

# Belastingafstel

door

**Mr. drs. R.T.E. (René) van Dijk MBV RA RV**

**Dr. J. (Jeroen) van Strien**

**Drs. A.T. (Andor) Valkenburg**

Oktober 2017

Foto cover: Dubbelbeeld Maya & Merit, collectie Rijksmuseum van Oudheden

De auteurs en de uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Toch kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen. Daarnaast wijzen zij de lezer van deze uitgave erop dat het onverstandig is zonder overleg met een ter zake kundige (belasting)adviseur enkel op basis van deze uitgave stappen te ondernemen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm, enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur(s) en/of PKF Wallast. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

# Inhoud

## Inleiding

6

### 1 Belastingafstel in de inkomstenbelasting

1.1	Inleiding	10
1.2	Ondernemersfaciliteiten	10
1.3	Box 3-heffing	12
1.3.1	Box 3-vermogen naar de B.V. overbrengen?	12
1.3.2	Eigen woning niet verkopen in december, maar in januari	14
1.3.3	Eigenwoninglening toch naar Box 3?	14
1.4	Giftenaftrek	18
1.4.1	Inleiding	18
1.4.2	Giften	18
1.4.3	Gewone giften	18
1.4.4	Periodieke gift	18
1.4.5	Gift aan een culturele instelling	19
1.4.6	Gift aan een particulier	19
1.4.7	Vrijwilligersvergoeding, niet-gedeclareerde kosten als gift	19
1.4.8	Giften aan buitenlandse instellingen	20
1.5	Is dividend uitkeren voordelig?	20
1.6	Afkoop en afstempeling van pensioen	21
1.7	Vermijd Box 3-heffing door middel van de vrijgestelde beleggingsinstelling	21

### 2 Belastingafstel in de vennootschapsbelasting

2.1	Inleiding	24
2.2	Deelnemingsvrijstelling	24
2.2.1	Inleiding	24
2.2.2	Werking deelnemingsvrijstelling	24
2.2.3	Wanneer geldt de deelnemingsvrijstelling?	25
2.2.4	Deelnemingsvrijstelling en Flex B.V.	26
2.2.5	De fiscale gevolgen van de deelnemingsvrijstelling	26
2.2.6	Gebruik de deelnemingsvrijstelling	27
2.2.7	Enige slotopmerkingen	28
2.3	Innovatiebox	28
2.3.1	Inleiding	28
2.3.2	De tegemoetkoming	28
2.3.3	De voorwaarden	29
2.3.4	Forfaitaire regeling	29
2.3.5	Toegangsticket	29
2.3.6	Kwalificerende immateriële activa	30
2.3.7	Methoden ter bepaling van het voordeel	30
2.3.8	Overeenkomst met de Belastingdienst	30
2.3.9	Contract R&D	31
2.4	Herinvesteringsreserve	32
2.4.1	Bedrijfsmiddelen	32
2.4.2	Uitgesloten bedrijfsmiddelen	32

2.4.3	Lange en korte bedrijfsmiddelen	32
2.4.4	Vervreemdingswinsten	33
2.4.5	Het herinvesteringsvoornemen	33
2.4.6	Volledige boekwinst naar de HIR?	33
2.4.7	Aanwending van de HIR	34
2.4.8	Eenzelfde economische functie	34
2.4.9	De boekwaarde-eis	35
2.4.10	Volgorde van afboeking van HIR	35
2.5	Uitfaseren pensioen in eigen beheer	35
2.5.1	Korte achtergrondschets	35
2.5.2	De nieuwe regels	36
2.5.2.1	Ad iia) Niets doen	36
2.5.2.2	Ad iib) Uitfaseren met afkoop	36
2.5.2.3	Ad iic) Uitfaseren met omzetting in een oudedagsverplichting	37
2.5.2.4	Aandachtspunten	37
2.6	Maak gebruik van lage tarieven	37
2.7	Voorkom verliesverdamping	38

### **3 Belastingafstel in het schenkingsrecht**

3.1	Inleiding	39
3.2	Schenken	39
3.3	Schenkingsvrijstellingen	41
3.4	Schenkingsvrijstelling eigen woning	41
3.5	Schenken onder schulddigekening	43
3.6	Schenken aan goede doelen	45
3.7	Schenkingsplan	45

### **4 Belastingafstel in het erfrecht**

4.1	Inleiding	46
4.2	Bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewetgeving	46
4.3	Gebruik de bedrijfsopvolgingsregeling als faciliteit in de successiewet	48
4.4	Nalaten of schenken aan een goed doel	49

### **5 Belastingafstel in de overdrachtsbelasting**

5.1	Bouwterreinen	50
5.1.1	Inleiding	50
5.1.2	Begrip "bouwterrein"	50
5.1.3	Een korte schets van de systematiek en de issues	51
5.1.4	Het Don Bosco-arrest	52
5.1.5	Onbebouwd terrein ook bouwterrein?	52
5.1.6	Gevolgen van het arrest	52
5.1.7	Gevolgen voor overeenkomsten	53
5.1.8	Gevolgen voor pure grond	53
5.2	Woningen, 2%-tarief	53
5.2.1	Inleiding	53

5.2.2	Wat zegt de wet en de wetgever?	54
5.2.3	Een praktisch stappenplan	54
5.2.4	Betekenis voor de praktijk	58
5.3	Overdrachtsbelastingvrije overdracht van panden uit de B.V.	58

# Inleiding

“Belastingafstel”, een gewaagde titel in het huidige tijdsgewricht zult u misschien denken, maar wellicht dat juist het huidige tijdsgewricht een goede aanleiding is om aan dit onderwerp aandacht te besteden.

Er is ons inziens niets mis mee om met een kritisch oog naar belastingposities te kijken. Er is veel voor te zeggen dat een ieder zijn “fair share” moet bijdragen. Wat dat dan precies is, is tijdsafhankelijk en voor discussies vatbaar. Bedacht dient hierbij te worden dat bijvoorbeeld de vennootschapsbelasting niet de enige belasting is, maar dat er nog vele andere zijn.

We beperken ons in deze uitgave tot de nationale praktijk. Internationale structuren en verhoudingen blijven daarom buiten beschouwing.

