebedeeld aan het ondernemingsvermogen. Dit is ook de lezing van het Hof Amsterdam (Hof, 12 maart 2020), bevestigd door de Hoge Raad (HR, 18 juni 2021). In de inleiding van dit paper is dit arrest als “opwarmer” vergeleken met HR, 15 april 2016. Franken (2022) meldde dat het nieuwe arrest tot verbazing in de literatuur heeft geleid. Deze casussen verschilden echter, omdat, in het meest recente arrest de verwevenheid van werkzaamheden van de verhuurde woning met de rest van de onderneming (arbeid) niet is vast komen te staan. Bij louter “reguliere verhuur” kunnen de vermogensbestanddelen niet meer gekwalificeerd worden als ondernemingsvermogen. Ook niet als deze afkomstig zijn uit projectontwikkelingsactiviteiten dat op zichzelf beschouwd wel een materiële onderneming is. Dit kan m.i. dus pas veranderen als bij het verhuurde vastgoed sprake is van meerarbeid en het streven is om een hoger rendement te behalen ten opzichte van reguliere beleggers, of wanneer bij het verhuurde vastgoed de verwevenheid met de projectontwikkeling kan worden aangetoond.



### 2.10.3 Disclaimer

Eerder is aan de orde geweest dat bij vastgoedexploitatie sprake kan zijn van een materiële onderneming. Dit is aan de hand van de literatuur en jurisprudentie onderbouwd. Ik acht het belangrijk om met een disclaimer te komen. De beoordeling of sprake is van een materiële onderneming is zeer feitelijk en een helder eenvoudig toe te passen definitie ontbreekt. Bij de beslissing tot toekenning van het begrip materiële onderneming zullen alle omstandigheden per geval moeten worden beoordeeld. De belangen van een belastingplichtige en de belastinginspecteur zijn aan elkaar tegengesteld. Hun standpunten liggen vaak ver uit elkaar. Omdat een forse belastingclaim in het verschiet kan liggen, kunnen de belangen groot zijn. Dit paper geeft handvatten om de kansen in te schatten of een vermogensbestandsdelen gekwalificeerd kunnen worden als materiële onderneming. De kans is echter groot dat voor de verkrijging van definitieve duidelijkheid lang geprocedeerd moet worden. De aanleiding die bijvoorbeeld leidde tot de procedure die met HR, 15 april 2016 ten einde kwam, startte in 1999 (Hoeve, 2020). Dit is circa 17 jaar procederen! Dit wordt wel als uitzonderlijk lang beschouwd en is een procesduur van drie of vier jaar meer gebruikelijk (persoonlijke communicatie Markink, 14 juli 2023) Zoals eerder uiteengezet is de mogelijke marginale belastingclaim voor de schenker of erflater momenteel in box 2 26,9%. De ontvanger betaalt 20%. Wanneer een aanzienlijk deel van de vermogenscomponenten van een B.V. bestaan uit vastgoed, kan een mogelijke belastingclaim de B.V. gedurende een aantal jaar ontwrichten. Ook als uiteindelijk vast komt te staan dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing zijn, zal de onderneming gedurende het proces rekening moeten houden met een forse belastingclaim, waarbij een betalingsregeling niet tot de mogelijkheden behoort. Alleen het bestaan van de mogelijkheid van een belastingclaim van een dergelijke omvang heeft een forse impact op de B.V. Het is waarschijnlijk dat in dergelijke gevallen uit het oogpunt van continuïteit van de B.V. investeringsbeslissingen worden beïnvloed. Een snellere oplossing is het zoeken van duidelijkheid voor het moment van bedrijfsoverdracht middels ruling. Denkbaar is dat met de fiscus een bepaald percentage overeengekomen wordt wat als materiële onderneming zal kwalificeren. Feit blijft dat de belangen van de fiscus tegenovergesteld zijn aan de belangen van de B.V., waardoor een bevredigende uitkomst via deze weg niet kan worden gegarandeerd.

### 2.11 Ontwikkelingen en nieuwe wetgeving

Voor al het bovenstaande geldt dat dit geschreven is met inachtneming van de huidige regelgeving. Hoeve (2020) beschrijft in zijn opiniestuk het droevig stemmende sentiment bij de uitleg van recente arresten en de opvattingen van de belastingdienst. De discussie rondom de vermogensongelijkheid lijkt de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor B.V.'s met aan derden verhuurd vastgoed geen goed te doen. Zie hiervoor bijvoorbeeld de bevindingen en aanbevelingen genoemd door het CPB in haar Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht (CPB, 2022). Ook vinden sommige professionals dat de regeling kan worden beperkt (L. Berentsen, 2022). Vorig jaar is een ontwerpregeling ingediend waarbij verhuurd vastgoed automatisch kwalificeert als beleggingsvermogen (Kamerstukken II, 2022-2023, 36128, nr. 4). Inmiddels zijn ook maatregelen in de voorjaarsnota 2023 aangekondigd (Kamerstukken II, 2022-2023, 36350, nr. 1):

1. Het standaard aanmerken als beleggingsvermogen in de sfeer van de BOR en de DSR betreffende aan derden verhuurde onroerende zaken.
2. Het verlagen van het vrijstellingspercentage in de BOR van 83% naar 70% voor het bedrag boven 1,5 miljoen euro. Dit bedrag is nu 1,2 miljoen euro.
3. De 5% doelmatigheidsmarge in de BOR/DSR verdwijnt. Nu kan nog 5% van het beleggingsvermogen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen.

4. Daar waar vermogensbestanddelen gemengd worden gebruikt, deze slechts voor de opvolgingsfaciliteiten in aanmerking zullen komen *voorzover* deze binnen de onderneming daadwerkelijk worden gebruikt. Dit is een beperking op het keuzevermogen.
5. Het gebruik van de BOR/DSR zullen worden beperkt tot reguliere aandelen met een minimaal belang van 5%. Dit betekent dat niet elk aanmerkelijk belang meer in aanmerking komt voor de BOR/DSR, maar dat de aandelen toegang moeten geven tot minimaal 5% winstgerechtigdheid en de liquidatieopbrengst.
6. De bezits- en voortzettingseis in de BOR wordt versoepeld. Zo wordt de dienstbetrekkingseis in de BOR afgeschaft.
7. Met antimisbruikbepalingen wordt gepoogd iets te doen aan oneigenlijk gebruik van de BOR.

De invoering van de wijzigingen in huidige vorm is nog onzeker. Op 29 juni heeft Staatsecretaris van Rij een brief gestuurd aan de Tweede Kamer met in hoofdlijnen de bovengenoemde voorgenomen wijzigingen (van Rij, 29 juni 2023). Dit zou dienen als voorbereiding op een debat dat voor Prinsjesdag zou moeten plaatsvinden. Op 7 juli 2023 is het kabinet gevallen. De gevolgen van het vallen van het kabinet voor de bovenstaande wijzigingsvoorstellen zijn op het moment van het schrijven nog onbekend en zullen daarom onbehandeld blijven.

De verplichte aanmerking als beleggingsvermogen bij B.V.'s met aan derden verhuurd vastgoed beperkt de mogelijkheid tot bedrijfsoverdracht van de ondernemingen die nu nog aangemerkt worden als materiële onderneming. Wanneer dergelijke ondernemingen overdrachtsplannen hebben, dan kan het verstandig zijn om geplande bedrijfsoverdracht op korte termijn plaats te laten vinden, of op zoek te gaan naar andere constructies.

## 2.12 Conclusie

Na deze uiteenzetting kan antwoord gegeven worden op twee deelvragen:

1. Welke fiscale faciliteiten worden geboden bij bedrijfsopvolging bij B.V.'s?
2. Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?

### *2.12.1 Welke fiscale faciliteiten worden geboden bij bedrijfsopvolging bij B.V.'s?*

Wanneer aandelen die tot een aanmerkelijk belang horen worden verkocht of weggeschonken, dan zijn de vervreemdingsvoordelen belast voor de vervreemder (art. 4.12 Wet IB 2001). Het vervreemdingsvoordeel is het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs (art. 4.20 Wet IB 2001). De overdrachtprijs is de netto koopsom, waarbij overdrachtskosten zoals verkoopkosten in mindering zijn gebracht (art. 4.15 Wet IB 2001). Bij aandelen die worden overgedragen door vererving is sprake van een fictieve vervreemding (art. 4.16 Wet IB 2001). Bij schenkingen, een verkoop tegen een onzakelijke prijs en bij fictieve vervreemdingen, geldt als overdrachtprijs de waarde in het economisch verkeer (art. 4.22 Wet IB 2001). De verkrijgingsprijs staat gelijk aan het bedrag waarvoor de aandelen zijn gekocht, of staat gelijk aan de waarde in het economisch verkeer op het moment van de verkrijging van de aandelen (art. 4.21 Wet IB 2001). Over het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs wordt de vervreemder aangeslagen voor inkomen uit aanmerkelijk belang. Het huidige tarief bedraagt 26,9% (art. 2.12 Wet IB 2001).

De tarieven die volgens art. 24 SW worden geheven zijn op grond van art. 1 SW van toepassing op zowel erfenissen als schenkingen. De hoogte van de schenking of erfenis is van belang. Dit resulteert in de volgende tarieven (art. 1 SW jo. art. 24 SW):

### Tarieven erf-en schenkbelasting 2023

Waarde schenking of erfenis	Partner en (pleeg- of stief)kinderen	Kleinkinderen en verdere afstammelingen	Overige personen
€ 0 - € 138.641	10%	18%	30%
€ 138.642 en meer	20%	36%	40%

Bij de overdracht van materiële ondernemingen van B.V.'s kunnen fiscale faciliteiten van toepassing zijn. Dit zijn de belangrijkste regelingen:

1. Bedrijfsopvolgingsregelingen erf- en schenkbelasting.  
Deze regeling moet ervoor zorgen dat reële bedrijfsoverdrachten niet belemmerd worden door schenk- of erfbelasting (Kamerstukken II, 2008/2009 31930 nr. 3). Het geeft een 100% vrijstelling tot €1.205.871 en een 83% vrijstelling over het bedrag daarboven. Voor de overige 17% kan een conserverende aanslag worden opgelegd voor een duur van maximaal tien jaren.
2. Doorschuifregeling inkomstenbelasting voordeel uit aanmerkelijk belang voor AB-houders.  
Hierdoor blijft de AB-heffing achterweg op het moment van erven. Deze faciliteit kan alleen gebruikt worden wanneer over te dragen vermogensbestanddelen kwalificeren als materiële onderneming. Louter beleggingsvermogen valt buiten het toepassingsbereik van de regelingen. Behoudens een 5%-beleggingsvrijstelling is het reguliere tarief hierop van toepassing.

Deze faciliteiten kunnen alleen gebruikt worden indien over te dragen vermogensbestanddelen kwalificeren als materiële onderneming. Louter beleggingsvermogen valt buiten het toepassingsbereik van de regelingen. Behoudens een 5%-beleggingsvrijstelling is het reguliere tarief hierop van toepassing.

#### *2.12.2 Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?*

Wanneer onroerende zaken worden verhuurd gelden deze activiteiten slechts als het drijven van een onderneming wanneer de activiteiten naar aard en omvang meer omvatten dan hetgeen gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Dit is het geval wanneer arbeid naar aard omvang duidelijk wordt verricht met het oogmerk om een rendement te behalen dat het normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat (HR 18, juni 2021). Wanneer ondernemingen (ook) vastgoed exploiteren is de beoordeling ingewikkeld (Franken et al. 2022). Of dit in een bepaalde casus aan de orde is, zal per geval aan de hand van alle omstandigheden moeten worden beoordeeld, waarbij 2 vragen van belang zijn:

1. Is er sprake van een materiële onderneming?
2. Kunnen onroerende zaken als ondernemingsvermogen worden geëtiketteerd?

Van een onderneming is sprake bij:

1. Een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid
2. Deelname aan het economische verkeer
3. Een winstoogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt

Bij de exploitatie van vastgoed dient daarbij voor het aannemen van een materiële onderneming met het vastgoed extra arbeid te worden verricht dat naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft voordelen uit het vastgoed te behalen, welke het nettorendement bij normaal verkeer te boven gaat. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van meerarbeid en meer rendement, dient een vergelijking met een gemiddelde belegger met een vergelijkbare portefeuille te worden gemaakt. Eén van de handvatten die hiervoor gebruikt kan worden is de omstandighedencatalogus van Te Niet (Te Niet, 2007).

Vermogensbestanddelen, waaronder onroerende zaken, kunnen kwalificeren als bedrijfsvermogen van een materiële onderneming. Er moeten dan wel voldoende raakvlakken zijn met de bedrijfsuitoefening om de keuze tot bedrijfsvermogen te rechtvaardigen. Pas als een vermogensbestanddeel een zodanige verwevenheid vormt met de materiële onderneming, kan het gehele vermogen kwalificeren als één onderneming.

De belangen van de fiscus en de belastingplichtige liggen ver uit elkaar. In veel gevallen dient geprocedeerd te worden, om duidelijkheid te verkrijgen. Het kan lang duren voordat duidelijkheid wordt verkregen (Hoeve, 2022). De stemming rondom verhuurd vastgoed en de opvolgingsfaciliteiten lijkt te veranderen (Hoeve, 2022 en CPB, 2022). In de voorjaarsnota (Kamerstukken 2022-2023b) zijn wijzigingen aangekondigd die bedrijven die nu nog onder de opvolgingsregeling vallen tot versnelling van hun overdrachtsplannen aansporen. Aangekondigd is dat vermogensbestanddelen die bestaan uit aan derden verhuurd vastgoed niet meer in aanmerking komen voor de BOR/DSR.

## Hoofdstuk 3 – Toepassing binnen onze eigen onderneming

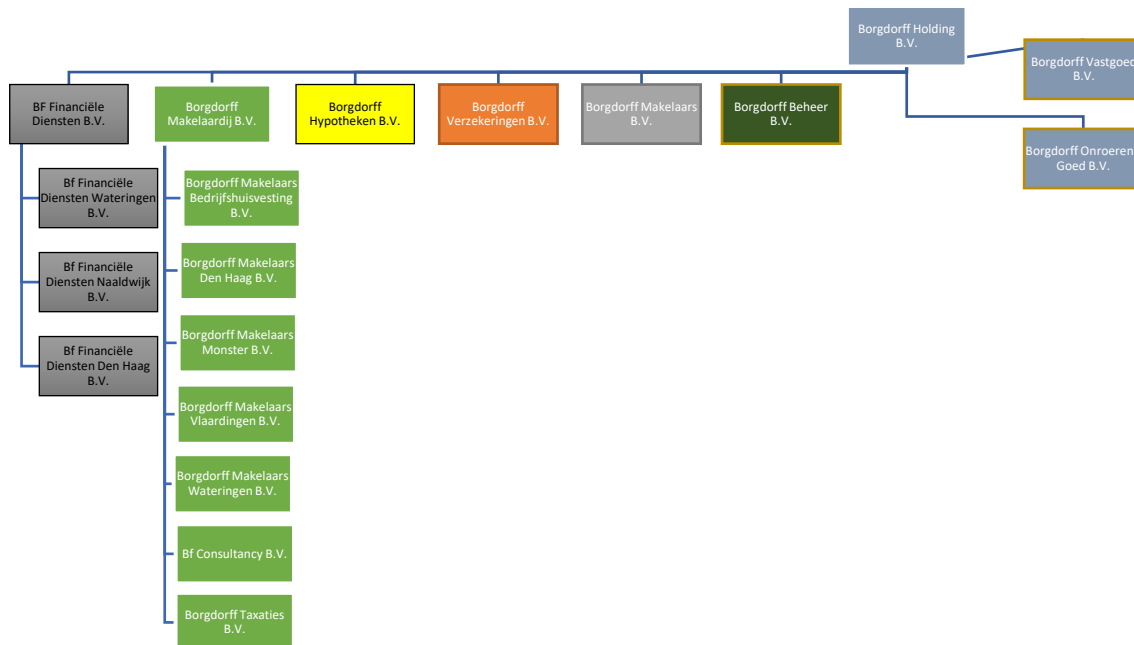
### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de derde deelvraag: Hoe verhouden de onderdelen van de beschreven onderneming zich tot de bedrijfsopvolgingsregeling? Om tot de beantwoording van deze vraag te kunnen komen is het eerst relevant om onze onderneming te beschrijven. Hierna zal onze casus worden toegepast op de bevindingen uit hoofdstuk 2. Voor cijfers en basisgegevens ben ik mede afhankelijk van de administrateur en boekhouder van ons bedrijf, Mike Lager. Om een goed beeld te kunnen geven van de onderneming heb ik hem geïnterviewd. De belangrijkste vragen heb ik vooraf kenbaar gemaakt, zodat hij de tijd kon nemen om de administratie te raadplegen om tot antwoorden te komen. Een overweging was om de vragen schriftelijk te stellen. In het vooroverleg merkte ik echter dat het genereren van bruikbare informatie meer sturing nodig had in de vorm van het stellen van vervolgvragen. Een meer open structuur bleek noodzakelijk. Een interview stelde mij in staat om door te vragen en meer diepgaand een vergelijking te maken met andere beleggers. Voor het leggen van deze verbanden is een interview een betere methode dan een schriftelijke vragenlijst. In het interview is gebruik gemaakt van een mix tussen open en gesloten vragen. Hoofdzakelijk is gebruik gemaakt van open vragen, maar daar waar een specifiek antwoord of bevestiging nodig was, werd gebruik gemaakt van gesloten vragen. Ook heb ik mijn eigen kennis gebruikt bij de beschrijving van de activiteiten van de onderneming. Ter onderbouwing hiervan heb ik de directeur en eigenaar gevraagd een schriftelijke vragenlijst in te vullen. De vragen zijn veelal gesloten en dient tot doel mijn aannames van de onderneming bevestigd te krijgen. Daarnaast heb ik regelmatig contact gehad met de directeur en eigenaar om informatie te verwerven. Het contact betreft het brengen van bezoeken, het voeren van email- en telefoongesprekken.