## *Fair share*

Los van de discussie of je nu belasting moet betalen volgens een (strikte) uitleg van de belastingwetgeving of dat je toch ook rekening moet houden met de geest en de achterliggende gedachte van wetgeving, weet (nagenoeg) ieder- een eigenlijk wel wat zo ongeveer een fair share is. Zoals nagenoeg iedereen ook wel een idee heeft van wat goed en fout is, nog kan en niet kan, zonder dat daar nu de regels op nageslagen behoeven te worden. Hij die profiteert van allerhande overheids- en algemene voorzieningen, voelt ook wel aan dat hij daar een bijdrage aan moet leveren. Kijkt men dan voor de vraag of een belastingplichtige zijn fair share bijdraagt naar één belasting-middel of dienen alle belastingmiddelen hierbij betrokken te worden? Wat bijvoorbeeld te denken van een DGA, waarvan zijn B.V. geen of nauwelijks vennootschapsbelasting betaalt, maar de DGA wel een aardig bedrag aan in-komstenbelasting en bijvoorbeeld door zijn hoge consumptieniveau ook veel BTW en accijnzen betaalt? Voor de belastingheffer, de overheid, is het zaak om de belastingwetgeving zodanig in te kleden dat de belasting-betaler deze snapt en de belastingmoraal ondersteunt en niet aantast. De belastingbetaler mag van de belasting-heffer/de overheid de gerechtvaardigde verwachting hebben dat deze een (her)kenbaar en geloofwaardig belasting-stelsel bouwt en dat wordt ingespeeld op het maatschappelijk rechtsgevoel. Dit zal ertoe bijdragen dat een belastingplichtige genegen is zijn fair share bij te dragen. Een overheid doet er verstandig aan hier rekening mee te houden, anders gaat het mis.

U ziet, over fair share is ook een boek te schrijven. Dat is evenwel niet het onderwerp van deze uitgave, dus we laten het hierbij, hoe boeiend deze discussie ook is.

## *Belastingontduiking*

Belastingontduiking oftewel belastingfraude is zeer kwalijk. Bij belastingontduiking wordt door het, willens en wetens, bewust schetsen van een onjuist beeld van de werkelijkheid aan de (belasting)autoriteiten ten onrechte minder of geen belasting geheven, of wordt ten onrechte een voordeel toegekend. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het verzwijgen van inkomsten, het niet-opgeven van vermogensbestanddelen, het ten onrechte claimen van aftrekposten, het ten onrechte claimen van regelingen waarvoor men niet in aanmerking komt, het opzetten van gefingeerde constructies, zoals bijvoorbeeld carouselfraude in de BTW. En zo zijn er nog legio kwalijke zaken te noemen.

Iets anders dan belastingontduiking is belastingontwijking. Een wezenlijk verschil is dat bij belastingontwijking belastingplichtigen binnen de grenzen van de wet blijven en in beginsel ook binnen de grenzen van wat maatschappelijk aanvaard(baar) is. Dit laatste is evenwel veel lastiger, omdat daar verschillend over gedacht wordt. Daarnaast is wat maatschappelijk wel en niet kan ook tijdsgebonden en heeft elke tijd daar ook zo zijn eigen gedachten over. Wat twintig jaar geleden gebruikelijk en acceptabel was in het maatschappelijk speelveld, kan nu zo maar anders liggen. En hoe ligt het over tien jaar? Zeg het maar.

Enfin, de gedachte is dat bij belastingontwijking binnen deze grenzen, op soms creatieve wijze, gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden en dat al dan niet met gebruikmaking van creatieve oplossingen gebruik wordt gemaakt van zo gunstig mogelijke regelingen c.q. de zaken zo worden ingericht dat van deze regelingen gebruik gemaakt kan worden. Hierbij kan soms wat scherp aan de wind worden gezeild.

Een andere discussie, die hierbij nog wel eens speelt, is of de letter van de wet bepalend is of de geest van de wet. En ook dat wat kan, moet dat ook kunnen c.q. moet het dan ook uitgevoerd worden? Dat blijven boeiende discussies. Vast staat dat het belangrijk is dat richting de Belastingdienst met open vizier gewerkt wordt.

Besef ook dat het onderwerp breed is. In de media komt men vaak de (vermeende) uitwassen van belastingontwijking tegen. Echter ook bijvoorbeeld de huiseigenaar met een (top)hypotheek doet eraan mee. De gemiddelde Nederlander zal dit evenwel niet direct als kwalijk gedrag zien. Het valt niet alleen binnen de regels, maar het wordt ook maatschappelijk aanvaard dat men kan kiezen tussen het huren van een woning voor bijvoorbeeld € 1.000 per maand of het kopen van een woning met een hypotheek tegen hetzelfde maandbedrag. Koopt deze persoon de woning, dan kan hij de hypotheekrente van zijn inkomen aftrekken, zodat hij minder belasting betaalt, waarmee zijn netto-woonlasten lager uitvallen in vergelijking met het geval dat hij voor hetzelfde bedrag zou huren.

Het zal duidelijk zijn dat over dit onderwerp veel te zeggen is. Ook voor wat betreft de vraag waar de grens ligt en wanneer belastingontwijking overgaat in "ongewenste" vormen van ontwijking. Hier speelt dan ook nog het spel van het opzoeken van de (fiscaal toelaatbare) grenzen, de fiscale grensverkenning. Wat is grijs? Wat is wit (en aanvaardbaar) en wat is zwart (en onaanvaardbaar)?

Theoretisch valt er ook in beginsel wel wat over te zeggen. Op grond van de zogenaamde "verschillende wegenleer" staat het de belastingplichtige vrij de fiscaal voordeligste weg te kiezen om een zakelijk doel te bereiken. Wat vindt de Hoge Raad hiervan? De Hoge Raad heeft zich in de loop van de tijd gebogen over deze leer en hem niet terzijde geschoven, maar er wel diverse kanttekeningen bij geplaatst. Een rol hierbij speelt *fraus legis*<sup>1</sup>.

Voor de toepassing van *fraus legis* dient aan een tweetal eisen te worden voldaan:

- (i) voor de belastingplichtige is het bereiken van belastingbesparing de enige dan wel de doorslaggevende beweegreden geweest voor het aangaan van de transactie (het motiefvereiste); én
- (ii) doel en strekking van de wet zouden worden miskend, als de door de belastingplichtige verlangde wetstoepassing zou worden gevolgd (het normvereiste).

Als voor een belastingplichtige andere wegen openstaan, die fiscaal minder gunstig zijn, betekent dat volgens de Hoge Raad niet meteen dat bij het kiezen van de fiscaal gunstigste weg het doorslaggevende motief belastingverrijdeling is geweest<sup>2</sup>. Dit wordt evenwel anders als de rechtshandelingen, die een belastingbesparing teweegbrengen, in strijd raken met het doel en de strekking van de wet. In dat geval kan, ondanks een zakelijk doel, toch worden geoordeeld dat deze weg met *fraus legis* kan worden bestreden. Tot dit oordeel kwam de Hoge Raad in een arrest van 1990<sup>3</sup>, inzake een bedrijfsopvolging, die werd uitgevoerd door middel van een kasgeldconstructie. De Hoge Raad kwam toen tot een geruchtmakend oordeel omtrent het motiefvereiste voor *fraus legis*.

<sup>1</sup> *Fraus legis* is een door de Hoge Raad in het fiscale recht geïntroduceerd begrip dat 'misbruik van recht' verbiedt. Hiervan is sprake bij constructies, die bedoeld zijn om belasting te besparen, verder geen niet-fiscale betekenis hebben en strijdig zijn met doel en strekking van de wet.

<sup>2</sup> Hoge Raad 13 juli 1994, nummer 29.673, BNB 1994/269, ECLI:NL:HR:1994:ZC5714, Hoge Raad 27 november 1996, nummer 31.618, BNB 1997/98, ECLI:NL:HR:1996:AA1766.

<sup>3</sup> Hoge Raad 11 juli 1990, nummer 26.306, BNB 1990/293, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348.

De Hoge Raad overwoog: *“Immers de omstandigheid dat aan belanghebbende en zijn vader klaarblijkelijk verschillende wegen openstonden het terugtreden van de vader van belanghebbende te regelen en tot een volledige afwikkeling van hun zaken te geraken, laat open dat bij het maken van de keuze tussen de onderscheidene mogelijkheden, gelet op de verschillende daaraan verbonden fiscale gevolgen, het ontgaan van belasting over inkomsten uit vermogen (...) de doorslaggevende beweegreden is geweest.”*

In een arrest uit 1994<sup>4</sup> herhaalde de Hoge Raad zijn overwegingen bij de “verschillende wegenleer”. In dit arrest betoogde belanghebbende nadrukkelijk dat het hem vrijstond de fiscaal voordeligste weg te kiezen. De reactie van de Hoge Raad was ook hier dat dit in beginsel zo was, maar dat het betoog van de belanghebbende eraan voorbijgaat dat die vrijheid haar grens vindt daar waar de in feite gevolgde weg leidt tot wetsontduiking.

Onduidelijk was nog steeds wanneer een gevolgde route bij een (meer dan bijkomstig) zakelijk eindresultaat in strijd raakt met het doel en de strekking van de wet. Deze duidelijkheid gaf de Hoge Raad in een arrest uit 1995<sup>5</sup>. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad over de “verschillende wegenleer” het volgende: *“De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel gezien, strekt tot verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die - indien zij voor de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard - zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing.”*

Door dit door de Hoge Raad geformuleerde element van de willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing als het centrale criterium te beschouwen voor de toepassing van de “verschillende wegenleer”, wordt een systeem verkregen dat in lijn ligt met de jurisprudentie inzake *fraus legis*. Uit het arrest uit 1995 kan gedistilleerd worden dat nu in hoofdzaak twee elementen een rol spelen bij de vraag of een gekozen weg eventueel geblokkeerd kan worden door de *fraus legis*-stelling.

Die elementen zijn:

- (i) is de rechtshandeling noodzakelijk om het beoogde eindresultaat te bereiken, en
- (ii) leidt de rechtshandeling tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing?

Samenvattend kan men zeggen dat het de belastingplichtige vrij staat de fiscaal meest voordelige weg te kiezen, zolang deze weg niet leidt tot excessen. Wat een *exces* is, wordt dan getoetst aan de hand van de vraag of er een niet-noodzakelijke rechtshandeling is opgenomen in het samenstel van rechtshandelingen, die zou leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing. Als de rechtshandelingen noodzakelijk zijn, is er geen sprake van een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing. Zijn de rechtshandelingen niet noodzakelijk, dan moet nader worden gezien of er sprake is van een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing.

---

<sup>4</sup> Hoge Raad 19 januari 1994, nummer 28.646, BNB 1994/87, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570.

<sup>5</sup> Hoge Raad 6 september 1995, V-N 1995/3297, ECLI:NL:HR:1995:AA1683.



### ***Belastingafstel***

Wij sluiten ons aan bij deze “verschillende wegenleer” en de uitleg die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven. Op goede gronden kan dat dan nog steeds betekenen dat één van de mogelijke wegen, die leiden tot het gewenste zakelijk doel, ook leidt tot belastingafstel. Zeker als deze weg (ruim) binnen de fiscale grenzen valt, is hier niets mis mee en al helemaal niet als dit binnen de doelstellingen van de (betreffende) regelgeving valt. Regels zijn immers met een bepaald doel opgesteld. Men kan zich aan de letterlijke tekst van de betreffende regel houden, waar ook van alles voor en over te zeggen is, maar als men dan ook nog opereert binnen de doelstelling van de regel, is er niets mis met belastingafstel.

In deze uitgave laten wij een aantal van deze mogelijkheden de revue passeren. Mochten onderwerpen in deze uitgave uw interesse hebben gewekt, dan kunt u uiteraard contact opnemen met uw (PKF-Wallast)adviseur of één van de schrijvers van deze uitgave.

Wij wensen u veel leesplezier.



René van Dijk



Jeroen van Strien



Andor Valkenburg

# 1 Belastingafstel in de inkomstenbelasting

## 1.1 Inleiding

In de inkomstenbelasting zijn diverse mogelijkheden tot belastingafstel te vinden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de ondernemersfaciliteiten. In de media wordt geregeld aandacht besteed aan het feit dat ZZP'ers een voordeel zouden hebben ten opzichte van werknemers, omdat zij, als ze daarvoor in aanmerking komen, door het van toepassing zijn van de ondernemersfaciliteiten minder belasting hoeven te betalen. Dit is zo. Eén van de achtergronden van deze faciliteiten is dat ZZP'ers zelf voor allerlei voorzieningen moeten zorgen, omdat zij geen beroep kunnen doen op / niet kwalificeren voor de werknemersverzekeringen. Iets wat in de vergelijkingen vaak niet meegenomen wordt. Deze ondernemersfaciliteiten spelen ook een rol bij de afweging om een onderneming als IB-onderneming of als B.V. te drijven.

Een ander aandachtspunt in de inkomstenbelasting is de Box 3-heffing. De Box 3-heffing is een peildatumheffing. Het aanwezige (netto)vermogen op 1 januari van het belastingjaar is relevant. Hier kan mee gespeeld worden, zoals we zullen laten zien.