### 3.2 Beschrijving activiteiten en bezittingen

De onderneming waarover dit paper wordt geschreven verricht verschillende activiteiten. Het is een familiebedrijf waarvan de makelaarsactiviteiten zijn gestart in 1962 en is sindsdien uitbereid. In 1973 is onze verzekeringsafdeling begonnen en in rond 1980 is het echtpaar dat nu eigenaar is van de onderneming gestart met hun werkzaamheden. Rond of voor die tijd is ook de nieuwbouw en hypotheekafdeling actief geworden (Borgdorff, 2023). Voor wat betreft de verhuuractiviteiten werd in eerste instantie vanuit privé als belegging geïnvesteerd. Een deel van de portefeuille bevindt zich in privé en is aangemerkt als beleggingsvermogen. Dit vermogen valt buiten de bedrijfsopvolging. Vanaf 2007 wordt middels een B.V. geïnvesteerd in woningen en bedrijfsonroerendgoed die via twee B.V.'s aan derden en aan de zuster B.V.'s worden verhuurd. Deze afdeling is groeiend. De afgelopen vijf jaar is gestart met de verhuur van één nieuw complex, zo blijkt uit een schriftelijke reactie van directeur en eigenaar J.C. Borgdorff, welke is opgenomen als vragenlijst in bijlage 2. Uit een interview met M. Lager blijkt dat één ander complex nog in ontwikkeling is (het volledige interviewtranscript is opgenomen als bijlage 1). Uit het interview blijkt dat wij binnen onze onderneming ook beheersactiviteiten voor eigen vastgoed verrichten. Deze activiteiten verrichten wij ook voor derden.

Het organogram van onze onderneming ziet er als volgt uit (Borgdorff, persoonlijke communicatie, 23 juni 2023):



In niet alle B.V.'s vinden activiteiten plaats. De namen van de B.V.'s verrichten soms andere activiteiten dan de benamingen doen vermoeden. Dit is in de loop der jaren zo gegroeid. Activiteiten zijn verschoven om bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrisico te beperken en houden verband met benodigde vergunningen, zoals die van de AFM. Enkele B.V.'s zijn leeg, omdat na de oprichting de verhuizing van activiteiten niet is doorgegaan. Bij onze onderneming zijn alle bedrijfsactiviteiten en activa in een B.V. geplaatst, ook al is dat voor de toekenning “materiële onderneming” niet noodzakelijk. De enige uitzondering is een kantoorpand in Monster die vanuit privé ter beschikking wordt gesteld. De benaming van de B.V.'s is voor opvolgingsregelingen niet relevant en kan verwarrend werken. Hierom zal in dit paper de toepassing hoofdzakelijk plaatsvinden op basis van de activiteiten, ongeacht in welke B.V. deze zich bevinden. Als uitzondering is het wel belangrijk om te benoemen het vastgoed dat verhuurd wordt aan onze eigen vennootschappen worden gehouden door Borgdorff Vastgoed B.V. en dat deze B.V. ook aan derden verhuurd vastgoed bezit. Borgdorff Vastgoed B.V. is ook de actieve vennootschap in de ontwikkelfase. Objecten die worden verhuurd kunnen minder waard zijn dan de leegwaarde. In degelijke gevallen kan Borgdorff Vastgoed B.V. besluiten objecten of complexen te verkopen aan Borgdorff Onroerend Goed B.V., waardoor in Borgdorff Vastgoed B.V. een verlies kan worden genomen. Dit is de reden van het bestaan van 2 B.V. die vastgoed houden en verhuren. M.u.v. Borgdorff Onroerend Goed B.V. maken alle vennootschappen deel uit van een fiscale eenheid voor de btw en de VPB (Borgdorff, persoonlijke communicatie 2 en 4 juli 2023).

Samenvattend bestaan de voor overdracht vatbare activiteiten van onze onderneming uit de volgende onderdelen:

- Makelaardijactiviteiten voor de verkoop en aankoop van woningen;

- Makelaardijactiviteiten voor de verhuur van woningen;
- Makelaardijactiviteiten voor de verkoop en aankoop van bedrijfsroerendgoed;
- Makelaardijactiviteiten voor de verhuur van bedrijfsroerendgoed;
- Makelaardijactiviteiten voor de verkoop en verhuur van nieuwbouwwoningen;
- Assurantiën;
- Hypotheekbemiddeling;
- Beheer;
- Het verhuren van eigen bedrijfsroerendgoed aan derden;
- Het verhuren van eigen woningen aan derden;

De bezittingen van de onderneming bestaan uit:

- Roerende bedrijfsmiddelen die onmiskenbaar dienstbaar zijn aan de onderneming. Denk hierbij bijvoorbeeld aan kantoorinventaris en auto's.
- Liquide middelen.
- Kantoorpanden van de vestigingen Wateringen, Naaldwijk, Den Haag en Vlaardingen. Deze worden door een B.V. verhuurd aan de vennootschappen. Deze B.V. verhuurt ook woningen.
- Aan derden verhuurd vastgoed (bedrijfsroerendgoed).
- Aan derden verhuurd vastgoed (woningen).

Daarnaast wordt een kantoorpand van de vestiging Monster gebruikt. Deze is privé-eigendom van de DGA en wordt sinds februari 2023 ter beschikking gesteld aan de vennootschappen.

### 3.3 Voortzetting

De wens bestaat om de onderneming over te dragen aan de volgende generatie. De eigenaar vindt het belangrijk dat de middelen van de onderneming gebruikt kunnen worden voor het voortzetten van de onderneming. Dit houdt in dat niet voor de aandelen hoeft te worden betaald. De wens is dus dat de aandelen door schenking of vererving overgaan. De eigenaar zou het liefst eerst een gedeelte van de aandelen van de bedrijfsactiviteiten zonder het vastgoed overdragen. In een later stadium zouden dan volgende tranches aandelen kunnen volgen, alsmede, maar mogelijk op een ander moment, de aandelen in het vastgoed. De eigenaar hecht er waarde aan zelf zijn tempo te kunnen bepalen. De beoogd opvolger heeft geen verkoopplannen en heeft het doel om de onderneming nog vele jaren voort te zetten. Hij werkt sinds 2012 bij de onderneming.

### 3.4 Hoe verhouden deze onderdelen van de beschreven onderneming en de activa zich tot de bedrijfsopvolgingsregeling?

We komen nu toe aan de deelvraag: "Hoe verhouden deze onderdelen van de beschreven onderneming en de activa zich tot de bedrijfsopvolgingsregeling?" Hieronder volgt een opsomming van de opvolgingsfaciliteiten die voor onze onderneming relevant is. Tevens worden beknopt de vereisten daaraan toegelicht. In de volgende paragraaf vindt de toepassing van de vereisten plaats op onze onderneming.

- Doorschuifregeling: Voor de doorschuifregeling geldt geen bezitstermijn (Albert, 2023). Bij vererving geldt geen voortzettingseis. Bij schenking geldt dat de ontvanger minimaal 36 maanden onafgebroken in dienstbetrekking moet zijn bij de vennootschap die wordt geschonken (art. 4.17c°d). Vereist is dat een materiële onderneming wordt gedreven. De doorschuifregeling is van toepassing op kwalificerend ondernemingsvermogen plus 5% beleggingsvermogen.

- BOR: Op grond van art. 35c is de BOR, net als bij de doorschuifregeling, alleen van toepassing op kwalificerend ondernemingsvermogen plus 5% beleggingsvermogen. Hiernaast geldt een bezits- en voortzettingsvereiste. Een schenker van een B.V. moet ten minste vijf jaar AB-houder zijn geweest. Voor een erflater geldt een termijn van ten minste één jaar (Franken et al. 2022). Dit is zowel een directe als een indirecte bezitstermijn. De aandelen moeten één jaar (bij vererving) of vijf jaar (bij schenking) onafgebroken in het bezit zijn geweest bij de vervreemder (directe bezitseis), waarbij de aandelen die worden geschonken of worden geërfd ten minste 5 jaar een onderneming hebben gevoerd (indirecte bezitseis) (Albert, 2023).
- Vrijstelling overdrachtsbelasting:  
Wanneer onroerende zaken geërfd worden, is in beginsel geen overdrachtsbelasting verschuldigd (art. 3 lid 1a WBR). Om te voorkomen dat ondernemers hun onderneming tot hun overlijden aanhouden om de overdrachtsbelasting te vermijden, is een vrijstelling geïntroduceerd voor overdrachtsbelasting in de familiesfeer. Dit is geregeld in art. 15 lid 1 b van de WBR. Deze vrijstelling is opmerkelijk genoeg alleen voor kinderen, kleinkinderen, broers, zussen, of hun echtgenoten. De vrijstelling is beperkt tot goederen die dienstbaar zijn aan de onderneming die geheel (al dan niet in fasen) door de verkrijger wordt voortgezet. Net als bij de doorschuifregeling en de BOR speelt het begrip “materiële onderneming” een belangrijke rol om te beoordelen of de vrijstelling van toepassing is.

Zoals in hoofdstuk 2.8 aan de orde kwam, dient voor het aannemen van een onderneming sprake te zijn van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, deelname aan het economisch verkeer en een winst oogmerk dat redelijkerwijs te verwachten is. Bij vastgoed is de vraag of het vermogensbestandsdeel geëtiketteerd kan worden als ondernemingsvermogen van een materiële onderneming. Wanneer dit niet het geval is, zal moeten worden vastgesteld of het vastgoed zelfstandig een materiële onderneming vormt. Bij de exploitatie van vastgoed moet in dat geval, naast de reguliere eisen om te kwalificeren als onderneming, worden vastgesteld dat extra arbeid wordt verricht dat naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft voordelen uit het vastgoed te behalen welke het nettorendement bij normaal verkeer te boven gaan. Allereerst zullen de ondernemingsactiviteiten van de makelaardij- en beheer, verzekeringen en hypotheekbemiddeling worden getoetst. Daarna zal een toetsing plaatsvinden voor wat betreft de panden die door deze ondernemingen worden gebruikt. Vervolgens zal het aan derden verhuurd vastgoed worden behandeld, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen bedrijfsnonroerendgoed en woningen.

#### *3.4.1 Toepassing van opvolgingsfaciliteiten op bedrijfsactiviteiten activiteiten en verband houdende activa m.u.v. aan derden verhuurd vastgoed*

In deze paragraaf worden de volgende bedrijfsonderdelen getoetst.

- Makelaardijactiviteiten voor de verkoop en aankoop van woningen;
- Makelaardijactiviteiten voor de verhuur van woningen;
- Makelaardijactiviteiten voor de verkoop en aankoop van bedrijfsnonroerendgoed;
- Makelaardijactiviteiten voor de verhuur van bedrijfsnonroerendgoed;
- Makelaardijactiviteiten voor de verkoop en verhuur van nieuwbouwwoningen;
- Assurantiën;
- Hypotheekbemiddeling;
- Beheer;

Binnen deze activiteiten worden de verkoop, aankoop en verhuur van woningen en bedrijfsnonroerendgoed uitgevoerd door één groep werknemers op al onze verschillende vestigingen. Het komt regelmatig voor dat werknemers op verschillende vestigingen werken.



De nieuwbouwafdeling beschikt net als over de bestaande bouw over een eigen secretariaat. De verkoopwerkzaamheden van de nieuwbouw worden in belangrijke mate uitgevoerd door makelaars die ook actief zijn in de bestaande bouw. De werknemers in de makelaardij verrichten ook beheerswerkzaamheden. De makelaars- en beheersactiviteiten laten zich tezamen goed kwalificeren als één onderneming. De makelaardij verricht geen werkzaamheden voor assurantiën of hypotheekbemiddeling. Hier zijn andere kwalificaties voor nodig. Het is voor veel activiteiten niet toegestaan om makelaars in te zetten op de assurantieafdeling en/of op de hypotheekafdeling of andersom. Hoewel enige verwevenheid bestaat tussen de assurantieafdeling en de hypotheekafdeling, beschikken deze onderdelen wel over een afzonderlijke poel aan werknemers en voeren zij een afzonderlijke administratie. Op geconsolideerd niveau kan men dus spreken over drie ondernemingen of onderdelen die als zelfstandige gedeelten van de gehele onderneming kunnen worden beschouwd. Het al dan niet bestaan van één of meerdere ondernemingen heeft echter voor de fiscaliteit rondom de beoogde bedrijfsopvolging geen gevolgen, zoals alle bedrijfsonderdelen maar ten minste 5 jaar worden uitgeoefend. Een uitgebreide behandeling of op dit gebied sprake is van één of meerdere ondernemingen valt daarom buiten de reikwijdte van dit paper. Om de eenvoud van dit paper enigszins te bewaren wordt voor de benoemde bedrijfsonderdelen verder gesproken van drie ondernemingen of bedrijfsonderdelen: Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken.

#### 3.4.1.1 Bezit en voortzetting

Zowel voor de holding, als het onderdeel makelaardij en beheer, als voor hypotheken en voor verzekeringen geldt voor ieder onderdeel afzonderlijk dat de eigenaar hierin ruim meer dan 5 jaar een 100% belang heeft en dat de activiteiten binnen deze afzonderlijk onderdelen al meer dan 5 jaar plaatsvinden. De beoogt opvolger werkt al sinds 2012 bij de onderneming en is van plan de onderneming nog lang voort te zetten. Wanneer dit daadwerkelijk gebeurt, is hiermee voldaan aan het bezits- en voortzettingsvereiste van de BOR en de mogelijk van toepassing zijnde dienstbetrekkingseis van de DSR.

#### 3.4.1.2 Het drijven van een onderneming

##### **1. Een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid**

Alle ondernemingen verrichten al geruime tijd diensten (arbeid) in de vorm van makelaarsactiviteiten, beheersactiviteiten, verzekerings- en hypotheekbemiddeling. De activiteiten worden in georganiseerd verband uitgevoerd door verschillende medewerkers op verschillende vestigingen, waarbij gebruik wordt gemaakt van kapitaal zoals de kantoorinventaris en auto's.

##### **2. Deelname aan het economische verkeer**

De uitgevoerde werkzaamheden worden verricht tegen een vergoeding, zoals courtage, provisie, bemiddelingskosten of een beheersvergoeding.

##### **3. Een winstoogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt**

De activiteiten worden verricht met een winstoogmerk. De activiteiten zijn winstgevend en wanneer de winstgevendheid in gevaar komt, worden maatregelen getroffen om deze weer winstgevend te krijgen. Er worden geen verliesgevende activiteiten verricht. Wanneer blijkt dat onderdelen niet winstgevend zijn uit te voeren, dan zullen deze activiteiten worden gestaakt.

De onderdelen Makelaardij en beheer, Verzekeringen en Hypotheken kwalificeren als onderneming.

### 3.4.1.3 Vermogensetikettering

Wanneer is vast komen te staan dat sprake is van een onderneming, dan zal moeten worden beoordeeld of het vastgoed geëtiketteerd kan worden als ondernemingsvermogen. Als minimaal vereiste geldt dat de werkzaamheden die met het vermogen verricht worden gericht moeten zijn dienstbaar zijn aan de onderneming. Met de roerende bedrijfsmiddelen die binnen de onderneming worden gebruikt, kan deze toets eenvoudig worden doorstaan. Denk bijvoorbeeld aan kantoorinventaris en auto's. Deze zaken zijn in bezit om hier arbeid mee te verrichten, klanten te ontvangen of naar klanten toe te komen. Hiermee zijn deze zaken onmiskenbaar dienstbaar aan de onderneming. Liquide middelen vallen hier ook onder, zolang deze maar dienstbaar zijn aan de onderneming. Denk hierbij aan nabije salarisbetalingen en spaargeld ten behoeve van bedrijfsinvesteringen. De middelen moeten wel bestemd zijn voor de onderneming. Wanneer een spaaroverschot bestaat waar geen of een afwijkende bestemming voor is, kan niet of moeilijker worden betoogd dat deze liquide middelen dienstbaar zijn aan de onderneming.