## 1.2 Ondernemersfaciliteiten

Bij de afweging om een onderneming als eenmanszaak (of samenwerkingsverband) in de inkomstenbelasting te drijven of als B.V., speelt een aantal fiscale motieven een rol. Het meest in het oog lopend is het tariefverschil tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.

Een andere factor die een rol speelt, is de zogenaamde dubbele heffing: over de door de B.V. gemaakte winsten is de B.V. vennootschapsbelasting verschuldigd en over de uitkeerbare nettowinsten dient de aandeelhouder inkomstenbelasting te betalen bij uitkering van dividend of als er aandelen worden verkocht en hier een AB-winst (aanmerkelijk belangheffing) op gemaakt wordt. Bij een vennootschapsbelastingtarief van 20%, is de gecombineerde heffing  $(20\% + (25\% \text{ van } 80\%) = 40\%$  en bij een vennootschapsbelastingtarief van 25% is de gecombineerde heffing  $(25\% + (25\% \text{ van } 75\%) = 43,75\%$ . Het hoogste marginale inkomstenbelastingtarief is momenteel 52%<sup>6</sup>. Dat scheelt dus aardig. Valt men in de inkomstenbelasting in het 42%-tarief, dan is er sprake van een globaal evenwicht en valt men in de lagere schijven, dan is de inkomstenbelasting weer voordeliger.

Daarnaast komt de ondernemer met een BV in een zogenaamde aanmerkelijkbelangpositie te verkeren. Verder dient de ondernemer te beseffen dat hij als directeur-groootaandeelhouder (DGA) in fiscale zin werknemer is. Als DGA verliest hij de ondernemersfaciliteiten.

De meest belangrijke ondernemersfaciliteiten voor de IB zijn:

- De zelfstandigenaftrek. Een vast bedrag van € 7.280, maar niet meer dan de winst. Kan de zelfstandigenaftrek (door gebrek aan winst over het jaar) niet volledig ten gelde worden gemaakt, dan kan deze niet-gerealiseerde zelfstandigenaftrek in de komende negen jaar worden verrekend.
- De startersaftrek. Een vast bedrag van € 2.123, met dezelfde opmerking als onder het vorige punt. Voor startersaftrek komt men in aanmerking als men in de vijf voorafgaande jaren niet al twee keer zelfstandigenaftrek heeft genoten.
- Mogelijkheid om een Fiscale Oudedagsreserve ("FOR") te vormen. 9,8% van de winst met een maximum van € 8.946 (2017) kan jaarlijks ten laste van de winst worden toegevoegd aan de FOR.
- MKB-winstvrijstelling. De MKB-winstvrijstelling bedraagt 14% (2017) van de winst uit onderneming na ondernemersaftrek. Voor de toepassing van de MKB-vrijstelling hoeft overigens niet voldaan te worden aan het urencriterium.

<sup>6</sup> Door de inkomensafhankelijke arbeidskorting kan in sommige situaties het effectieve tarief oplopen tot 55,6% (2017).

Een voorbeeld om te laten zien hoe dit uit kan werken:

Stel X geniet een winst uit onderneming (aan hem toerekenbare winst van de V.o.f.) van € 35.000. Een globale berekening van zijn belastbare winst uit onderneming ziet er dan uit als volgt, waarbij we aannemen dat X aan het urencriterium voldoet en voldoende ruimte heeft om aan de FOR te doteren (onder andere toereikend ondernemingsvermogen).

	€	€
Winst		35.000
Af: Zelfstandigenaftrek	7.280	
Startersaftrek (eerste 3 jaar)	2.130	
Toevoeging FOR (9,8%)	<u>3.430</u>	
		<u>-12.840</u>
Winst na ondernemersaftrek en FOR		22.160
Af: MKB-winstvrijstelling (14%)		<u>-3.102</u>
Belastbare winst uit onderneming		<u>19.058</u>

De FOR is een tegemoetkoming, waarover later bij het uitkeren nog belasting moet worden betaald. De zelfstandigenaftrek, de startersaftrek en de MKB-winstvrijstelling zijn evenwel definitieve tegemoetkomingen en kunnen derhalve als belastingafstel worden gekwalificeerd.

Zeker bij lagere omzetten c.q. winsten kunnen voornoemde faciliteiten aardig doortikken, en om fiscale redenen een B.V. minder aantrekkelijk maken, zoals het onderstaande voorbeeld laat zien.

### ***IB-ondernemerschap versus B.V.***

Bij de fiscale afweging wat voordeliger is, speelt de belastingdruk via de B.V. of direct in privé een rol. Pas bij hogere omzetten en winsten wordt de B.V. voordeliger, mede omdat dan het gemis van de ondernemersaftrekken (als zelfstandigenaftrek) en de MKB-winstvrijstelling van thans 14% zich minder laat voelen. Een rol speelt ook de hoogte van het benodigde besteedbaar inkomen. Een B.V. is dan voordelig als men ook in staat is er winstreserves in op te bouwen. Het omslagpunt zal, gezien vorenstaande elementen, die een rol spelen bij de afweging, voor iedereen verschillend zijn.

## 1.3 Box 3-heffing

De Box 3-heffing is er met ingang van 2017 niet eenvoudiger op geworden. Er is wederom niet gekozen voor heffing naar het werkelijke rendement, maar de forfaitaire wijze van heffen is in stand gebleven. Beknopt werkt de Box 3-heffing nu als volgt.

De heffing vindt met ingang van 2017 plaats aan de hand van een formule.

Tot en met 2016 werd er in Box 3 van de inkomstenbelasting gerekend met een vast forfaitair rendement van 4%. Vanaf 2017 wordt het forfaitaire rendement gebaseerd op de gemiddelde verdeling van het Box 3-vermogen over spaargeld en beleggingen (de vermogensmix) in combinatie met een in het verleden in de markt gerealiseerd rendement op beide componenten. Het vermogen van elke belastingplichtige wordt verdeeld over drie schijven. Per schijf geldt een gemiddelde vermogensmix, die gebaseerd is op gegevens van de voorgaande vijf jaar. De vermogensmix zal achteraf worden geëvalueerd om te beoordelen of deze nog aansluit bij de realiteit of dat deze aanpassing behoeft. Vervolgens wordt op basis van werkelijk gerealiseerde marktrendementen in het verleden een gemiddeld rendement toegerekend aan het spaardeel (1,63%) en het beleggingsdeel (5,5%) in de vermogensmix. Na vermenigvuldiging met het tarief van 30% komt men uit op de te betalen inkomstenbelasting in Box 3.

De forfaitaire rendementen per schijf en de daaruit voortvloeiende heffing voor 2017 zijn weergegeven in onderstaande tabel.

Schijf	Box 3-vermogen (€)	Rendement	Box 3-heffing (30%)
1 <sup>e</sup>	0 - 100.000	2,87% <sup>1</sup>	0,86%
2 <sup>e</sup>	100.000 - 1.000.000	4,60% <sup>2</sup>	1,38%
3 <sup>e</sup>	1.000.000 of meer	5,39% <sup>3</sup>	1,62%

<sup>1</sup> 67% \* 1,63% + 33% \* 5,39%

<sup>2</sup> 21% \* 1,63% + 79% \* 5,39%

<sup>3</sup> 0% \* 1,63% + 100% \* 5,39%

Genoemd percentage in de 1e schijf is vóór toepassing van het heffingsvrije vermogen van € 25.000 (2017) per persoon.

### ***Omslagpunt ten opzichte van voormalige heffing***

Vorenstaande houdt in dat bij een belast vermogen tot (afgerond) € 230.000 per persoon men effectief een daling van de Box 3-heffing zal ervaren. Bij een belast vermogen, dat hoger ligt, volgt een toename van deze belastingheffing.

#### **1.3.1 Box 3-vermogen naar de B.V. overbrengen?**

De huidige lage rentestanden, alsmede de wijzigingen in de Box 3-heffing, zullen naar verwachting belastingarbitrage meebrengen, zowel van Box 3 naar Box 2 als vice versa. Zo zal bijvoorbeeld de DGA met spaargeld in zijn B.V. zich afvragen in welke Box hij het beste deze middelen kan onderbrengen.

### ***Effectieve belastingdruk en omslagpunten***

Vanuit beleggingsoogpunt is de kernvraag wat, gegeven het vermogen en het hierop te behalen verwachte rendement, (fiscaal) voordeliger is: heffing in Box 3 (privé) of heffing in Box 2 (B.V.)? Het antwoord op deze vraag hangt in hoofdzaak af van de effectieve belastingdruk.

De effectieve belastingdruk in Box 2 is het gecombineerde vennootschapsbelastingtarief en het aanmerkelijkbelangtarief. Immers het rendement in Box 2 is eerst belast met vennootschapsbelasting en het rendement, dat daarna overblijft, kan uitgekeerd worden als dividend en is dan belast met aanmerkelijkbelangheffing (25%).

### **Effectieve belastingdruk Box 2**

De effectieve belastingdruk bij 20% vennootschapsbelasting is  $(25\% * (100\% - 20\%) + 20\%) = 40\%$ .

De effectieve belastingdruk bij 25% vennootschapsbelasting is  $(25\% * (100\% - 25\%) + 25\%) = 43,75\%$ .

### **Effectieve belastingdruk Box 3**

In Box 3 is de heffing thans als hiervoor gemeld. Afhankelijk van het behaalde rendement levert dit een effectieve heffing op als weergegeven in de navolgende tabel:

Brutorendement %	Box 3-heffing %	Belastingdruk %
1	0,86	86,00
	1,38	138,00
	1,62	162,00
2	0,86	43,00
	1,38	69,00
	1,62	81,00
3	0,86	28,67
	1,38	46,00
	1,62	54,00
4	0,86	21,50
	1,38	34,50
	1,62	40,50
5	0,86	17,20
	1,38	27,60
	1,62	32,40
6	0,86	14,33
	1,38	23,00
	1,62	27,00
7	0,86	12,29
	1,38	19,71
	1,62	23,14
8	0,86	10,75
	1,38	17,25
	1,62	20,25
12	0,86	7,17
	1,38	11,50
	1,62	13,50
14	0,86	6,14
	1,38	9,86
	1,62	11,57

Bij welk rendement is het nu om het even of belegd wordt in privé (Box 3) of via een B.V. (Box 2)?

De break-even-rendementen, bij de Box 3-tarieven met ingang van 2017 en 20% vennootschapsbelasting, laten zich als volgt schetsen:

#### Break-even bij 20% Vpb

Vermogen Box 3	Fictief rendement	Break-even-rendement	
		AB-claim	geen AB-claim
0 - 100.000	2,87%	4,30%	2,15%
100.000 - 1.000.000	4,60%	6,90%	3,45%
1.000.000 of meer	5,39%	8,10%	4,05%

In het voorbeeld wordt met break-even rendement AB-claim bedoeld dat er over de winst van de vennootschap wel vennootschapsbelasting is betaald maar nog geen aanmerkelijkbelangheffing is afgedragen. Het betreft beleggingen die tegenover winstreserves staan.

Met break-even rendement geen AB-claim wordt bedoeld dat er op de beleggingen zowel geen vennootschapsbelastingclaim als geen aanmerkelijkbelang-claim meer rust, bijvoorbeeld omdat er geld gestort is in de vennootschap. Het betreft beleggingen die tegenover gestort kapitaal staan.

Is bijvoorbeeld het rendement op privé-beleggingen (in de derde schijf) lager dan 8,10% (of 4,05%) (bij een vennootschapsbelastingtarief van 20%) dan wordt beleggen in Box 2 interessanter (bij de uiteindelijke afweging spelen bijvoorbeeld ook de kosten een rol). Het laat zich raden dat arbitrage en allocatie maatwerk is.

Bij de lage rentestanden en de huidige Box 3-heffing kan het effectieve tarief in Box 3 fors hoger zijn dan wanneer de gelden via de B.V. belegd worden. Het verschil is wat dat betreft snel verdiend en leidt dan in vergelijking met de Box 3-heffing tot belastingafstel.

### 1.3.2 Eigen woning niet verkopen in december, maar in januari

Als men voornemens is de eigen woning te verkopen en deze verkoop leidt tot een (flinke) bankrekening, dan kan, als deze verkoop geëffectueerd staat vóór het einde van het jaar, hiermee nog even gewacht worden tot januari van het volgende jaar. Immers, zolang de eigen woning nog niet verkocht is, zit deze in Box 1. Zodra de woning is verkocht en hier een bankrekening voor in de plaats is gekomen, valt deze bankrekening in Box 3. Peildatum is het vermogen dat aanwezig is op 1 januari van het belastingjaar. Wordt de woning dus in december verkocht en wordt daar een mooi bedrag voor ontvangen, wat op een bankrekening wordt gestort, dan is deze som direct het volgende jaar belast met de Box 3-heffing; immers er is dan op 1 januari een bankrekening met een mooi bedrag. Wordt de woning evenwel na 1 januari verkocht, dan staat het betreffende bedrag nog niet op de bank per 1 januari en telt dan nog niet mee voor de Box 3-heffing van dat jaar. Men heeft dan een jaar afstel van Box 3-heffing over dat bedrag gekregen.