### 3.4.1.4 Vermogensetikettering kantoorpanden verhuurd aan de eigen vennootschappen

Eerder is aangetoond dat onze makelaars- en beheersactiviteiten, hypotheekbemiddeling en verzekeringsafdeling kwalificeren als materiële onderneming. Nu is de vraag of onze kantoorpanden die door deze materiële ondernemingen worden gebruikt geëtiketteerd kunnen worden als ondernemingsvermogen. De vier kantoren die in de bedrijfsoverdracht zijn betrokken, zijn in eigendom van een aparte B.V. die zelf geen werkzaamheden verricht. Deze B.V. hangt onder dezelfde holding als de werkmaatschappijen en verhuurt de kantoren aan de werkmaatschappijen. Deze B.V. zal hierna worden aangeduid met "Kantoor B.V.". De beoordeling vindt plaats nadat consolidatie heeft plaatsgevonden van de lichamen waarin de vennootschap een belang heeft. De holding drijft zelf geen onderneming, maar de daaronder hangende werkmaatschappijen wel. Met behulp van art. 4.17a lid 5 en art. 4.17c lid 3 wet IB 2001 en art. 35c lid 5 SW 1956 worden de ondernemingsactiviteiten van de werkmaatschappijen beoordeeld alsof deze door de holding worden uitgevoerd. Zo dient voor deze vier kantoren vastgesteld te worden of deze kwalificeren als ondernemingsvermogen van Maklaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken. Bij vastgoed dat in eigen gebruik is bij de onderneming zelf is het relatief eenvoudig vast te stellen dat aan bovenstaande vereisten is voldaan. Het gaat hierbij om onroerende zaken die dienstbaar zijn aan de onderneming. De kantoorruimtes van de vestigingen Wateringen, Naaldwijk, Den Haag en Vlaardingen worden door onze ondernemingen zelf gebruikt. De werkzaamheden worden veelal verricht vanuit deze vestigingen en de panden beschikken over een aan de onderneming dienstbare winkelruimten met ontvangstruimte voor de klanten en toonplaatsen voor bijvoorbeeld maquettes. De werknemers gebruiken de kantoren om vanuit te werken.

Eén kantoor wordt door de ondernemer vanuit privé ter beschikking gesteld. Het betreft de vestiging in Monster. Deze situatie bestaat sinds februari 2023 en wordt beschouwd als tijdelijk. De huidige kantoorruimte is geen onderdeel van de bedrijfsopvolging. Nadat een verhuizing heeft plaatsgevonden zal de huidige kantoorruimte weer in privé als belegging worden aangehouden. De privébeleggingen staan los van de bedrijfsoverdracht. Het is niet zeker dat de opvolger ook begunstigde zal zijn bij een toekomstige overdracht van het thans in gebruik zijnde object. De overdracht van deze locatie valt dan ook buiten de reikwijdte van dit paper. Voor de volledigheid merk ik wel op dat bij het beëindigen van de terbeschikkingstelling van de locatie aan de onderneming een eventuele waardeontwikkeling die gedurende het gebruik door de onderneming optreedt, bij de eigenaar belast is als resultaat uit overige werkzaamheden in box 1 (art. 3.90 e.v. Wet inkomstenbelasting 2001). Wanneer een eigen B.V. na de verhuizing de nieuwe vestiging zal verhuren aan onze onderneming

ontstaat geen verschil met de overige vestigingen. Dat het betreffende kantoor mogelijk korter dan 5 jaar in gebruik is, staat niet aan het gebruik van de BOR in de weg. De bezitseis geldt voor de onderneming en niet voor afzonderlijke vermogensbestanddelen.

Wanneer de aandelen in Kantoor B.V. worden geërfd, is geen overdrachtsbelasting verschuldigd. Deze vrijstelling geldt voor onroerend goederen die dienstbaar zijn aan de onderneming. Hiervoor is al aangetoond dat de kantoren dienstbaar zijn aan de ondernemingen. Bij de overdracht van de vier kantoren middels de overdracht van Kantoor B.V. kan dus gebruik gemaakt worden van de vrijstelling overdrachtsbelasting.

#### 3.4.1.5 Tussenconclusie

De makelaardij- en beheer afdeling, de hypotheekafdeling en de verzekeringsafdeling kunnen worden beschouwd als drie afzonderlijke ondernemingen. De vraag of een materiële onderneming wordt gevormd vindt plaats nadat consolidatie heeft plaatsgevonden van de lichamen waarin de vennootschap een belang heeft. De holding drijft zelf geen onderneming, maar de daaronder hangende werkmaatschappijen wel. De activa en passiva van de werk-B.V.'s kunnen worden toegerekend aan de holding. De ondernemingen bestaan meer dan vijf jaar en voldoen aan de eisen van een materiële onderneming. De ondernemingen met de aan deze ondernemingen dienstbaar zijnde activa vallen onder het bereik van de BOR en de doorschuifregeling. Wanneer aandelen in Kantoor B.V. overgaan naar de beoogd opvolger zal zowel de BOR, de DSR en de vrijstelling overdrachtsbelasting voor wat betreft die panden van toepassing zijn.

### 3.5 Projectontwikkelingen

#### 3.5.1 *Bezit en voortzetting*

Sinds 2007 worden binnen onze ondernemingen woningen en BOG-panden ontwikkeld. Het is ons vanuit de NVM niet toegestaan om zelf risicodragende ontwikkelingen te doen, behalve als ontwikkeld wordt voor de verhuur, waarbij de objecten ten minste 5 jaar in portefeuille worden gehouden. Ontwikkelen met het oogmerk tot verkoop doen wij dus niet en daar waar dat bij een ontwikkeling wel nodig is, laten we deze activiteiten over aan een derde partij die met ons samenwerkt. De panden waarin wij zelf participeren worden uiteindelijk verhuurd. De opvolger werkt actief in deze onderneming mee en in van plan om dat nog vele jaren te blijven doen. Wanneer hieraan wordt voldaan, is voldaan aan het bezit- en voortzettingsvereiste van de BOR en de mogelijk van toepassing zijnde dienstbetrekkingseis van de DSR. De bezitseis is alleen relevant als zelfstandig getoetst moet worden ingeval de vermogensobjecten niet onder andere ondernemingen vallen. Wanneer vastgoed kwalificeert als ondernemingsvermogen van de ondernemingen Makelaardij en Beheer, Hypotheken en/of verzekeringen, dan zijn deze termijnen niet relevant. De verhuur en ontwikkelingsactiviteiten bestaan al meer dan vijf jaar.

#### 3.5.1.2 *Vermogensetikettering*

De verwevenheid met de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken is zwak. Het werk wordt uitgevoerd door andere medewerkers. Wel levert de toekenning van bouwprojecten aan aannemers-ontwikkelaar nieuwe verkoopopdrachten op voor de nieuwbouwafdeling. Daardoor worden ons extra opdrachten gegund om nieuwbouwprojecten te verkopen. Het verband daartussen is echter lastig om aan te tonen. Ik vind de verwevenheid tussen de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken te zwak om de in ontwikkeling zijnde panden te laten kwalificeren als bedrijfsvermogen van deze

ondernemingen. Omdat in dat geval de vermogensbestanddelen niet onder de materiële onderneming “Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken” valt, zal de beoordeling moeten worden gemaakt of de vermogensbestanddelen zelfstandig een materiële onderneming vormen.

#### 3.5.1.3 Materiële onderneming

Bij vastgoedexploitatie is het onvoldoende om bij werkzaamheden zomaar aan te nemen dat sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, deelname aan het economisch verkeer en een winst oogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt. Het aanhouden van vastgoed is arbeidsintensief. Arbeid dat wordt verstaan onder “normaal vermogensbeheer” kwalificeert niet als onderneming. Hiervan is wel sprake wanneer het vastgoed rendabel gemaakt wordt mede doormiddel van arbeid dat door de eigenaar wordt verricht en naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft extra voordelen uit het vastgoed te behalen dat het normale rendement te boven gaat (HR, 17 augustus 1994). Zoals eerder besproken gaat het hierbij om nettorendement. Een vergelijking dient plaats te vinden met de vastgoedexploitatie van een vergelijkbare belegger met een vergelijkbare portefeuille. Het is niet gebruikelijk dat een belegger zelf locaties koopt met het oogmerk deze zelf, of met een partner, te ontwikkelen. Een belegger stapt doorgaans pas in als het object af is en in sommige gevallen pas nadat het is verhuurd. De kennis en het netwerk dat daarvoor nodig is, gaat de gemiddelde belegger te boven. Onze afdeling vastgoedontwikkeling is zeer gespecialiseerd en de werkzaamheden worden verricht door MRE-ers en MSRE-ers met veel werkervaring. De trajecten zijn zeer arbeidsintensief en niet gebruikelijk voor een normale belegger. Hoewel geen exacte cijfers aanwezig zijn, wordt uit het interview met M. Lager duidelijk dat het indirecte (of bij verkoop directe) rendement fors kan zijn. Wanneer besloten wordt de objecten in portefeuille te nemen, stijgt het nettorendement ten opzichte van de gemiddelde belegger die een dergelijk object tegen marktwaarde moet kopen. Bij ontwikkelingsactiviteiten acht ik het bestaan van extra rendement dat “normaal vermogensverkeer te boven gaat” zeer reëel. Nu bij projectontwikkeling voldaan is aan het arbeid plus en rendementsplus vereiste ben ik van mening dat deze activiteiten zelfstandig kwalificeren als materiële onderneming. Ook de Hoge Raad heeft in HR, 18 juni 2021 aangenomen dat ontwikkelactiviteiten een materiële onderneming vormen. Hoewel onze casus inhoudelijk de nodige verschillen laat zien met de casus behandeld door de Hoge Raad, ben ik van mening dat het zeer aannemelijk is dat de fiscus of rechter in deze redenering mee zal gaan. Dat geldt nadrukkelijk voor de ontwikkelfase. Wanneer na de ontwikkelingsactiviteiten zijn afgerond en bijvoorbeeld wordt overgegaan tot verhuur zal een nieuwe afweging moeten worden gemaakt voor de betreffende vermogensobjecten.

#### 3.5.1.4 Tussenconclusie

De ontwikkelingsactiviteiten zijn onvoldoende verweven met de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen of Hypotheken om het vastgoed in dat in ontwikkeling is als vermogensbestandsdeel van deze ondernemingen te kwalificeren. Daarom zal zelfstandig moeten worden beoordeeld of sprake is van een materiële onderneming. In de ontwikkelfase is dat zeer waarschijnlijk het geval. Wanneer de ontwikkelfase eindigt en bijvoorbeeld tot verhuur wordt overgegaan, dient de beoordeling van de betreffende vermogensobjecten opnieuw plaats te vinden. De ontwikkelingsactiviteiten komen daarmee zeer waarschijnlijk in aanmerking voor de BOR en de DSR. Bij projectontwikkeling wordt in de sfeer van de btw, zonder overdrachtsbelasting overgedragen, waardoor toetsing van die vrijstelling achterwege blijft.

### 3.6 Toepassing van vastgoed dat aan derden is verhuurd

De B.V. die eigenaar is van het vastgoed dat aan derden wordt verhuurd is in 2007 opgericht. De B.V. verhuurt sinds kort na de oprichting woningen en bedrijfsruimten. Hoewel de activiteiten plaatsvinden binnen één B.V., bestaan belangrijke verschillen tussen de activiteiten die verricht worden binnen de woningportefeuille en de BOG-portefeuille. Omdat de activiteiten fors van elkaar verschillen, worden de twee portefeuilles apart van elkaar getoetst.

#### 3.6.1 Aan derden verhuurd BOG

##### 3.6.1.1 Bezit en voortzetting

De eigenaar is sinds 2007 alleen gerechtigd tot alle aandelen in de B.V. die eigenaar is van het vastgoed dat aan derden wordt verhuurd. De opvolger werkt actief in deze onderneming mee en in van plan om dat nog vele jaren te blijven doen. Wanneer hieraan wordt voldaan, is voldaan aan het bezit en voortzettingsvereiste van de BOR en de mogelijk van toepassing zijnde dienstbetrekkingseis van de DSR. De bezitseis is alleen relevant als zelfstandig getoetst moet worden. Wanneer vastgoed kwalificeert als ondernemingsvermogen van de ondernemingen Makelaardij en Beheer, Hypotheken en/of verzekeringen, dan is deze termijn niet relevant. De verhuuractiviteiten bestaan al meer dan vijf jaar.

##### 3.6.1.2 Vermogensetikettering

Voordat aan de behandeling van de vraag of sprake is van een materiële onderneming wordt overgegaan, is van belang vast te stellen of voor de verhuuractiviteiten van eigen BOG aan derden sprake is van een afzonderlijke onderneming of dat hier sprake is van middelen die dienstbaar zijn aan de eerder omschreven Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en/of Hypotheken en dus onder die kwalificatie moeten worden beoordeeld. Het is denkbaar dat wanneer een onderneming vastgoed gerelateerde activiteiten verricht die als materiële onderneming worden aangeduid, betoogd kan worden dat de exploitatie van vastgoed zodanige verwevenheid vormt met deze materiële onderneming, dat het gehele vermogen kwalificeert als één onderneming. Het gaat daarbij om de verwevenheid tussen de exploitatie van het vastgoed en de materiële onderneming. Voor de beantwoording van de vraag of het vastgoed gekwalificeerd kan worden als bedrijfsvermogen kunnen de beantwoording van de volgende vragen een rol spelen: Zijn de BOG-panden (mede) dienstbaar aan de bedrijfsuitoefening? Welk verband bestaat er tussen de exploitatie van de BOG-panden en de rest van de onderneming? Zolang onvoldoende raakvlakken zijn met de bedrijfsuitoefening, is een keuze tot bedrijfsvermogen niet te rechtvaardigen. Wat is het karakter van de exploitatieactiviteiten? Hoe is de boekhouding ingericht? Hoe zijn de activiteiten georganiseerd en bestaat er tussen de organisatorische band activiteiten?

Uit een interview met de boekhouder van ons bedrijf, M. Lager, is de input op deze beoordelingscriteria duidelijk geworden. De aard van de activiteiten bestaan uit het ter beschikking stellen van 16 BOG-units aan derden in ruil voor huurpenningen. Om dit mogelijk te maken verhuurt de afdeling makelaardij de objecten. Zij zoeken een huurder, onderhouden het contact met de huurder en maken (soms samen met de boekhouder) de beslissing om aan een bepaalde kandidaat te verhuren. De makelaarsafdeling bepaalt, in sommige gevallen zelfs zonder overleg met de eigenaar, de hoogte van de huursom. Het administratief beheer wordt uitgevoerd door de boekhouder, die ook de administratie voor al onze andere bedrijfsactiviteiten bijhoudt. Het technische beheer wordt gedaan door zowel de boekhouder, als de afdeling makelaardij. De technische werkzaamheden worden uitbesteed. Het zijn overwegend nieuwe panden, gebouwd in of na 2007. De panden zijn casco verhuurd, waardoor het technisch beheer weinig werk oplevert. De huurcontracten zijn doorgaans lang,

waardoor het aantal mutaties beperkt is. Dit beperkt de hoeveelheid werk dat per periode besteed wordt aan het zoeken naar een huurder. Het gebeurt wel eens dat actief huurbeleid wordt verricht door huurders uit te plaatsen, wanneer zich een mogelijkheid voordoet om het object beter te kunnen verhuren. Dit zijn echter incidenten. De boekhouding wordt gedeeltelijk apart van de makelaardij gevoerd. De huurpenningen komen op een eigen rekening binnen een eigen B.V. binnen. De afdeling makelaardij brengt de vastgoed B.V. geen courtage of beheerskosten in rekening. (Borgdorff, persoonlijke communicatie 28 juni 2023). Het verband tussen de activiteiten voortvloeiend uit de BOG-activiteiten en de makelaardijafdeling is zwak. Het komt af en toe voor dat we BOG-panden verkopen of verhuren voor derden. Het aantal transacties is beperkt tot enkele transacties per jaar (Lager, persoonlijke communicatie, 28 juni 2023). We hebben de kennis en werkcapaciteit om deze werkzaamheden te verrichten. Dat maakt dat het verhuren van de eigen BOG-panden iets is wat we “erbij doen” in plaats van dat dit onze corebusiness is. De huurders zien wij doorgaans niet terug als klant elders in onze onderneming. Dit maakt m.i. dat het karakter van de activiteiten en de wijze waarop de activiteiten in organisatorisch verband tussen de BOG-portefeuille en de makelaars- en beheerafdeling te summier is om te kunnen spreken van één onderneming. Daarbij komt dat de administratie grotendeels apart wordt gevoerd en sprake is van 2 verschillende B.V.'s die samen geen fiscale eenheid vormen. Er zijn wel argumenten om de BOG-portefeuille als ondernemingsvermogen aan te merken. Qua exploitatie wordt het beheer en de verhuur door de afdeling makelaardij en beheer verricht. Omdat de panden casco verhuurd zijn en weinig mutaties optreden is het verband tussen de exploitatie van de BOG-panden en de rest van de onderneming echter zeer beperkt. Geheel bezien zie ik onvoldoende raakvlakken met de bedrijfsuitoefening om een keuze tot bedrijfsvermogen te rechtvaardigen. Er is te weinig verwevenheid om de panden te kunnen kwalificeren als “dienstbaar aan de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en/of Hypotheken”. Nu de panden niet kwalificeren als bedrijfsvermogen van de onderneming komt de volgende vraag op. Is bij de BOG-portefeuille zelfstandig sprake van een materiële onderneming?