### 1.3.3 Eigenwoninglening toch naar Box 3?

Maken de nieuwe regels met betrekking tot de hypotheekrenteaftrek, de veranderingen in de Box 3-heffing en de huidige lage rentestand, dat we, fiscaal, anders moeten gaan denken over de hypotheekrenteaftrek? En als we het dan anders inrichten, leidt dit dan tot belastingbesparingen en dus tot belastingafstel voor wat betreft het verschil? Dat onderzoeken we in deze paragraaf.

### ***Inleiding***

Op het gebied van de eigenwoninglening is de laatste tijd het nodige veranderd. Samenvattend zijn de belangrijkste attentiepunten thans:

- Verplichte aflossing, minimaal annuïtair.
- In de 52%-schijf daalt het percentage waartegen hypotheekrente kan worden afgetrokken met ingang van 2014 jaarlijks met 0,5%, totdat de 38% is bereikt. In 2016 kan de hypotheekrente in de 52%-schijf derhalve tegen 50,5% worden afgetrokken en in 2017 tegen 50%.
- Huurwaardeforfait voor woningen met een WOZ-waarde van meer dan € 1.050.000 bedraagt voor het meerdere boven € 1.050.000 met ingang van 2016 en verdere jaren: 2,35%.

Deze gegevens, in combinatie met de huidige lage rentestand, maken het niet altijd meer evident dat een eigenwoninglening in Box 1 fiscaal gezien het voordeligst is. Er laten zich thans situaties denken, waarbij het, vanuit fiscaal oogpunt, aantrekkelijker is de lening in Box 3 te hebben.

We laten in deze paragraaf zien dat belastingplichtigen het voor sinds 2013 aangegane leningen zelf in de hand hebben of een lening ten behoeve van de eigen woning kwalificeert voor Box 1 of Box 3.

Daarna geven we een tweetal voorbeelden (uitgaande van de Box 3-heffing met ingang van 2017), dat aanschouwelijk maakt dat onder omstandigheden de lening ten behoeve van de eigen woning zich fiscaal prettiger thuis voelt in Box 3 dan in Box 1.

### ***Kwalificatie lening***

Wil de lening ten behoeve van de eigen woning kwalificeren voor Box 1 dan moet zij sinds 2013 aan een aantal voorwaarden voldoen.

Deze zijn:

- de lening is schriftelijk overeengekomen;
- de lening wordt minimaal annuïtair in maximaal 360 maanden afgelost;
- aan de verplichting tot aflossen wordt voldaan (jaarlijkse toets).

Voldoet de lening niet aan één van voornoemde voorwaarden, dan kwalificeert hij niet als eigenwoninglening in Box 1, maar als "gewone" schuld, die valt in Box 3. Het eenvoudigst is sleutelen aan de aflossingsverplichting, zodanig dat niet aan de aflossingseis wordt voldaan.

Met oude voor 2013 aangegane eigenwoningsschulden, die kwalificeren op grond van het overgangsrecht, is alloceren tussen de Boxen denkkelijk niet mogelijk, omdat op die schulden geen aflossingsverplichting rust en men onder het oude regime niet de keuze had.

### ***Toch liever Box 3?***

We laten twee voorbeelden zien, die aangeven dat de lening ten behoeve van de eigen woning in Box 3 fiscaal voordeliger is dan de schuld onderbrengen in Box 1. Het eerste voorbeeld betreft aanvullende financiering voor een verbouwing. Het tweede voorbeeld betreft de herfinanciering van een woning met een WOZ-waarde van € 1.500.000. Box 3-heffing op basis van de 2017-percentages.

*Voorbeeld 1:*

Stel de bekende heer X heeft:

- een eigen woning met een WOZ-waarde van € 350.000, schuldenvrij;
- een Box 3-vermogen van € 100.000;
- een verbouwingsvoornemen dat € 60.000 gaat kosten;
- de keuze tussen een:
  - annuïtaire eigenwoningschuld (Box 1) tegen 2%;
  - aflossingsvrije lening (Box 3) tegen 2%.

Wat zijn de fiscale gevolgen van deze twee alternatieven?

(2017)	Eigenwoningschuld	Box 3-schuld	
Eigenwoningforfait (0,75%)	2.625	2.625	
Renteaftrek	-1.200	0	
Belastbaar inkomen uit eigen woning	1.425	2.625	
Aftrek vanwege geen of lage eigenwoningschuld	-1.425	2.625	
Belastbaar inkomen uit eigen woning		0	0
Box 3-heffing (0,86% * belast vermogen € 75.000)		645	129
Besparing als Box 3-schuld i.p.v. Box 1-schuld			516

Het is niet altijd voordelig om voor, zoals in dit voorbeeld, een verbouwing een eigenwoningschuld aan te gaan, die dan in Box 1 valt. Dit speelt met name bij belastingplichtigen, die gebruik kunnen maken van de 'Wet Hillen'<sup>7</sup> en belast vermogen in Box 3 hebben. Door bijvoorbeeld voor een aflossingsvrije lening te kiezen, wordt niet aan de criteria van een eigenwoningschuld voldaan en komt de schuld daarmee in Box 3. In ons voorbeeld levert dit een fiscaal voordeel op van € 516 per jaar.

<sup>7</sup> In het geval belastingplichtige geen of een kleine hypotheekschuld heeft, betekent dit dat zijn eigenwoningforfait hoger is dan zijn aftrekbare kosten, zoals de hypotheekrenteaftrek. In dat geval heeft de belastingplichtige volgens de "Wet Hillen" uit 2005 in principe recht op een extra aftrekpost ter grootte van het verschil. Daardoor vallen het eigenwoningforfait en de aftrek tegen elkaar weg.



Voorbeeld 2:

Stel de niet-minder bekende heer Y heeft:

- een woning met een WOZ-waarde van € 1.500.000 met een schuld van € 1.200.000, die moet worden geherfinancierd;
- een belastbaar Box 3-vermogen van € 2.000.000;
- de keuze tussen een: - annuïtaire eigenwoningschuld (Box 1) tegen 2%;  
- aflossingsvrije lening (Box 3) tegen 2%.

Wat zijn de fiscale gevolgen van deze twee alternatieven?