### 3.6.1.3 Materiële onderneming

Bij aan derden verhuurd vastgoed is het onvoldoende om bij werkzaamheden zomaar aan te nemen dat sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, deelname aan het economisch verkeer en een winst oogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt. Het aanhouden van een vastgoedportefeuille is arbeidsintensief. Arbeid dat wordt verstaan onder “normaal vermogensbeheer” kwalificeert niet als onderneming. Er moet dus sprake zijn van meer dan “enkel verhuur”. Hiervan is sprake wanneer het vastgoed rendabel gemaakt wordt mede doormiddel van arbeid dat door de eigenaar wordt verricht en naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft extra voordelen uit het vastgoed te behalen wat het normale rendement te boven gaat (HR, 17 augustus 1994). Zoals eerder besproken gaat het hierbij om nettorendement. Een vergelijking dient plaats te vinden met een vergelijkbare belegger met een vergelijkbare portefeuille. De portefeuille bestaat uit 16 aan derden verhuurde eenheden. Een vergelijking met de IPD-vastgoedindex zal niet plaatsvinden, omdat onze portefeuille relatief beperkt is in omvang en geografische te geconcentreerd is. Dit maakt dat de IPD-vastgoedindex niet representatief is voor onze portefeuille. Investeringsbeslissingen worden gemaakt op basis van een op dat tijdstip actuele NAR. Documenten hierover zijn niet voorhanden. Onze portefeuille wordt niet periodiek getaxeed. Er is geen historisch rendementsoverzicht aanwezig. De beoordeling van meerarbeid en meer-rendement zal dus plaatsvinden aan de hand van een vergelijking met de activiteiten bij een vergelijkbare beleggingsportefeuille met dezelfde omvang. Binnen de BOG-portefeuille zijn een aantal activiteiten waar te nemen die zijn opgenomen in de omstandighedencatalogus van Te Niet

die in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen, maar ook andere elementen kunnen helpen te beoordelen of sprake is van “meer dan enkel verhuur”. Binnen de onderneming worden handelingen verricht die niet alleen gericht zijn op het aanhouden van de vermogensbestandsdelen of het behalen van periodieke opbrengsten. Zo verrichten wij de incidentele makelaarsactiviteiten bij leegkomende panden zelf. We gaan zelf opzoek naar een huurder, plaatsen het object op Funda en doen zelf de beoordeling of we aan een bepaalde kandidaat willen gaan verhuren. Het administratief en technisch beheer verrichten wij ook zelf. Hiermee worden de kosten gedrukt, t.o.v. het uitbesteden van deze activiteiten en hiermee stijgt het nettorendement. De daadwerkelijke onderhoudswerkzaamheden besteden wij uit. Onze medewerkers zijn over het algemeen HBO of universitair geschoold. Wij zijn lid van de NVM en voldoen aan alle kwalificeringseisen die dit instituut eist. Onze medewerkers zijn voor de makelaarsactiviteiten gediplomeerd, conform de eisen van de NVM. De inzet van marktkennis en netwerk is beperkter, omdat het verhuren van BOG niet onze corebusiness is. De contracten lopen lang en het onderhoud is beperkt. Het aantal uren aan werkzaamheden dat deze portefeuille oplevert is daarmee ook beperkt. De marktkennis en netwerk wordt wel ingezet bij het acquireren van nieuwe objecten. De panden die in bezit zijn, betreffen voormalig (her)ontwikkelingsprojecten die wijzelf voor de verhuur hebben (her)ontwikkeld. Eerder kwam al ter sprake dat projectontwikkeling een zelfstandige activiteit, die los beoordeeld moet worden. Ook al zorgen deze werkzaamheden voor lagere stichtingskosten en daarmee een hoger nettorendement. Wel zijn andere elementen aan te dragen die zorgen voor een hoger nettorendement. Wij beheren ook vergelijkbare portefeuilles van andere beleggers. Zij hebben de verhuur- en beheeractiviteiten bij ons uitbesteed. Onderbouwd met de gegevens uit het interview met M. Lager schat ik het verschil in nettorendement op ca. 5% van het totaalrendement van deze beleggers. Dit zijn de besparingen van het niet hoeven te betalen van de kosten van beheer en de verhuurcourtagage. Voor de berekening van de verhuurcourtagage is de gemiddelde courtagage gedeeld door het aantal jaar dat een object gemiddeld muteert. Het beheren en verhuren werkzaamheden leveren dus duidelijk een extra nettorendement op. Wel vraag ik mij af of dit extra rendement gekwalificeerd kan worden als extra rendement wat het normale vermogensbeheer te boven gaat en afkomstig is uit meerarbeid t.o.v. een belegger. De omvang van de portefeuille en vastgoedtype kan daarin een belangrijke rol spelen. Wanneer een belegger 1 of 2 winkels bezit, is het niet ongebruikelijk als hijzelf opzoek gaat naar een huurder en zelf het administratief beheer en technisch beheer voert. Met een dergelijke belegger is het gangbaar dat hijzelf gebeld wordt bij bijvoorbeeld een lekkage. Dat de belegger ook de mogelijkheden heeft om deze werkzaamheden uit te besteden, maakt nog niet dat sprake is van extra rendement t.o.v. normaal vermogensbeheer, wanneer de belegger deze werkzaamheden zelf verricht. Het gaat erom wat gebruikelijk is. Anders is het bij grote portefeuilles. Het is gangbaar dat instellingen met grote portefeuilles het onderhoud en beheer hebben uitbesteed bij externe beheerders en vastgoedmanagers. Het is niet gebruikelijk dat partijen met een grote vastgoedportefeuille zelf opzoek gaan naar een huurder, of dat huurders met een pensioenfonds zelf contact opnemen wanneer iets aan hun woning mankeert. Het is niet met zekerheid te zeggen, maar ik neig ernaar het hogere nettorendement voortvloeiend uit het zelf verrichten van beheers- en makelaarswerkzaamheden van een vastgoedportefeuille met 16 objecten, een mutatie van 1 of 2 huurders per jaar en activiteiten die worden uitgevoerd door een makelaarsonderneming die weinig verwevenheid kent met bedrijfsfonroerendgoed niet te kwalificeren als extra arbeid die extra voordelen opleveren die het normale rendement te boven gaan. Ik vind 16 objecten te weinig om de vergelijking met een grote belegger te rechtvaardigen. Dat de werkzaamheden periodiek weinig tijd in beslag nemen, is niet een opzichzelfstaand argument, maar moet gezien worden in samenhang met de eenvoud deze werkzaamheden zelf te verrichten. Hoe makkelijker het is, hoe groter de kans dat een belegger de werkzaamheden zelf verricht. Ook het vastgoed type speelt een rol. In

mijn omgeving kom ik vaker huurders tegen die van de eigenaar zelf huren, zonder dat het beheer of de zoektocht naar een huurder wordt uitbesteed. Ik heb de indruk dat dit bij BOG gebruikelijker is dan bij bijvoorbeeld woningen. De werkzaamheden bij de omschreven portefeuille zijn te beperkt om aan te nemen dat het gangbaar is dat deze werkzaamheden normaal zijn uitbesteed. Er is namelijk over het geheel genomen nauwelijks of geen meerarbeid. Daarbij komt dat de omschreven werkzaamheden recent nog zijn gekwalificeerd als “normaal vermogensbeheer” (HR, 18 juni 2021). M.i. zijn de genoemde werkzaamheden bij een portefeuille van 16 objecten te kwalificeren als “normaal vermogensbeheer”. Bij het verhuurde vastgoed is bij onze BOG-panden geen sprake van meerarbeid. Het hogere aanvangsrendement veroorzaakt door de lagere stichtingskosten ten gevolge van projectontwikkeling moet m.i. los gezien worden van de verhuuractiviteiten. Daarom ben ik van mening dat na het afronden van de ontwikkelingsactiviteiten de betreffende BOG-portefeuille de kwalificatie materiële onderneming zal verliezen.

#### 3.6.1.4 Tussenconclusie

De activiteiten die de BOG-portefeuille meebrengt bestaan meer dan vijf jaar. De kans is groot dat de activiteiten en activa behorend bij de BOG-portefeuille echter niet gekwalificeerd kunnen worden als bedrijfsvermogen van onze andere bedrijfsonderdelen of als zelfstandige materiële onderneming. De ontwikkelingsactiviteiten kunnen dat, zoals in eerdere paragrafen is besproken, waarschijnlijk wel, maar deze zullen de kwalificatie kwijtraken nadat de ontwikkelingswerkzaamheden zijn voltooid. De kans is groot dat de BOG-panden die nog in ontwikkeling zijn in aanmerking komen voor de opvolgingsregelingen BOR, DSR en de vrijstelling van de overdrachtsbelasting voor bedrijfsoverdracht in de familiesfeer, maar de verhuurde objecten niet.

#### 3.6.2 Aan derden verhuurde woningen

##### 3.6.2.1 Bezit en voortzetting

Net als bij de BOG-portefeuille is bij de woningportefeuille om dezelfde reden en onder dezelfde voorwaarden voldaan aan het bezit en voortzettingsvereiste van de BOR en de mogelijk van toepassing zijnde dienstbetrekkingseis van de DSR. Dit vereiste speelt wederom een rol wanneer de woningportefeuille zelfstandig zou kwalificeren als materiële onderneming en niet als vermogensbestanddeel van de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen of Hypotheken.

##### 3.6.2.2 Vermogensetikettering

Betoogd kan worden dat de exploitatie van vastgoed zo verweven is met de materiële onderneming, dat het gehele vermogen kwalificeert als één onderneming. Het gaat daarbij om de verwevenheid tussen de exploitatie van het vastgoed en de materiële onderneming. Voor de beantwoording op de vraag of het vastgoed gekwalificeerd kan worden als bedrijfsvermogen kunnen de beantwoording van de volgende vragen een rol spelen. Zijn de woningen (mede) dienstbaar aan de bedrijfsuitoefening? Welk verband bestaat er tussen de exploitatie van de BOG-panden en de rest van de onderneming? Wat is het karakter van de exploitatieactiviteiten? Hoe is de boekhouding ingericht? Hoe zijn de activiteiten georganiseerd en bestaat er tussen de organisatorische band activiteiten? Zolang onvoldoende raakvlakken zijn met de bedrijfsuitoefening, is een keuze tot bedrijfsvermogen niet te rechtvaardigen.



De aard van de activiteiten bestaan uit het ter beschikking stellen van woningen aan derden in ruil voor huurpenningen. Om dit mogelijk te maken verhuurt de afdeling makelaardij de objecten. Zij zoeken een huurder, onderhouden het contact met de huurder en maken zelfstandig de beslissing om aan een bepaalde kandidaat te verhuren. De makelaarsafdeling bepaalt, in de meeste gevallen zonder overleg met de eigenaar, de hoogte van de huursom. Het administratief beheer wordt uitgevoerd door de boekhouder, die ook de administratie voor al onze andere bedrijfsactiviteiten bijhoudt. Het technische beheer wordt gedaan door zowel de boekhouder, als de afdeling makelaardij. De technische werkzaamheden worden uitbesteed. Het zijn overwegend nieuwe panden, gebouwd in of na 2007. De woningen zijn luxe afgewerkt. Zo zijn de keukens voorzien van uitgebreide inbouwapparatuur. Ook beschikken de woningen over installaties, zoals WTW's, warmtepompen en liften. De nieuwste woningen worden zelfs opgeleverd met vloerverwarming en vloerkoeling. Ten opzichte van casco BOG-vastgoed, levert het technisch beheer van de woningen meer werk op. De uitgebreide installaties kunnen kapot of in storing raken. Dit maakt het technisch beheer van woningen arbeidsintensiever dan bij casco verhuurd BOG. De woningen zijn met een hoog afwerkingsniveau wel makkelijker verhuurbaar, wat het leegstandsrisico en leegstandsduur doet terugdringen.

Een huurder is gehouden een woning minimaal één jaar te huren en daarna geldt een opzegtermijn van een maand. Mutaties komen vaker voor dan bij BOG-panden. Lager geeft in zijn interview aan dat dit per huurder fors kan verschillen, maar dat gemiddeld een woning eens in de 4,5 tot 5 jaar leegkomt. Het is wel eens voorgekomen dat een huurder wordt uitgeplaatst om tot herontwikkeling van een pand te komen. Dit is slechts één of twee keer voorgekomen en dus zeer incidenteel. De boekhouding wordt gedeeltelijk apart van de makelaardij gevoerd. De huurpenningen komen op een eigen rekening binnen een eigen B.V. binnen. De afdeling makelaardij brengt de vastgoed B.V. ook hier geen courtage of beheerskosten in rekening. (Borgdorff, persoonlijke communicatie 28 juni 2023). Daar waar het aantal uren werk en mutaties bij de 16 BOG-panden beperkt is, is dat niet het geval bij de woningen. Het niet in rekening brengen van de courtage en beheerskosten is bij de ondernemingen in de boeken van de betrokken afdelingen merkbaar. Dit jaar is gestart met de verhuur van een nieuw complex met 26 woningen, waarvan wij er zelf 13 in eigendom hebben. Dit zijn normaal gesproken mooie en lucratieve opdrachten. De makelaardij rekende echter maar de helft van de gebruikelijke courtage. De werkzaamheden dat voor de eigen vastgoed-B.V. werd werden niet in rekening gebracht. Voor 2024 staat wederom een oplevering gepland van een nieuw complex. Het exacte aantal woningen dat in portefeuille wordt genomen is nog onbekend, maar denkbaar is dat een vergelijkbaar aantal woningen aan de portefeuille wordt toegevoegd. De boekhouding van de makelaardij en de verhuur van woningen loopt door elkaar heen. Door onze makelaars- en beheerafdeling worden geen kosten in rekening gebracht bij de vastgoed-B.V., terwijl daar wel de inkomsten binnenkomen. Veel woningen zijn in eigendom van dezelfde B.V. die ook de eigen kantoorruimtes houdt. Een ander deel zit in een andere B.V. Het vastgoed zit in aparte B.V.'s, om dit vermogen af te zonderen van het vermogen van de werkmaatschappijen. In een geval van een faillissement van een werkmaatschappij, kan de vastgoedportefeuille behouden blijven. Een bijkomend voordeel is dat eigenaar kan bepalen welke onderdelen van de ondernemingen worden overgedragen. Dit zijn de belangrijkste motiveringen om verschillende B.V.'s te gebruiken. Dat de boekhouding door elkaar loopt, hindert de bedrijfsvoering niet. De B.V. met de meeste woningen is tevens een fiscale eenheid met Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken. Het is eenvoudig om de B.V.'s zo te structureren dat het aan de eigen werkmaatschappijen verhuurde vastgoed en de woningen tezamen in één B.V. wordt geplaatst die een fiscale eenheid vormt met de werkmaatschappijen.