(2017)		Eigenwoningschuld	Box 3-schuld
Eigenwoningforfait: € 1.050.00	7.950		
450.000 * 2,35%	10.575	18.525	18.525
Renteaftrek		-24.000	0
Belastbaar inkomen uit eigen woning		-5.475	18.525
Aftrek vanwege geen of lage eigenwoningschuld			18.525
Belastbaar inkomen uit eigen woning			0
Belastingvoordeel tegen IB-tarief 52%			
52% * -5.475	-2.847		
Beperking hypotheekrenteaftrek			
2% * 24.000	480	-2.367	
Box 3-heffing (1,62% * belast vermogen)		32.400	12.960
Totale heffing		30.033	12.960
Besparing als Box 3-schuld i.p.v. Box 1-schuld			17.073

<sup>1</sup> we abstraheren hier van de eerste twee schijven

De schuld onderbrengen bij Box 3 in plaats van bij Box 1 levert in dit voorbeeld een voordeel op van € 17.073 per jaar. Door de jaren heen wordt het voordeel wel lager, omdat de rente in de annuïteit per jaar afneemt ten faveure van de aflossing. Deze aflossingen zouden er echter, in combinatie met de beperking van het tarief, waartegen aftrek van hypotheekrente plaatsvindt, ook toe leiden dat de teruggaaf inkomstenbelasting in Box 1 daalt. Deze paragraaf laat zien dat het antwoord op de hierboven geformuleerde vraag "ja" is. De nieuwe regels met betrekking tot de hypotheekrenteaftrek, de veranderingen in de Box 3-heffing en de huidige lage rentestand, maken dat we, fiscaal, anders moeten gaan denken over de hypotheekrenteaftrek.

## 1.4 Giftenaftrek

### 1.4.1 Inleiding

Ook de giftenaftrek is een mooie manier om tot belastingafstel te komen. De giftenaftrek is in het leven geroepen om de vrijgevigheid aan allerhande goede doelen te stimuleren.

De inkomstenbelasting kent twee soorten giften: gewone giften en periodieke giften. Deze giften kunnen elk volgens eigen regels tot aftrek leiden. De periodieke giften kennen een ruimere aftrekmogelijkheid.

### 1.4.2 Giften

Een (gewone) gift is aftrekbaar als zij is gedaan aan een Algemeen Nut Beogende Instelling, ofwel kortgezegd: een "ANBI". ANBI's zijn als zodanig geregistreerde kerkelijke, levensbeschouwelijke, charitatieve, culturele, wetenschappelijke of algemeen nut beogende instellingen. De Hoge Raad heeft in een arrest van 1972 een definitie van het begrip gift gegeven: *een gift is een waardeverschuiving uit het vermogen van de gever naar dat van de begiftigde, waardoor het vermogen van de begiftigde wordt vergroot.*" Het motief dient vrijgevigheid te zijn. Als aan een gift materiële of immateriële voordelen kunnen worden ontleend, staat dit de aftrek in de weg. Om die redenen zijn bijvoorbeeld contributies aan de Rotary of Lions niet aftrekbaar.

### 1.4.3 Gewone giften

Voor gewone giften geldt een drempel en een plafond. De giften leiden tot aftrek voor zover zij samen zowel € 60 als 1% van het verzamelinkomen vóór toepassing van de persoonsgebonden aftrek te boven gaan (de drempel), en zijn vervolgens aftrekbaar tot ten hoogste 10% van het verzamelinkomen vóór toepassing van de persoonsgebonden aftrek (het plafond).

Of er sprake is van een ANBI kan gecontroleerd worden op de website van de Belastingdienst ([https://www.belastingdienst.nl/rekenhulpen/anbi\\_zoeken/](https://www.belastingdienst.nl/rekenhulpen/anbi_zoeken/)).

### 1.4.4 Periodieke gift

Periodieke giften gedaan aan een (culturele) ANBI of een niet-vennootschapsbelastingplichtige vereniging met minimaal vijftientig leden zijn onder voorwaarden volledig aftrekbaar, er geldt dan geen drempel en geen plafond, wat een aantrekkelijkheid is ten opzichte van de gewone gift.

Periodieke giften komen alleen voor aftrek in aanmerking als zij berusten op een bij notariële akte of (met ingang van 1 januari 2014 ook toegestaan) onderhandse akte van schenking aangegane verplichting om de uitkeringen of verstrekkingen gedurende vijf of meer jaren ten minste jaarlijks uit te keren. Daarnaast heeft de Belastingdienst tegenwoordig ook een modelovereenkomst op haar website staan die gebruikt kan worden.

Er is een formulier voor een periodieke gift in geld: [https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/overeenkomst\\_%20period\\_gift\\_in\\_geld\\_ib0802z2fol.pdf](https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/overeenkomst_%20period_gift_in_geld_ib0802z2fol.pdf)

en een formulier voor een periodieke gift in natura: [https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/overeenkomst\\_period\\_gift\\_in\\_nat\\_ib0812z2fol.pdf](https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/overeenkomst_period_gift_in_nat_ib0812z2fol.pdf)

#### 1.4.5 Gift aan een culturele instelling

Een gift doen aan een culturele instelling (culturele ANBI) is extra aantrekkelijk. Voor de bepaling van de aftrek worden de giften door particulieren aan culturele instellingen vermenigvuldigd met 1,25. De toepassing van deze multiplier is wel gemaximeerd tot € 5.000, zodat de verhoging maximaal € 1.250 bedraagt. Begiftigt men dus een culturele instelling met € 5.000, dan mag men € 6.250 aftrekken onder de giftenaftrek. Let wel dat het maximum geldt voor alle giften aan culturele instellingen tezamen; dus ook de periodieke giften tellen mee voor de bepaling van het maximum. Of een ANBI kwalificeert als culturele ANBI kan men opzoeken op voornoemde website van de Belastingdienst.

#### 1.4.6 Gift aan een particulier

Giften aan natuurlijke personen, die zich met goede doelen bezighouden, kwalificeren niet voor de giftenaftrek. Daarentegen is goedgekeurd dat een gift aan geestelijken (natuurlijke personen) wél voor giftenaftrek in aanmerking komen, mits de begiftigde geestelijken de giften aanwenden in het kader van het religieuze gebeuren.

#### 1.4.7 Vrijwilligersvergoeding, niet-gedeclareerde kosten als gift

Het komt nogal eens voor dat vrijwilligers of bestuurders van ANBI's afzien van hun vrijwilligersvergoeding of kosten, die zij aan de ANBI kunnen declareren, niet declareren. Onder bepaalde voorwaarden komen de niet-genoten vergoeding of niet-gedeclareerde kosten in aanmerking voor (gewone) giftenaftrek.