Het verband tussen de activiteiten voortvloeiend uit de woningportefeuille en de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken is zeer sterk. Zo heeft de nieuwbouwafdeling het eerdergenoemde complex van 26 woningen verhuurd. De activiteiten van de werkzaamheden voor ons eigen vastgoed waren gelijk aan de activiteiten die verricht werden voor de externe belegger die deze werkzaamheden bij ons heeft uitbesteed. “Wonen” is de corebusiness van Makelaardij en Beheer en heeft sterke raakvlakken met Hypotheken en Verzekeringen. Onze huurders zijn onze klanten. Zij hebben de wens om een woning te huren. Wij faciliteren hen bij het mogelijk maken van deze stap. Dit is veel breder dan alleen het ter beschikking stellen van een huurwoning. Vaak is het eerste contact gelegd bij de wens om de huidige woning te verkopen in zijn de klanten nog oriënterend. Het huren is vaak niet eens de eerste stap. Vaak gaat daaraan een gesprek met een verkoopmakelaar aan vooraf. De woningen die wij in portefeuille hebben, bestaan voornamelijk uit 3-kamerappartementen. De meeste interesse hierin wordt getoond door starters en senioren. De senioren hebben vaak bij het huren van een woning de wens om hun eigen woning te verkopen. Deze verkoopactiviteiten zijn voor onze makelaardij zeer belangrijk. Uit het interview met Lager kwam naar voren dat onze makelaarsafdeling voor ca. 50% van de huurders een bestaande woning mocht verkopen. Dit maakt dat de woningportefeuille van groot belang is voor de makelaarsafdeling en voor onze onderneming als geheel. Bij de verhuur van een woning wordt onze makelaars ingezet voor het verhuren van de woning. Nadat een huurder is gevonden, bestaan de werkzaamheden voor de boekhouder en makelaarsafdeling uit het technisch en administratief beheer. Bij een mutatie bestaat de kans dat we een bestaande woning mogen verkopen. Bij de verkoop van de bestaande woning bestaat de kans dat wij voor de koper weer een woning mogen verkopen en dat wij door hem worden ingeschakeld voor de hypotheekbemiddeling. Daarnaast bestaat de kans dat onze verzekeringsafdeling de verzekeringen mag regelen voor de huurder of de koper van het huis van de huurder. Ook is het mogelijk dat wij de huidige woning mogen verkopen, wanneer iemand een woning van een huurder koopt. De spin-off van een huurtansactie kan een grote impact hebben op de overige werkzaamheden die wij verrichten. De werkzaamheden die de woningportefeuille met zich meebrengt is de kern waar onze onderneming om draait. De verwevenheid tussen de woningen en de makelaardijafdeling en de rest van de onderneming is zo groot dat m.i. de woningen kwalificeren als “dienstbaar aan de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken”. Daarom zijn de woningen te etiketteren als ondernemingsvermogen. Hoewel ik voldoende raakvlakken zie met de bedrijfsuitoefening van de Makelaardij en Beheer, Hypotheken en Verzekeringen en een keuze tot bedrijfsvermogen goed lijkt te rechtvaardigen, bestaat het risico dat de fiscus en een rechter deze vastgoedexploitatie toch als zelfstandig beschouwd. Dit zal het geval zijn wanneer, ondanks bovenstaande argumentatie, voldoende samenhang niet kan worden aangetoond. Uitspraken van een vergelijkbare onderneming zijn er niet. Het risico blijft bestaan dat de fiscus of een rechter oordeelt dat de activiteiten op zichzelf moeten worden beschouwd. De vraag die in dat geval moet worden beantwoord is of de vastgoedexploitatie van woningen, zoals hiervoor omschreven, op zichzelf beschouwd kunnen kwalificeren als materiële onderneming.

### 3.6.2.3 Materiële onderneming

Zoals eerder besproken is het bij aan derden verhuurd vastgoed onvoldoende om bij werkzaamheden zomaar aan te nemen dat sprake is van een onderneming, omdat sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, deelname aan het economisch verkeer en een winst oogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt. Het aanhouden van een vastgoedportefeuille is arbeidsintensief. Arbeid dat wordt verstaan onder “normaal vermogensbeheer” kwalificeert niet als onderneming. Er moet dus sprake zijn van meer dan “enkel verhuur”. Hiervan is sprake wanneer het vastgoed rendabel gemaakt wordt mede

doormiddel van arbeid dat door de eigenaar wordt verricht en naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft extra voordelen uit het vastgoed te behalen die het normale rendement te boven gaat (HR, 17 augustus 1994). Zoals eerder besproken gaat het hierbij om nettorendement. Een vergelijking dient plaats te vinden met een vergelijkbare belegger met een vergelijkbare portefeuille.

Zoals in de vorige paragraaf besproken, levert de woningportefeuille ons veel extra opdrachten op die aan deze portefeuille toerekenbaar zijn. Zonder de woningen hadden we niet het technische en administratieve beheer en hadden we geen verhuuropdrachten die voortvloeien uit de woningportefeuille. Het directe gevolg van de woningportefeuille is dat een reële kans bestaat dat wij verzekeringsadvies leveren aan de huurders. Tevens acquireren wij veel verkoopopdrachten en is er de spin-off voor de Makelaardij en Hypotheken.

Een gemiddelde woningbelegger kiest ervoor om woningen te verhuren voor het directe en indirecte rendement en niet omdat hij dan een kans maakt om direct of indirect andere opdrachten van de huurder te bemachtigen. Dit gaat normaal vermogensbeheer te boven. De manier waarop wij het vastgoed exploiteren verschilt daarmee sterk van de normale exploitatie door een belegger. Het is niet gebruikelijk dat een belegger arbeid verricht om de woning van de huurder te verkopen en daarbij bereid is om de woning van diens koper tevens te verkopen en te bemiddelen bij het afsluiten van hypotheek en verzekeringen. Dit werk is toerekenbaar aan de woningportefeuille, omdat zonder huurwoning deze opdrachten niet werden verleend. De extra opdrachten komen voort uit het exploiteren van de woningen. Het hebben van een omvangrijke vastgoedportefeuille levert veel werk op. Dit is op zichzelf geen argument om als meerarbeid te worden gekwalificeerd. Zoals ik eerder heb aangegeven ben ik van mening dat het zelf uitvoeren van het beheer, voor een belegger ongebruikelijk is. Een gemiddelde portefeuille brengt wel beheerswerkzaamheden met zich mee, maar die worden gebruikelijk extern uitbesteedt. Zeker bij woningen. Ook deze beheersactiviteiten gelden als extra arbeid dat vereist is om tot een kwalificatie van een materiële onderneming te kunnen komen.

Het extra rendement is aanzienlijk hoger dan bij een normale belegging. Bij het interview met Lager zijn kerngegevens inzake bijvoorbeeld de gemiddelde huurbedragen, de gemiddelde courtages en de gemiddelde huurbedragen bekend geworden. Alleen over verzekeringen ontbreken de gegevens, welke ik nu buiten beschouwing zal laten. Deze extra opbrengsten kunnen worden doorgerekend en vermenigvuldigd worden met de kansen dat de mogelijkheid bestaat dat het verhuren van een woning een extra opdracht oplevert. De uitkomst van deze rekensom is de gemiddelde extra omzet die een mutatie ons oplevert. Deze rekensom is gemaakt, waarbij echter niet alle bedrijfsgegevens kunnen worden gedeeld. De uitkomst is dat per mutatie de gemiddelde extra revenuen per woningtransactie een omzet opleveren die gelijk staat aan bijna een half jaar huur! Wanneer uitgegaan wordt van een mutatie elke 5 jaar, dan bedragen de extra revenuen ruim 9,5% boven op de reguliere huur. Wanneer de beheersvergoeding toch niet als materiële onderneming kwalificeert en niet wordt meegerekend, is het extra rendement door de extra activiteiten ruim 5,5% hoger ten opzichte van de kale huurstream. De 9,5% komt tot stand door de som van de meeropbrengst veroorzaakt door de courtage, hypotheekbemiddeling en beheerskosten, uiteraard vermenigvuldigd met de kans dat deze werkzaamheden worden verricht. Dit is extra nettorendement. Arbitraire onderwerpen die gerelateerd kunnen zijn aan marktontwikkelingen zoals het indirecte rendement zijn hierin niet meegenomen. Het behalen van een hoger rendement doordat de panden zelf zijn ontwikkeld en daarmee goedkoop in portefeuille genomen zijn, heb ik buiten beschouwing gelaten. Dit om het percentage zo puur mogelijk te maken en de meeropbrengst daarmee evident aan te tonen.

Het opbouwen van een woningportefeuille is een strategische beslissing geweest die in relatie met onze gehele onderneming moet worden beschouwd. De focus van de groei van onze onderneming is de afgelopen jaren verlegd. In de begin jaren stond kwantitatieve groei voorop en werd geïnvesteerd in nieuwe vestigingen. De focus kwam daarna te liggen op een stabielere cashflow en werd in BOG-objecten belegd. Tegenwoordig ligt de focus op het kwalitatief versterken van de onderneming als geheel. Woningen worden aan de portefeuille toegevoegd met het oogmerk onze positie met betrekking tot de kernactiviteiten van de makelaardij, de hypotheke en de verzekeringen te versterken.

#### 3.6.2.4 Tussenconclusie

De activiteiten die de woningportefeuille meebrengen bestaan meer dan vijf jaar. De woningportefeuille levert ons werk op, dat een normale belegger niet zal verrichten. Het totale rendement ligt hierbij, zoals aangetoond, aanzienlijk hoger. M.i. is de woningportefeuille te etiketteren als ondernemingsvermogen van de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken. Wanneer voldoende verwevenheid niet wordt aangetoond en de portefeuille op zichzelf moet worden beschouwd, dan ben ik van mening dat hier zelfstandig sprake is van een materiële onderneming. Arbeid plus en rendement plus kan worden aangetoond. Het vastgoed wordt rendabel gemaakt mede door middel van arbeid die door de eigenaar wordt verricht en heeft naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel extra voordelen uit het vastgoed te behalen wat het normale rendement te boven gaan.

De vermogensbestanddelen met de aan deze ondernemingen dienstbaar zijnde activa vallen onder het bereik van de BOR en de doorschuifregeling. Wanneer de aandelen in de woningportefeuille worden overgedragen, is de kans groot dat zowel de BOR, de DSR en de vrijstelling overdrachtsbelasting voor wat betreft die panden van toepassing zijn.

#### 3.6.3 Disclaimer

Ook bij dit toepassingshoofdstuk hoort een disclaimer. Bovenstaande beoordeling is zeer feitelijk. Onze onderneming verschilt van andere bedrijven waarover jurisprudentie is terug te vinden. De beoordeling van een aan ons bedrijf gelijke casus heeft in de rechtspraak nog niet plaatsgevonden. Het is mogelijk dat de fiscus en een rechter niet meegaan in bovenstaande argumentatie. Wanneer bijvoorbeeld wordt geoordeeld dat slechts sprake is van “enkel verhuur” en dat alle andere activiteiten ofwel normaal vermogensbeheer zijn, ofwel thuishoren in een zelfstandige onderneming, dan gaat bovenstaande redenatie niet op. Het niet gelden als (vermogensbestanddeel van een) materiële onderneming heeft verre gaande consequenties. Hoewel al het bovenstaande zorgvuldig is onderzocht en onderbouwd en ik bij de tussenconclusies oprecht meen dat de uitkomst overeenkomstig zou moeten zijn, is het goed mogelijk dat anders zal worden geoordeeld. Omdat de belastingdruk zo groot is, kunnen de consequenties van een andersluidende uitspraak groot zijn. Het is niet aannemelijk dat voldoende liquide middelen aanwezig zijn om een dergelijke aanslag ineens te voldoen. Juist deze situatie zou de opvolgingsregelingen dienen te voorkomen, zo is in de inleiding van dit paper al te lezen. De wetgever heeft successie- en schenkingsfaciliteiten gecreëerd omdat het uit sociaaleconomisch belang onwenselijk is dat een onderneming die overgaat, moet worden gestaakt, of moet worden verkocht, zonder dat de bedrijfsresultaten daartoe aanleiding geven (Kamerstukken II, 1997-1998, 25688, nr. 3). In dat geval dat de opvolgingsregelingen niet van toepassing zijn, is het waarschijnlijk dat onderdelen van onze onderneming moeten worden verkocht.

#### *3.6.4 Wijzigingen in opvolgingsregelingen*

Zoals in hoofdstuk 2.9 is opgemerkt zijn verschillende wijzigingen in de opvolgingsregeling aangekondigd. Inmiddels zijn ook maatregelen in de voorjaarsnota 2023 aangekondigd. Het vrijstellingspercentage in de BOR en het bedrag waarop dit van toepassing is, zal mogelijk worden aangepast. Hier dient rekening mee gehouden te worden als de onderneming op een later tijdstip over zal gaan. Nog ingrijpender voor onze onderneming is het standaard aanmerken van “aan derden verhuurd vastgoed” als beleggingsvermogen de sfeer van de BOR en de DSR (Kamerstukken II, 2022-2023, 36350, nr. 1).

Voor de bedrijfsonderdelen Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken en de panden die nog in ontwikkeling zijn, is de belangrijkste wijziging de toepassingsgrens en percentages van de BOR.

Een toepassing van deze wijziging zorgt ervoor dat de kansrijke toepassing van de opvolgingsfaciliteiten op de woningportefeuille, in één keer is verkeken.

Voor de BOG-portefeuille is de toepassing van de opvolgingsregelingen niet heel kansrijk, maar die mogelijkheid komt bij de invoering van de wijzigingen ook te vervallen.

Voor de mogelijkheden om aan derde verhuurde woningen niet meer onder de BOR en de DSR te laten vallen raakt de kern van onze onderneming.

Na de val van het kabinet en het debat wat hierover nog gevoerd moet worden is op dit moment echter niet zeker of alle wijzigingen daadwerkelijk doorgang zullen vinden.

## Hoofdstuk 4 – Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zullen de (tussen)conclusies uit hoofdstuk 2 en 3 worden samengevat en worden de eerste drie deelvragen beantwoord. Aanbevelingen zullen worden gedaan, waarbij antwoord gegeven wordt op de vierde deelvraag: Hoe kan geanticipeerd worden op de huidige regels en te verwachten toekomstige wijzigingen? De aanbevelingen kunnen gelden op de korte of lange termijn en houden verband met de bedrijfsoverdracht van de omschreven onderneming. Ook zal ingegaan worden op de hoofdvraag: Hoe kunnen bedrijven met verhuurd vastgoed anticiperen op huidige en toekomstige ontwikkelingen rondom de BOR en andere bedrijfsopvolgingsregelingen? Omdat de bedrijfsopvolging voor mij veel persoonlijke gevolgen zal hebben, heeft het mij enigszins moeite gekost om het uiten van mijn eigen mening op sommige punten te beperken. Ik heb gepoogd feitelijk te onderbouwen waarom ik van mening ben dat bepaalde elementen wel en bepaalde elementen niet onder de huidige of toekomstige bedrijfsopvolgingsregelingen vallen. Over mijn persoonlijke mening over de gevolgen voor ondernemingen of de maatschappij heb ik mij nog niet uitgelaten. Ik ben mij ervan bewust dat mijn invloed op toekomstige besluitvorming zeer klein, of misschien wel nihil is. Toch voel ik een behoefte om de lezer van dit paper de mogelijkheid te geven kennis te laten nemen over hoe ik over de bedrijfsopvolgingsregelingen denk en hoe ik vind dat hiermee door de politiek wordt omgesprongen. Omdat de uitkomst van deze reflectie los staat van de beantwoording van de hoofdvraag, zal de deelvraag “Ter reflectie: Wat is de eigen mening van de schrijver van dit paper op de opvolgingsregeling?” behandelen in een separaat hoofdstuk 5, na behandeling van de conclusie en aanbevelingen. De conclusies en aanbevelingen zullen per deelvraag worden behandeld.

### 4.1. Welke fiscale faciliteiten worden geboden bij bedrijfsopvolging bij B.V.'s?

Bij bedrijfsopvolging worden de volgende fiscale faciliteiten geboden wanneer de overdracht aandelen in een B.V. betreft:

1. Bedrijfsopvolgingsregelingen erf- en schenkbelasting;
3. Doorschuifregeling inkomstenbelasting voordeel uit aanmerkelijk belang voor AB-houders;
4. Vrijstelling overdrachtsbelasting bedrijfsoverdracht in de familiesfeer;
5. Regelingen in de Invorderingswet;

Voor onze onderneming zijn de volgende regelingen de meest belangrijke:

- Bedrijfsopvolgingsregelingen erf- en schenkbelasting.  
Deze regeling moet ervoor zorgen dat reële bedrijfsoverdrachten niet belemmerd worden door schenk- of erfbelasting (Kamerstukken II, 2008/2009 31930 nr. 3). Het geeft een 100% vrijstelling tot €1.205.871 en een 83% vrijstelling over het bedrag daarboven. Voor de overige 17% kan een conserverende aanslag worden opgelegd voor een duur van maximaal tien jaren.

- Doorschuifregeling inkomstenbelasting voordeel uit aanmerkelijk belang voor AB-houders.

Hierdoor blijft de AB-heffing achterweg op het moment van erven. Deze faciliteit kan alleen gebruikt worden wanneer over te dragen vermogensbestanddelen kwalificeren als materiële onderneming. Louter beleggingsvermogen valt buiten het toepassingsbereik van de regelingen. Behoudens een 5%-beleggingsvrijstelling is het reguliere tarief hierop van toepassing.

- Vrijstelling overdrachtsbelasting bedrijfsoverdracht in de familiesfeer

Deze faciliteiten kunnen alleen gebruikt worden over te dragen vermogensbestanddelen kwalificeren als materiële onderneming. Zuiver beleggingsvermogen valt buiten het

toepassingsbereik van de regelingen. Behoudens een 5%-beleggingsvrijstelling is het reguliere tarief hierop van toepassing.

4.2. Wanneer kwalificeert verhuurd vastgoed als een materiële onderneming, en wanneer als een belegging?

Van het drijven van een onderneming is volgens Albert (Albert, 2015) sprake wanneer voldaan is aan drie vereisten. Sprake moet zijn van:

1. Een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid
2. Deelname aan het economische verkeer
3. Een winstogmerk dat redelijkerwijs te verwachten valt

Bij de exploitatie van vastgoed dient daarbij voor het aannemen van een materiële onderneming dat met het vastgoed extra arbeid moet worden verricht dat naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft voordelen uit het vastgoed te behalen, welke het nettorendement bij normaal verkeer te boven gaat. Voor de beantwoording op de vraag of sprake is van meerarbeid en meer rendement, dient een vergelijking met een gemiddelde belegger met een vergelijkbare portefeuille te worden gemaakt.

4.3 Hoe verhouden de onderdelen van de beschreven onderneming zich tot de bedrijfsopvolgingsregeling?

De onderdelen binnen onze onderneming zijn onder te verdelen in Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken. Apart zijn behandeld de ontwikkelactiviteiten, en vermogensbestanddelen die bestaan uit verhuurd BOG en verhuurde woningen. Van de onderdelen Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken is het zeker dat een materiële onderneming wordt aangenomen. Ook aan de bezits- en voortzettingseis kan worden voldaan. De opvolgingsregelingen BOR, DSR en vrijstelling overdrachtsbelasting is van toepassing. Dit geldt ook voor de vier panden die door de onderneming zelf worden gebruikt en in eigendom aan de werkmaatschappijen worden verhuurd door een B.V. die onder dezelfde holding hangt. Deze vermogensobjecten zijn dienstbaar aan de ondernemingen.

De ontwikkelactiviteiten dienen los van de overige bedrijfsactiviteiten worden beschouwd en kwalificeren waarschijnlijk ook als materiële onderneming. Voor de panden die nog in ontwikkeling zijn, kan waarschijnlijk gebruik gemaakt worden van de BOR, en de DSR. Overdrachtsbelasting is hier niet van toepassing.

De BOG-portefeuille kwalificeert waarschijnlijk niet als vermogensbestandsdeel van de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken of Projectontwikkeling. De BOG-portefeuille kwalificeert waarschijnlijk niet als zelfstandige materiële onderneming, ook al bestaan hier wel argumenten voor. De BOG-objecten komen waarschijnlijk niet in aanmerking voor de BOR, DSR en de vrijstelling overdrachtsbelasting.

Voor de woningportefeuille zijn goede argumenten aan te dragen dat deze portefeuille tot het ondernemingsvermogen van de Makelaardij en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken is te kwalificeren. Indien de beoordeling van deze portefeuille zelfstandig plaatsvindt, dan is het bestaan van een materiële onderneming waarschijnlijk. Er is een goede kans dat voor wat betreft de woningportefeuille gebruik gemaakt kan worden van de BOR, DSR en de vrijstelling overdrachtsbelasting.

Onderstaande tabel toont per bedrijfsonderdeel de kans waarop gebruik gemaakt kan worden van de opvolgingsfaciliteiten.

Onderdeel	Kan gebruik gemaakt worden van de opvolgingsfaciliteiten?
Makelaardij en Beheer	Zeker
Hypotheke	Zeker
Verzekeringen	Zeker
Vier kantoren in andere B.V. onder dezelfde holding	Zeker
Projectontwikkeling	Zeer waarschijnlijk
BOG-portefeuille aan derden verhuurd	Zeer waarschijnlijk niet
Woning-portefeuille aan derden verhuurd	Waarschijnlijk wel

#### 4.4 Aanbevelingen

In deze paragraaf zal antwoord gegeven worden op de vierde deelvraag. Hoe kan geanticipeerd worden op de huidige regels en te verwachten toekomstige wijzigingen?

Bedrijfsonderdelen voor wat betreft de pure bedrijfsactiviteiten in Makelaar en Beheer, Verzekeringen en Hypotheken die zeker onder de opvolgingsregelingen vallen kunnen gebruik maken van de faciliteiten van de BOR en de DSR. Voor de aan onszelf verhuurde kantoren geldt dit ook, met toevoeging van de vrijstelling overdrachtsbelasting. Op de laatste regeling zijn geen wijzigingen aangekondigd. Onder de huidige regelgeving geldt onder de BOR een vrijstellingspercentage van 83% voor bedragen boven 1,2 miljoen euro. Voorgesteld is om dit percentage te verlagen naar 70%. Wel zal het bedrag waarop dit percentage van toepassing is, worden verhoogd van 1,2 miljoen euro naar 1,5 miljoen euro. Onder dit percentage geldt een vrijstelling van 100%. Het verdient aanbeveling uit te zoeken wat de waarde is van de onderneming (inclusief kantoren) en dit toe te passen op de wijzigingsvoorstellen. Hierbij dient ook de verdwijning van de beleggingsvrijstelling van 5% over het ondernemingsvermogen in de overwegingen meegenomen te worden. Mogelijk kan het lonen om de bedrijfsoverdracht te versnellen, of een groter dan eerder gepland deel van de onderneming over te dragen. Het is in bepaalde gevallen ook mogelijk dat de wijziging gunstig zal uitpakken voor ondernemingen. In dat geval kan mogelijk beter even worden gewacht. Wel dient opgemerkt te worden dat het nog niet zeker is dat de wijzigingen daadwerkelijk in huidige vorm doorgaan. Het is dus goed om voorbereidingen te treffen met het oog op de beoogde wijzigingen. Wanneer de exacte bedragen bekend zijn, is een overweging te maken of het de moeite waard is om bedrijfsopvolging te versnellen, of uit te stellen. Belangrijk is dat er in dat geval een plan ligt, zodat bij duidelijkheid snel gehandeld kan worden. Denkbaar is dat snel handelen nodig is om nog onder de huidige regelgeving te kunnen vallen. De daadwerkelijke uitvoering kan plaatsvinden nadat duidelijk wordt dat de wijzigingen definitief ingaan.

Voor het aan derden verhuurd vastgoed is de opvolgingsregelingen in de toekomst waarschijnlijk niet meer van toepassing. Dit geldt zowel voor de BOG-portefeuille als de woningportefeuille. De BOG-portefeuille valt nu waarschijnlijk al buiten de reikwijdte van de opvolgingsregelingen, maar de woning-portefeuille kan hier nu waarschijnlijk nog wel gebruik van maken. Wanneer de woning-portefeuille versneld zal worden geschonken, is de uitkomst toch onzeker. In dit paper zijn goede argumenten benoemd waarom de woningportefeuille kwalificeert als materiële onderneming, maar de uitkomst hiervan is niet



gegarandeerd. Het is goed mogelijk dat de fiscus zich op een ander standpunt zal stellen. De wil om de woningportefeuille versneld over te laten gaan ontbreekt en zelfs als die wil er wel zou zijn is de vraag of de fiscus voldoende duidelijkheid kan geven voor het moment van het ingaan van de beoogde wijzigingen. Het is waarschijnlijk dat de fiscus zich op een ander standpunt zal stellen. Een levering onder een opschortende voorwaarde zou uitkomst kunnen bieden. Het nadeel is dat over zekerheid of de opvolgingsregelingen van toepassing zijn, waarschijnlijk lang geprocedeerd zal moeten worden. Omdat een belastingclaim groot is, zal dit de investeringen van de onderneming gedurende een dergelijk proces gijzelen. Daarom ben ik van mening dat de opvolgingsregelingen ongeschikt zijn voor toepassing op de woningportefeuille. De gevolgen van het niet kwalificeren als materiële onderneming zijn te groot en de uitkomst laat te lang op zich wachten. Daarom de aanbeveling om andere manieren te zoeken om middelen fiscaalvriendelijk over te laten gaan en daarmee de investeringscapaciteit van de onderneming niet aan te tasten.

Voor de ontwikkelingsactiviteiten geldt dat die ook getroffen worden door een lager vrijstellingspercentage. De activa in deze categorie zullen al snel de vrijstelling van de BOR overschrijden. De wens is om na de ontwikkelingen het ontstane vastgoed te verhuren. De eigenaar heeft echter aangegeven dat hij in dit stadium liever geen afstand neemt van vastgoed. Dit bedrijfsonderdeel vergt veel kennis, waar ik als opvolger nog graag eerst meer over wil leren. Weliswaar tegen een ander vrijstellingspercentage lijkt ook na de beoogde wijzigingen de BOR en DSR op dit onderdeel van toepassing. Dit lijkt een middel om in de toekomst het investeringsvermogen van de onderneming in stand te houden. Aanbeveling is de volgende route nader te onderzoeken: Wanneer werkelijk het doel is vermogen te schenken, dan kunnen bestaande activa in de vorm van aan derden verhuurd vastgoed worden verkocht. De liquide middelen kunnen worden aangewend om nieuwe ontwikkelactiviteiten mogelijk te maken. Tijdens de ontwikkelfase kan vermogen binnen de opvolgingsregelingen worden overgedragen. Voordeel is dat dit ook opgaat voor de BOG-objecten, die waarschijnlijk nu al niet kwalificeren als materiële onderneming. Nadeel van deze constructie is dat deze route planning, actief handelen en tijd vereist. Wanneer aan derden verhuurd vastgoed per definitie daadwerkelijk niet meer kwalificeert als belegging, is voor die portefeuille bedrijfsopvolging zonder grote belastingaanslag onvermijdelijk. Planning is dus belangrijk. Bij deze route is passief wachten op vererving geen optie.

Een andere optie is te onderzoeken of de middelen geïnvesteerd kunnen worden in activa die wel kwalificeren voor de opvolgingsregeling. Denk bijvoorbeeld aan investeringen in het buitenland met betere opvolgingsfaciliteiten, of andere investering categorieën die wel kwalificeren als materiële onderneming. De denken valt aan de ontwikkeling van bijvoorbeeld een hotel, waarbij na oplevering ook de exploitatie door ons bedrijf zal worden gedaan. Het grote nadeel voor ons is dat wij in buitenlandse investeringen en in andere investeringscategorieën zoals hotels geen kennis en ervaring hebben. Daarbij is er geen synergie of verwevenheid met de rest van onze onderneming, waarbij alles wat samenhangt met “wonen” onze corebusiness is.

#### 4.5 Antwoord op de hoofdvraag

Met alle hiervoor beschreven informatie kan nu antwoord gegeven worden op de hoofdvraag: Hoe kunnen vastgoed gerelateerde bedrijven met verhuurd vastgoed anticiperen op huidige en toekomstige ontwikkelingen rondom de BOR?

Voor bedrijven met vastgoed dat aan de eigen ondernemingen verhuurd wordt verandert voor de toepassing van de opvolgingsregelingen weinig. Wel veranderen de

vrijstellingspercentages en het vrijstellingsbedrag. De vrijstelling van het beleggingsvermogen ten hoogte van 5% van het ondernemingsvermogen lijkt tevens te verdwijnen. Tevens verandert de mogelijkheid van het gebruik van de BOR tot reguliere aandelen met een minimaal belang van 5%. Dit kan voor bedrijven met een verwaterd aandelenkapitaal van belang zijn. Ik raad ondernemingen met opvolgingswensen aan om te inventariseren wat de gevolgen van de wijzigingen voor hen betekenen. Na de inventarisatie kan een afweging gemaakt worden of een versnelling van bedrijfsopvolging lonend is. Wanneer dat het geval is, verdient de aanbeveling om een plan hiervoor te maken, maar met de uitvoering te wachten totdat de uitkomst van de wijzigingen definitief zijn. Zo kan eventueel nog bijgestuurd worden. Bij definitieve vaststelling kan wel snel geanticipeerd worden.

Bedrijven met aan derden verhuurd vastgoed zouden kunnen overwegen bedrijfsoverdracht te versnellen. De overdracht zou dan plaats kunnen vinden tussen het moment dat de wijzigingen definitief worden tot het moment waarop de wijzigingen in gaan. Ook daarvoor geldt de nodige voorbereiding, waardoor het raadzaam is om nu al een plan te maken. Bij deze beslissing moeten bedrijven in overweging nemen dat bij een bedrijfsoverdracht met aan derden verhuurd vastgoed een discussie met de fiscus aannemelijk is, wanneer van de opvolgingsfaciliteiten gebruik zal willen worden gemaakt. Deze route is dus eigenlijk alleen geschikt voor bedrijven zeker zijn dat zij met het aan derden verhuurd vastgoed een materiële onderneming vormen en/of wanneer een eventuele aanslag goed betaald kan worden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het aan derden verhuurd vastgoed maar een klein onderdeel van de totale onderneming betreft. Het is waarschijnlijk dat een beroep op de opvolgingsregelingen, zoals de BOR bij aan derde verhuurd vastgoed, niet zomaar wordt geaccepteerd. Voor vermogensbestanddelen die buiten de BOR vallen volgt een forse belastingaanslag. De combinatie van onzekerheid en de mogelijk hoge belastingdruk maakt dat bedrijven met veel aan derden verhuurd vastgoed zich moeten vragen of de BOR voor hen wel de juiste regeling is om vastgoed over te dragen. Wanneer de wens bestaat wel gebruik te maken van de BOR dient de onderneming zich voor te bereiden op een discussie met de fiscus en een gang naar de rechter. Een proces kan lang duren en de gevolgen van het verliezen van het proces zijn, door de hoge belastingdruk, groot. Gedurende de onzekerheid is het waarschijnlijk dat de beslissing inzake bedrijfsinvesteringen jarenlang worden beïnvloed.

Voor veel bedrijven met opvolgingswensen zal het nuttiger zijn om op zoek te gaan naar andere oplossingen. In dat geval zal men zich moeten afvragen of investeren in verhuurd vastgoed in Nederland nog wel een goede investeringsbeslissing is. Overwogen kan worden om over te gaan tot verkoop van deze investeringscategorie en de opbrengsten te investeren in categorieën die evident vallen onder de opvolgingsregeling. Een andere mogelijkheid is te investeren buiten Nederland in een land met fiscaal vriendelijkere opvolgingsfaciliteiten of met legale constructies belastingheffing te ontgaan.

## Hoofdstuk 5 Reflectie, eigen mening en voorstel tot alternatieve wijze van belastingen

Hoewel ik me ervan bewust ben dat de beantwoording van de laatste deelvraag los staat van de hoofdvraag, voel ik toch een behoefte om mijn eigen mening in dit paper op te nemen. De bedrijfsopvolgingsregelingen en de beoogde wijzigingen hebben op ons bedrijf en daarmee op mij als opvolger grote impact. Op sommige punten vind ik de regeling niet erg eerlijk en ook ondoordacht. De manier en het gemak waarop een wijziging wordt aangekondigd inhoudende dat “aan derden verhuurd vastgoed” plotseling niet meer zou kwalificeren als materiële onderneming en dus buiten de opvolgingsregelingen zou vallen getuigt eerder van afgunst dan van het oplossen van werkelijke problemen. In mijn eerdere hoofdstukken ben ik zeer terughoudend geweest in het geven van mijn eigen mening en heb ik getracht een op juridische punten goed onderbouwd paper te schrijven. Toch hoop ik aan de lezers van dit paper met dit hoofdstuk mijn eigen invalshoek over te brengen.

### 5.1 “Beleggen” of “ondernemen” versus “investeren” of “consumeren”, een alternatieve wijze van belastingen

Vanuit ondernemersperspectief is het vreemd om binnen een VPB-plichtige onderneming onderscheid te maken tussen beleggen en ondernemen. Ook bij het uitbreiden van een onderneming gaat het de ondernemer om rendement. In beide gevallen gaat het bij familiebedrijven om investeringen met “duurzaam overtollige middelen” waar de MvT over lijkt te spreken (Kamerstukken II, 2008/2009 31930 nr. 3). Wanneer geen of onvoldoende rendement verwacht wordt, zal de investering of belegging niet doorgaan. Ondernemers moeten ten aanzien van de opbrengsten van een onderneming kiezen wat zij met die opbrengsten wensen te doen. Gebruikelijk is dat een deel van de opbrengsten na belastingheffing privé aangewend worden om in het levensonderhoud te voorzien. Daarboven geldt dat de keuze gemaakt kan worden om extra vermogen privé aan te wenden om luxer te leven, of daarvan af te zien om de opbrengsten in het bedrijf “te laten zitten” en aan te wenden om de onderneming verder te laten groeien.

Graag maak ik bij het schrijven van dit paper van de mogelijkheid gebruik om een alternatief belastingregime voor te stellen voor B.V.’s.

Ik ben van mening dat voor het begrip “bedrijfsvermogen” ook voor de erf- en schenkbelasting aangesloten moet worden bij art. 2 lid 6 Wet VPB 1969. Dit houdt in dat B.V.’s geacht worden onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen. De opvolgingsfaciliteiten gelden dan ook voor de investeringen die nu nog gelden onder “beleggingsvermogen”. De hoogte van de erf- of schenkbelasting die na toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt geheven (3,4%) lijkt momenteel geen problemen te geven. Deze kan worden gehandhaafd. Dit geldt ook voor het uitstel van de AB-heffing bij schenking of vererving, door gebruik te maken van de huidige DSR, zolang dit voor het gehele vermogen geldt dat zich in de B.V. bevindt.

In een verdergaande vorm kan worden overwogen de overdracht van aandelen in B.V.’s vrij te stellen van schenk- en erfbelasting, wanneer bedrijfsopvolging plaatsvindt zonder bij de overdracht middelen aan de B.V. worden onttrokken, zoals bij schenking en vererving het geval is. De doorschuifregeling kan in zijn geheel intact blijven, waarbij pas afgerekend hoeft te worden bij toekomstige verkoop. Belastingheffing vindt plaats bij onttrekking van middelen aan de B.V. (inkomstenbelasting) of bij verkoop van de aandelen, waarbij de door de DSR doorgeschoven belasting wel betaald moet worden.

Om te voorkomen dat misbruik gemaakt kan worden van de regeling, door in het zicht van een vererving of schenking privévermogen in te brengen in een B.V., zou men wederom aansluiting kunnen zoeken bij een variant op art. 2 lid 6 Wet VPB 1969. Dit houdt in dat B.V.'s geacht worden onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen, waarbij gedacht kan worden aan het via de IB belasten van het onttrekken van gelden die eerder door erflaters of middels stortingen vanuit privé aan de B.V. zijn verricht. Over toekomstige onttrekkingen zal dan IB moeten worden betaald, ook als de schenker of erflater deze middelen zelf vanuit privé heeft ingebracht. De tarieven hoeven daar niet voor te worden gewijzigd. De schenk- of erfbelasting ouder-kind zijn eerder in dit paper besproken en bedraagt nu over de eerste €138.641,- 10% en daarboven 20%. De AB-heffing bedraagt momenteel 26,9% (art. 2.12 Wet IB 2001). Dit voorkomt oneigenlijk gebruik door een storting kort voor het moment van schenking of vererving, die kort daarna weer kan worden onttrokken. Op basis van de antimisbruikbepaling zal over die onttrekking belasting worden geheven. Eventueel kan worden nagedacht over een antimisbruikbepaling voor niet-kinderen, waar de erf- of schenkbelasting kan oplopen tot 40%.

Beleggingen die dienstbaar zijn aan bijvoorbeeld een B.V. zijn per definitie dienstbaar aan die onderneming. De B.V. is namelijk rechthebbende op de winsten die met een belegging worden gerealiseerd en wanneer een belegging wordt verkocht, komt dit ook toe aan de onderneming. Een B.V. met aan derden verhuurd vastgoed zal de revenuen weer kunnen gebruiken om de B.V. te laten groeien. Ook zorgt de kasstroom dat de continuïteit van de onderneming wordt versterkt. De kasstroom kan in slechte tijden worden aangewend om de vaste kosten te betalen. Zo lang er geen vermogen naar privé wordt gehaald, is het logischer al het vermogen van de B.V. te beschouwen als ondernemingsvermogen. Een ondernemer zal dit doorgaans zelf zien als een investering in de onderneming. De huidige regelgeving doet dit niet en dit levert soms vreemde situaties op. Het is zelfs denkbaar dat dat beslissingen die voor de ondernemer eigenlijk als belegging worden beschouwd, gelden als ondernemingsvermogen. Wanneer bijvoorbeeld een ondernemer, zoals een bakker, zijn winkelruimte koopt, is een vaak gehoorde overweging dat hij daarmee iets opbouwt voor later. Veel ondernemers verhuren hun winkel na hun pensioen. Deze mogelijkheid speelt bij de aankoopbeslissing vaak een belangrijke rol. Het beleggingsmotief is dan (mede) beslissend voor de aankoop. Dit maakt de huidige fiscale regels niet in overeenstemming met de motieven die ondernemers bij hun investeringsbeslissingen hebben. Mede daarom ben ik van mening dat onderscheid gemaakt moet worden tussen investeren en consumeren. Bij investeringen valt de onderneming onder het betreffende VPB-tarief. Wanneer B.V.-vermogen wordt onttrokken ten gunste van de erfgenaam of begunstigde schenker in privé dan geldt dat hierover inkomstenbelasting moet worden betaald. Dit is eenvoudig te implementeren. Laat art. 2 lid 6 Wet VPB 1969 van toepassing zijn op de opvolgingsregelingen. Of kapitaal in een belegging of bedrijfsuitbreiding gestoken wordt, zou dus los moeten staan van de opvolgingsregelingen. Bepalend zou moeten zijn of de midden voor privédoeleinden (consumeren) of voor B.V.-doeleinden (investeren) wordt gebruikt. De ondernemer doet investeringen immers primair uit bedrijfsbelang. Zolang hij geen middelen aan de B.V. onttrekt zou dit moeten kwalificeren als bedrijfsvermogen. Pas als gelden worden aangewend om er privé iets mee te doen, dan vervalt het zakelijke karakter. Winsten worden belast door de VBP, onttrekkingen worden belast door de IB.

## 5.2 Rechtszekerheid en ontlasting belastingdienst

Het voordeel van het belasten van onttrekkingen is dat de regelgeving verregaand wordt eenvoudig. Ondernemers weten voor hun investeringsbeslissingen waar zij aan toe zijn. Dit

bevordert de rechtszekerheid. De complexiteit binnen de bestaande regelgeving zorgt ervoor dat een groot aandeel van de capaciteit van de hoogopgeleide specialisten binnen de belastingdienst wordt gebruikt voor de BOR en de DSR. De voorgestelde belastingregeling is niet complex. Hierdoor komt (hoogwaardige) capaciteit vrij bij de belastingdienst.

### 5.3 Belastingopbrengsten

De voorgestelde regeling zal op korte termijn slecht zijn voor de schatkist. De DRS blijft van toepassing, maar op het gebied van erf- en schenkbelasting zal minder belastinginkomsten worden geheven. De omvang van dit probleem lijkt zeer beperkt. Zoals in hoofdstuk 1 al aan de orde kwam, is de belastingheffing op dit onderdeel goed voor minder dan 1% van de totale belastinginkomsten van Nederland. Het exacte bedrag van de te missen belasting is moeilijk te bepalen, maar het zal altijd minder zijn dan de gehele opbrengst aan schenk- en erfbelasting. Daartegenover staat dat de VPB in dit scenario hoger zal blijven dan nu het geval is. De gemiste erf- en schenkbelasting blijft nu binnen de B.V.. Over het rendement dat de B.V. op dit vermogen maakt, zal VPB worden afgedragen. Een nadere studie zal moeten uitwijzen of de schatkist met de voorgestelde regeling op lange termijn daadwerkelijk slechter af is. Voor eventuele budgettaire dekking zou gekeken kunnen worden naar een verhoging van het tarief voor onttrekkingen van middelen aan de B.V. (box 1 of box 2) of een verhoging van het VPB. Een alternatief is te kijken naar het Nationaal Groeifonds.

### 5.4 “Windfall Gain”, onttrekkingen en de B.V.

De belangrijkste rechtvaardigingsgronden voor het belasten van schenkingen en erfenissen is de gedachte dat een erfenis gezien kan worden als een “windfall gain” (Bruggeman, 2021 met een verwijzing naar Oliemans et al., 2008). Aan een erfenis staat immers geen tegenprestatie, zoals arbeid, ondernemerschap of het op andere wijze van het nemen van risico tegenover. Erf- en schenkbelasting is een middel om iets te doen tegen de vermogensongelijkheid in Nederland (Ministerie van Financiën, 2020). Betoogd kan worden dat door ontvangst van aandelen in een B.V. door middel van schenking of vererving de ontvanger, zonder enige vorm van het verrichten van arbeid, ondernemerschap of het nemen van risico, wordt bevoordeeld ten opzichte van de positie die de ontvanger voor de schenking of vererving had. Hierdoor wordt het heffen van belasting gerechtvaardigd. Hierbij wordt echter voorbijgegaan aan het moment van de reële bevoordeling van de ontvanger. Weliswaar ziet de ontvanger de waarde van zijn totale bezittingen toenemen, omdat hij nu ook rechthebbende is op de B.V. en de waarde die deze vertegenwoordigt. Een B.V. is echter een kapitaalvennootschap. Het privévermogen en het vermogen van de B.V. blijven afgezonderd van elkaar. Zolang geen vermogen aan de B.V. wordt onttrokken en aandelen van de B.V. niet worden verkocht, bestaat feitelijk geen merkbare bevoordeling voor de ontvanger. Het schenken of vererven is niet het moment dat de “windfall gain” optreedt. Bevoordeling van de ontvanger zelf treedt pas op wanneer middelen aan de B.V. worden onttrokken, of wanneer de aandelen worden verkocht. Dit is ook pas het moment dat ongelijkheid optreedt. Niet door het in bezit hebben van de aandelen, maar door de onttrekking van middelen aan de B.V. kan de ontvanger zich uitgaven veroorloven die voor onttrekking niet mogelijk waren. Het is de onttrekking van middelen aan de B.V. die de ontvanger zonder tegenprestatie zoals arbeid, ondernemerschap of het op andere wijze nemen van risico doet genieten van de schenking of vererving en niet de ontvangst van de aandelen zelf. Het is de onttrekking van middelen aan de B.V. die de ontvanger in een betere positie brengt dan alle anderen die zelf geen baat hebben bij de onttrekking van middelen aan de B.V.. Het is dus ook de onttrekking van middelen aan de B.V. die voor ongelijkheid zorgt en niet de ontvangst van de aandelen. Ik pleit daarom dan ook voor een opvolgingsregeling waarbij pas belasting geheven wordt bij de onttrekking van middelen aan kapitaalvennootschappen en niet bij de vererving of schenking hiervan.

Wanneer het vermogen van de B.V. na ontvangst van de aandelen toeneemt, dan zal de ontvanger wel een tegenprestatie hebben geleverd zoals arbeid, ondernemerschap of het op andere wijze nemen van risico. Een eventuele waardevermeerdering van de B.V. hoeft dus niet extra te worden belast.

#### 5.5 De voorgestelde regeling en liquiditeitsproblemen

Door de opvolgingsregeling in te richten conform mijn voorstel wordt ook de problematiek rondom liquiditeit opgelost. Wanneer middelen aan een B.V. worden onttrokken, betreft dit doorgaans liquide middelen. Bij een onttrekking in liquide middelen zal belastingheffing dus zonder liquiditeitsproblemen kunnen plaatsvinden. De belastingafdracht is simpelweg een percentage over wat al klaar staat om uitgekeerd te worden. Er hoeft dus geen geld te worden geleend of bezittingen te worden verkocht. De liquide middelen staan al klaar. De B.V. wordt in zijn omvang of voorzetting niet geschaad. Het is bij onttrekking van middelen aan de onderneming immers al de bedoeling dat deze middelen de B.V. zullen verlaten.

Voor de volledigheid merk ik op dat de DRS intact zal blijven. Bij schenking of vererving worden geen middelen aan de B.V. onttrokken. De AB-heffing zou pas geheven moeten worden bij het onttrekken van de middelen aan de onderneming, of in het geval de aandelen van de B.V. worden verkocht. Voor belastingheffing zou dus niet het staken van de voortzetting de onderneming door de oude eigenaar het belastbare feit moeten zijn. Bij het schenken of door het overlijden komen geen extra liquide middelen vrij. Het gaat om het vrijkomen van de geldstroom die naar een privépersoon die zou moeten worden belast. Zo blijft de AB-heffing bij schenking of vererving achterwegen, maar wordt geactiveerd wanneer de ontvanger de aandelen verkoopt of middelen aan de onderneming onttrekt.

#### 5.6 Vergelijking met pensioenfondsen

Een argument voor belastingheffing bij vererving is dat de ontvanger nooit enige moeite voor het te ontvangen vermogen heeft hoeven doen. Deze “windfall gain” treedt bijvoorbeeld ook op bij de deelnemers van pensioenfondsen. Deelnemers leggen pensioenpremie in, welke wordt belegd. Bij een vroegtijdig overlijden van een deelnemer volgt in beginsel geen vererving van de aanspraken naar de erfgenamen van de deelnemer. De ingelegde premie komt samen met de opgebouwde rendementen toe aan alle andere pensioenfondsdeelnemers. Hier is voor de andere pensioenfondsdeelnemers ook sprake van enige mate van “windfall gain”. Bij pensioenfondsen vindt bij het overlijden van een deelnemer geen belastingheffing plaats over de door de overledene afgedragen pensioenpremie en het rendement, wat nu aan de andere deelnemers toekomt. Belastingheffing vindt plaats bij de pensioenuitkeringen (onttrekkingen), waardoor de deelnemers middels IB aangeslagen worden. Deelnemers die, bijvoorbeeld door ouderdom, meer (of langer) pensioen ontvangen dan andere deelnemers, betalen hierdoor ook meer belasting. Hier zit een parallel met mijn voorstel. Ik pleit er voor dat bij B.V.’s niet het vererven wordt belast, maar dat belastingheffing plaatsvindt bij het onttrekken van middelen aan de B.V..

#### 5.7 Vergelijking met overdrachten met een koopsom

B.V.’s worden bij de schenking of vererving onder de huidige regelgeving fors belast wanneer vermogensobjecten kwalificeren als een belegging. Investerings die als belegging kwalificeren kunnen wel gewoon door bedrijven worden gedaan, waarbij de opvolging op een andere wijze plaatsvindt. Gedacht kan worden aan de situaties dat een koopsom voor de aandelen wordt betaald.

Bedrijfsopvolging vindt bij beursgenoteerde N.V.'s middels aandelenhandel continu plaats. Tegen de verkrijging van aandelen staat een koopsom tegenover waardoor van schenking of vererving geen sprake is.

Een koper van een aandeel in een N.V. kan dat aandeel betalen, anders kan deze het niet kopen. Indien geen opvolgers bestaan die de aandelen tegen een bepaalde koers willen kopen, daalt de koers net zo lang tot dat kopers wel bereid zijn om te kopen. Er is dus altijd een opvolger die genoeg liquide middelen bezit om het aandeel tegen een marktconforme prijs te kopen.

Het maakt daarbij niet veel uit wie de uiteindelijke koper is van een aandeel op de beurs. Het vermogen van de N.V. zelf blijft onaangetast.

Dit werkt anders bij een familiebedrijf. De ontvangende partij is vaak jarenlang klaargestoomd om als opvolger te dienen. Doorgaans is de opvolger zelf niet liquide genoeg om een koopsom te betalen. Het belangrijkste vermogen dat de opvolger doorgaans heeft, is de onderneming die hij heeft ontvangen. Wanneer de dan verschuldigde schenk- of erfbelasting voldaan wordt met middelen uit de onderneming, verslechtert de positie van de onderneming. Dit geldt zowel in de gevallen dat liquiditeiten worden onttrokken aan de onderneming, als de gevallen dat vreemd vermogen wordt aangetrokken, of bezittingen worden verkocht. De (fiscale gevolgen van de) overdracht van een aandeel van een N.V. waar een koopsom tegenover staat, wordt doorgaans niet bekostigd door de onderneming zelf. Het vermogen blijft daarmee ook na eigendomsoverdracht binnen de B.V. intact.

Om de gevolgen voor ondernemingen zoveel mogelijk hetzelfde te houden, dient bij de overdracht door vererving of schenking van B.V.'s gekozen te worden voor een wijze van belastingheffing waarbij de belastingdruk het moment van overdracht sterk wordt gereduceerd, of achterwege blijft. Dit is in mijn voorstel het geval.

Echter, betoogd zou kunnen worden hoe erg het is als een onderneming (onderdelen) zou moeten verkopen, teneinde de erf- en schenkbelasting te kunnen betalen. Net als bij een N.V. zal er altijd een koper zijn die bereid is om een koopsom te betalen. Hiermee kan de belastingaanslag worden voldaan. Een koper kan, net als een familiebedrijf, een bedrijfsonderdeel voortzetten, met behoud van economische activiteiten en werkgelegenheid. Dit geldt ook voor beleggingen, zoals een verhuurde woning. Een andere belegger kan die activiteit goed voortzetten. Formeel kan op deze wijze de continuïteit voor zowel de onderneming als voor het overgenomen bedrijfsonderdeel worden gewaarborgd. Toch wordt het, zoals al eerder in dit paper aan de orde kwam, onwenselijk ervaren dat een (onderdeel van) familiebedrijf dat al decennialang in handen is van een familie, zou moeten worden verkocht, terwijl bij overdracht door schenking of vererving nog geen waarde verzilverd wordt (Kamerstukken II, 2008-2009 31930 nr. 40). Het voorkomen van verkoop van delen van de onderneming is formeel geen doel van de BOR, maar dergelijke verkopen worden wel onwenselijk geacht (CPB, 2022).

Hier kan aan toegevoegd worden dat investeringsbeslissingen anders kunnen uitpakken als de toekomstig erflater of schenker weet dat zijn investeringen voor een belangrijk opgaan aan belastingen in plaats van naar diens beoogd opvolger (vaak diens kinderen). Ik denk dat het een belangrijke impact kan maken op de investeringsbeslissingen van een onderneming in de laatste jaren voorafgaand aan de schenking of vererving. Opvolgers (kinderen) kunnen voor ondernemers een belangrijke drijfveer zijn om zich langer voor een onderneming in te spannen. Uit de gesprekken die ik met mijn ouders heb gehad, valt af te leiden dat zij het nog

steeds mooi vinden om in ons familiebedrijf te werken, in de wetenschap dat ik zelf plezier in heb om het bedrijf voort te zetten. In de gevallen dat hun inspanningen voor een belangrijk deel worden weg belast bij de overdracht van de onderneming, zal het voor hen aantrekkelijker zijn om bijvoorbeeld eerder te stoppen met werken, of gelden aan de onderneming te onttrekken voor privédoeleinden. Een gunstig overdracht klimaat zorgt ervoor dat het ook voor de schenker of erflater aantrekkelijk is om middelen in de B.V. te laten zitten. Hiermee blijven de bedrijfsactiviteiten van de onderneming op pijl, met behoud aan economische activiteiten en werkgelegenheid.

#### 5.8 Tekort aan huurwoningen en de kwalificering belegging voor "aan derden verhuurd vastgoed"

In Nederland is een groot tekort aan sociale en middensegment huurwoningen. De Nederlandse Vereniging van Banken heeft in haar consultatiereactie op de Wet Betaalbare huur er nadrukkelijk voor gepleit bij uitstek privaat kapitaal zoals het kapitaal van familiebedrijven aan te wenden om de woningtekorten op te lossen (NVB, 2023). Het financieel klimaat om te investeren in huurwoningen is recent fors verslechterd. Zo zijn de rentes fors opgelopen. In januari 2022 bedroeg de 3-maands Euribor bijvoorbeeld nog -0,57%. Inmiddels is dit opgelopen tot 3,96% (Global Rates, 2023). Dit zorgt ervoor dat vastgoedeigenaren bij de (her)financieren te maken krijgen met fors hogere kosten. Dit resulteert in een forse afname van de verkopen van nieuwe huurwoningen aan bijvoorbeeld pensioenfondsen en verzekeraars. Ook wordt de onzekerheid bij beleggers vergroot door (de voorstellen tot) regulering van de middenhuur (NEPROM, 2023). Deze ontwikkelingen zorgen ervoor dat het voor marktpartijen moeilijker kan zijn om nieuwe huurwoningen aan te bieden. Het gaat de reikwijdte van dit paper te buiten om een opsomming te geven van alle maatregelen die genomen kunnen worden om tot een groter aanbod aan huurwoningen te komen. Ik ben wel van mening dat familieondernemingen een (bescheiden) rol kunnen spelen in de bijdrage van het aanbieden van huurwoningen. Voorgesteld is echter dat aan derden verhuurd vastgoed niet meer kwalificeert als materiële onderneming. De rol van familiebedrijven bij het aanbieden van huurwoningen zal ernstig worden beperkt, wanneer de mogelijkheid tot gebruik van de opvolgingsregelingen wordt ontnomen.

Aan derden verhuurd vastgoed zou niet meer kunnen kwalificeren als materiële onderneming. Ik vind dit een vreemde fictie. Is het dan überhaupt onmogelijk om een materiële onderneming te drijven met activiteiten gelijk aan bijvoorbeeld een woningcorporatie? Het is vreemd dat men per definitie geen onderneming meer kan maken van het verhuren van onroerend goed en dat wel kan met andere vermogensobjecten zoals auto's. Daarnaast kan men zich afvragen of de termijn tussen het aankondigen van de wetwijziging en de beoogde implementatie een rechtstaat waardig is. Het rendement op vastgoed is relatief laag en daarmee is de terugverdiëntijd lang. De beslissing om te wel of niet investeren in een project hangt doorgaans af van de doorrekening van de cashflow van dit project over een groot aantal jaren, al dan niet gevolgd door uitponding. Investeringsbeslissingen worden gemaakt aan de hand van berekeningen waarin het vaak voorkomt dat het vastgoed voor een periode tussen de 30 en 50 jaar wordt aangehouden. Bij verhuurd vastgoed zit het vermogen vast. Om het liquide te maken, dient het vastgoed te worden verkocht. In verband met huurbeschermingsregels zal moeten worden overgegaan tot de verkoop in verhuurde staat. Verhuurde woningen brengen in verhuurde staat minder op dan leeg. Hierdoor kunnen ondernemers niet op de wijziging anticiperen. De belasting bij bedrijfsopvolging is fors. De plotselinge wijziging zonder overgangsrecht strookt niet met wat men van een zorgvuldige overheid in een rechtstaat mag verwachten. Dit brengt de rechtszekerheid in gevaar.



## 5.9 Aanbeveling aan de Tweede Kamer

Bij de behandeling van de beoogde wijziging van de bedrijfsopvolgingsregelingen raad ik de Tweede Kamer aan zichzelf de vraag te stellen wat in algemene zin met de fiscale regels wil bereiken. Gaat het bij de problemen van erf- en schenkbelasting alleen maar om liquiditeiten? Of wordt het voortzetten van de activiteiten binnen de huidige eigenaren ook wenselijk geacht? Wat is het moment dat ongelijkheid zou moeten worden bestreden? Is een regeling mogelijk dat niet de overdacht, maar juist de onttrekkingen belast? Een beter doordachte regeling m.b.t. vastgoed en bedrijfsopvolging kan ervoor zorgen dat het kapitaal van familieondernemingen aangewend kan worden voor economische activiteiten en werkgelegenheid in Nederland. Tevens wordt een belemmering weggenomen die familiebedrijven kunnen ervaren bij het investeren in huurwoningen. Dit vergroot de mogelijkheden die familiebedrijven op dit gebied hebben om een (bescheiden) bijdrage leveren aan de bestrijding van het huurwoningtekort in Nederland. Het laten varen van het onderscheid tussen “beleggen” en een “materiële onderneming” kan veel rechtsonzekerheid wegnemen. Daarbij kan belangrijke capaciteit bij de belastingdienst worden vrijgespeeld. Budgettair is de erf- en schenkbelasting van gering belang, daar zal een efficiënte invulling niet van af mogen hangen!

## Literatuurlijst

### Literatuur

ABN AMRO (2020), Schenken en nalaten na emigratie, 5 augustus 2020, geraadpleegd op 25 september 2023 <https://financialfocus.abnamro.nl/expertise/schenken-nalaten-buitenland/>

Adriaansens, O.P.M. en Rozendal, A. (2014a), Vastgoed-bv's en bedrijfsopvolging bij schenking en vererving, Vastgoed Fiscaal en Civiel, 2014/49.

Adriaansens, O.P.M. en Rozendal, A. (2014b), Bedrijfsopvolging en vastgoed, WFR 2014/1215.

AlterA (2023), Huurders, geraadpleegd op 28-06-2023 <https://www.alteravastgoed.nl/contact/huurders/>

Altena (2023), Nationale fiscaliteit, WFR 2023/176.

Franken, R.H.A., Gijlswijk, van M.J.A.M., Sar van der, R.G.J., Steeghs, P.J.Th.M., Tiggelaar-Klootwijk. (2022), Y.M., Hoofdzaken bedrijfsopvolging, Deventer: Wolters Kluwer.

Albert, P.G.H. (2015), Deelname aan het economische verkeer, NTFR 2015/349.

Albert, P.G.H. (2023), Geldt voor uitbreiding gerechtigheid tot een objectieve onderneming een nieuwe bezitstermijn voor de BOR?, WFR 2023/172.

Berkhout, T.M. (2010), Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed, NTFR 2010/1225.

Berkhout, T.M. en Hoogeveen, M.J. (2015), Falsificeerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten, WFR 2014/4.

Berkhout T.M. (2022), Hoge Raad slaat piketpaaltjes voor ondernemen en niet ondernemen in vastgoed, Vastgoed Fiscaal en Civiel, 2022/1.

Belastingdienst (2016), 9 december 2016, Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.

Berendsen, L. (2022), Notarissen en adviseurs: beperk fiscale voordelen bedrijfsopvolging, FD, 20 september 2022, geraadpleegd op 21-04-2023

<https://fd.nl/politiek/1451838/notarissen-en-adviseurs-beperk-fiscale-voordelen-bedrijfsopvolging-jud3caZkpI2A>

Borgdorff.nl (2023), Onze geschiedenis, geraadpleegd op 23-06-2023 <https://www.borgdorff.nl/over-ons/>,

Bruggeman, M.E. (2021), Vermogend voor een prikje, Masterscriptie Fiscale economie, Erasmus Universiteit Rotterdam

CBS (2020), Familiebedrijven in Nederland, 2020

[https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/aanvullende-statistische-diensten/2022/familiebedrijven-in-nederland-](https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/aanvullende-statistische-diensten/2022/familiebedrijven-in-nederland-2020?onpage=true#:~:text=Nederland%20telt%20285%20duizend%20familiebedrijven,duizend%20niet%20in%20familie%20Deigendom,geraadpleegd%20op%2016-01-2023)

[2020?onpage=true#:~:text=Nederland%20telt%20285%20duizend%20familiebedrijven,duizend%20niet%20in%20familie%20Deigendom,geraadpleegd op 16-01-2023.](https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/aanvullende-statistische-diensten/2022/familiebedrijven-in-nederland-2020?onpage=true#:~:text=Nederland%20telt%20285%20duizend%20familiebedrijven,duizend%20niet%20in%20familie%20Deigendom,geraadpleegd%20op%2016-01-2023)

CBS (2022), Verkrijgingen uit nalatenschappen (waarvoor aangifte) kenmerken verkrijger, <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/84336NED?q=erfenissen%20aangifte>, geraadpleegd op 20-09-2023.

CBS (2022b), Schenkingen (waarvoor aangifte); kenmerken schenking, schenker en ontvanger, <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/84465NED>, geraadpleegd op 20-09-2023.

CPB, (2022), Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht, Den Haag: Centraal Planbureau.

Europese Commissie (1994), Aanbeveling van de Commissie inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, 7 december 1994, 94/1069/EG.

Dijck, J.E.A.M., van, (1976), 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258.

Dijk, P.L., (1956), Theoretische grondslagen der belastingheffing bij het openvallen van nalatenschappen, Ars Notariatus VII, Haarlem: Tjeenk Willink.

ECB, (2022), We hebben de rente verhoogd. Wat betekent dat voor u?, 21 jui 2022, geraadpleegd op 18 september 2023  
[https://www.ecb.europa.eu/ecb/educational/explainers/tell-me-more/html/interest\\_rates.nl.html](https://www.ecb.europa.eu/ecb/educational/explainers/tell-me-more/html/interest_rates.nl.html)

Franken, R.H.A., Gijlswijk, van M.J.A.M., Sar van der, R.G.J., Steeghs, P.J.Th.M., Tiggelaar-Klootwijk. (2022) en Y.M., Hoofdzaken bedrijfsopvolging, Deventer: Wolters Kluwer.

Funda (2023), Langestraat 8, geraadpleegd op 28-06-2023  
<https://www.fundainbusiness.nl/winkel/amersfoort/object-42941017-langestraat-8/>

Global Rates (2023), 3 maands Euribor rente tarief, geraadpleegd op 25-09-2023  
<https://www.global-rates.com/nl/rentestanden/euribor/euribor-rente-3-maanden.aspx>

Graaf, L.B. (2020), Het zit vast goed met de bedrijfsopvolgingsregeling bij vastgoedvennootschappen, of toch niet?, Masterscriptie Fiscaal Recht, Fiscaal Instituut Tilburg.

Hoeve, H. (2020), Opinie: Twee nodeloos droevig stemmende Hof-arresten over BOF en vastgoedexploitatie, NLF Opinie 2020/24.

IJzerman (2020), Parket bij de Hoge Raad, 23 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1205

Jansen, R. (2021), De Europese bedrijfsopvolgingsfaciliteiten met betrekking tot de verkrijging van aandelen noodzakelijk en doelmatig?, Masterscriptie Fiscale Economie, Universiteit van Tilburg.

Janssen, F. jr. (2020), Is de huidige bedrijfsopvolgingsregeling nog wel toereikend voor het bedrijfsleven of zijn er hervormingen nodig om (familie)bedrijven tegemoet te komen?, Masterscriptie Fiscale Economie, Universiteit van Amsterdam.

Kamerstukken II, 1958-1959, 5380, nr 3.  
Kamerstukken II, 1997-1998, 25688, nr. 3.  
Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr 3.  
Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr 9.  
Kamerstukken II, 2009-2010, 32129, nr. 3.  
Kamerstukken II, 2009-2010, 31930 nr. 40.  
Kamerstukken II, 2022-2023, 31066, nr. 1222.  
Kamerstukken II, 2022-2023, 36128, nr 4.  
Kamerstukken II, 2022-2023, 36350, nr. 1.

Ministerie van Financiën (2020), Het belasten van vermogen - Bouwstenen voor een beter belastingstelsel, 1 mei 2020.

Ministerie van Financiën (z.j.), 3 De belasting- en premieontvangsten in 2020, geraadpleegd 18 september 2023, <https://www.rijksfinancien.nl/financieel-jaarverslag/2020/bijlage/924565>

NEPROM (2023), Nieuwbouw van woningen krijgt zware klap, 11 maart 2023, geraadpleegd op 25-09-2023 <https://www.neprom.nl/artikel/nieuwbouw-van-woningen-krijgt-zware-klap-/2154>

NIBC (2023), Vastgoed hypotheekrente, geraadpleegd 18 september 2023, <https://nibc.nl/vastgoed-hypotheek/rentes-vastgoed-hypotheek>

NVB (2023), Consultatiereactie, Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op de Wet betaalbare huur, 28 maart 2023.

Oliemans, M.C.J. en Stevens, S.A. (2008), Is de boedelheffing een goed alternatief voor de successiewet?, WFR 2008/577.

PwC (2015), West-Europa trekt één lijn bij overdracht familiebedrijven, april 2015

Rij, van (2023), Uitkomsten vervolgonderzoek bedrijfsopvolgingsregelingen, Ministerie van Financiën, 2023-0000145249, 29 juni 2023.

Rozendal, A. (2018), Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties, WFR 2018/53.

Rozendal, A. (2019), Rendement+, NTFR 2019/525.

Rozendal, A. (2020), Bedrijfsopvolging en de etikettering van vastgoed, FBN/2020/4.

Ruis, A., Smit, L., Span, T., Braaksma, R., Prince, Y. (2014), Bedrijfsoverdrachten: een overschat probleem?, Panteia, augustus 2014.

Staatscourant, nummer 32167, 30 december 2022.

Te Niet, H.A.J.P. (2007), Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, Tilburg University, Kluwer.

Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2013), *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Proefschrift, Erasmus Universiteit Rotterdam.

Vastned (2023), For rent, geraadpleegd op 28-06-2023  
<https://vastned.com/our-properties/for-rent/>

Voeten, J. (2019), *Cumulatie van de inkomstenbelasting en de erfbelasting - De cumulatie van inkomstenbelasting en erfbelasting bij overgang van aanmerkelijk belang krachtens erfrecht -*, Masterscriptie Fiscale Economie, Universiteit Tilburg.

VVD, D66, CDA en ChristenUnie (2021), *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst, Coalitieakkoord 2021 – 2025*.

Wijdeven, E, van, (2010), *De rechtsgronden van de Successiewet 1956 - Nog altijd dragend of reden tot aanpassing?* Masterscriptie Fiscaal Recht, Universiteit Tilburg.

Zwemmer, J.W. (2000), *Bedrijfsopvolging in de Successieweg 1956*, WPNR 2000/6391.

#### Jurisprudentie

Hof Den Haag, 27 januari 1992, V-N 1992, p. 2008.

Hof 's-Gravenhage, 20 december 2013, nr. 12/00757, V-N 2014/8.22

Hof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, nr. 13/00473, V-N 2014/19.18

Hof Arnhem-Leeuwarden, 12 mei 2015, nr. 13/01073, NTFR 2015/1743

Hof 's-Gravenhage, 19 juli 2017, nr. 16/00373, NTFR 2017/2109

Hof Amsterdam, 12 maart 2020, NTFR 2020/2449

Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 april 2020, nr. 19/00060, ECLI:NL:GHARL:2020:3248

HR 8 januari 1958, nr. 13425, BNB 1958/69

HR 15 maart 1972, nr. 16741 BNB 1972/93

HR 29 augustus 1984, nr. 22329, BNB 2985/15

HR 8 november 1989, nr. 25257, BNB 1990/73

HR 25 maart 1992, nr. 27609, BNB 1992/189

HR 7 juli 1993, nr. 28751, ECLI:NL:HR:1993:ZC5401

HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/1995

HR 1 februari 1995, nr. 29807, ECLI:NL:HR:1995:AA3038

HR 29 mei 1996, nr. 30744, BNB 1996/232

HR 29 augustus 1997, nr. 32301, BNB 1997/347 met annotatie van J.W. Zwemmer

HR 16 maart 2012, 11/01089, BNB 2012/166

HR 29 juni 2012, nr. 11/03295, ECLI:NL:HR:2012:BV8954

HR 7 december 2012, 12/02062, BNB 2013/33

HR 15 april 2016, 15/02829, BNB 2016/166

HR 10 maart 2017, nr. 16/04190, ECLI:NL:HR:2017:396

HR 1 mei 2020, nr. 19/03252, BNB 2020/101

HR 20 mei 2020, nr. 19/000189, BNB 2021/2

HR 18 juni 2021, 20/01485, N\_N 2021/27.12

HR 17 september 2021, 20/01707, NTFR 2021/3068

Rechtbank Gelderland, 1 oktober 2020, AWB 18/2347, ECLI:RBGEL:2020:5250