Wordt afgezien van een vergoeding, dan kan dit als aftrekbare gift in aanmerking worden genomen als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- de instelling is door de Belastingdienst aangewezen als ANBI;
- de ANBI heeft een zogenaamde vrijwilligersverklaring afgegeven, waaruit blijkt dat de persoon in kwestie zich heeft ingezet als vrijwilliger, aanspraak kon maken op de in de verklaring genoemde vergoeding en dat de ANBI bereid en in staat was de vergoeding uit te keren, dus:
  - de ANBI heeft een regeling getroffen, waarbij de vrijwilliger in aanmerking komt voor een vergoeding;
  - de ANBI heeft de bedoeling deze vergoeding uit te betalen;
  - de financiële situatie van de ANBI is ook zodanig dat zij de vergoeding kan uitbetalen;
  - de vrijwilliger moet de vrijheid hebben over de vergoeding te kunnen beschikken, met andere woorden het moet zijn (of haar) vrije keuze zijn om van de vrijwilligersvergoeding af te zien.

Wordt afgezien van het declareren van kosten, terwijl dit wél kan, dan kan dit als aftrekbare gift in aanmerking worden genomen als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- de instelling is door de Belastingdienst aangewezen als ANBI;
- de ANBI heeft een regeling getroffen ten aanzien van de te declareren kosten en de persoon in kwestie komt ook in aanmerking voor een kostenvergoeding;
- de ANBI heeft de bedoeling deze declaratie uit te betalen;
- de financiële situatie van de ANBI is ook zodanig dat zij de declaratie kan uitbetalen;
- de vrijwilliger moet zelf kunnen bepalen dat hij geen kostenvergoeding wil en deze schenkt aan de ANBI.

De hoogte van de gewone gift is gelijk aan het bedrag dat de vrijwilliger vergoed zou krijgen. Voor autokosten geldt evenwel een vast bedrag.

Als de ANBI geen kostenvergoedingsregeling kent, maar de kosten, die gemaakt worden naar maatschappelijke opvattingen, wel zouden behoren te worden vergoed, komen deze kosten wél in aanmerking voor de giftenaftrek. Voorbeelden van kosten, die naar maatschappelijke opvattingen vergoed behoren te worden, zijn bijvoorbeeld: reiskosten, portokosten, auto- en taxikosten.

#### 1.4.8 Giften aan buitenlandse instellingen

Giften aan buitenlandse instellingen kunnen ook in aanmerking worden genomen als deze zijn gevestigd in een EU-land, waarmee Nederland een belastingverdrag heeft met een adequaat inlichtingenartikel, op Curaçao, Aruba, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius of Saba of in een ander land dat door de Belastingdienst is aangewezen.

## 1.5 Is dividend uitkeren voordelig?

Indien er in de B.V. winsten zijn gemaakt, resteert er (hopelijk) na verloop van tijd een aanzienlijk bedrag dat bijvoorbeeld benut kan worden om het pensioen mee te financieren. Het vermogen wordt belegd in de B.V. en van de rendementen kunnen mooie dingen gedaan worden.

Maar wat is nu verstandig, beleggen in de B.V. of beleggen in privé?

Als u in de B.V. belegt, dan is het rendement belast tegen 20% of 25% vennootschapsbelasting. Keert u het rendement uit als dividend, dan bent u nog eens 25% inkomstenbelasting verschuldigd, bij elkaar een tarief van 40% tot 46%. Als u in privé gaat beleggen, is het (hoogste) tarief in Box 3 1,6% belasting. Bij een rendement van 4-5% op aandelen, hetgeen toch haalbaar moet zijn op de langere termijn, lijkt het heel verstandig om dividend uit te keren en te gaan beleggen in privé.

Immers 1,6% belasting bij een rendement van 5% betekent een tarief van 32%, altijd minder dan de 40-46% zoals hiervoor vermeld.

De werkelijkheid is echter anders. Tot een rendement van 8% kunt u beter geen dividend uitkeren!

Waarom is dat?

Bij de vergelijking kunt u de verschuldigde inkomstenbelasting op nul stellen.

Dat klinkt vreemd, maar een eenvoudig voorbeeld kan dat verduidelijken.

#### *Voorbeeld:*

Stel u heeft € 1.000.000 in de B.V. U keert het geld uit als dividend. Er resteert € 750.000 netto in privé. Bij een rendement van 8% en 1,6% belasting heeft u na één jaar  $€ 750.000 * (1 + 0,08 - 0,016) = € 798.000$ . Als u in de B.V. belegt en 20% vennootschapsbelasting betaalt, heeft u na één jaar  $€ 1.000.000 * 1,08 = € 1.080.000 - € 16.000$  vennootschapsbelasting =  $€ 1.064.000$ . Als u dat bedrag uitkeert als dividend, resteert er  $€ 1.064.000 * 75\% = € 798.000$ .

Als uw rendement meer bedraagt dan 8% is dividend uitkeren gunstig. Is uw rendement lager, dan niet.

U vergelijkt uw tarief vennootschapsbelasting met uw tarief in Box 3. Het dividendbelastingtarief is niet relevant voor de afweging.

## 1.6 Afkoop en afstempeling van pensioen

De opbouw van pensioen in eigen beheer is inmiddels door iedere DGA stopgezet. In de jaren 2017 tot en met 2019 heeft iedere DGA de keuze om zijn tot 30 juni 2017 opgebouwde pensioen in eigen beheer gewoon tot uitkering te laten komen (niets doen), de pensioenvoorziening om te zetten in een oude- dagsverplichting ('afstempelen') of het pensioen af te kopen. Voor iedere DGA is deze afweging anders en voor iedere DGA zal een andere keuze de optimale zijn.

In de wetsgeschiedenis is het realistische voorbeeld aangehaald van de DGA, die een pensioenvoorziening heeft van € 300.000 op de fiscale balans. Door de lage rentestanden, de eventuele indexatie van het pensioen, is de waarde in het economisch verkeer € 900.000. Afhankelijk van de overige oudedagsregelingen, die de DGA heeft, is het tarief waartegen hij of zij het pensioen kan laten uitkeren uit de B.V. naar privé in de toekomst naar verwachting tussen de 20% en 52%.

Bij een tarief van 52% en geen effectieve aftrek van de oprenting in de B.V. (die er vaak ook effectief niet is) betaalt de DGA 52% van € 900.000 = € 468.000 belasting.

Bij afstempeling daalt de uitkering. Bij een tarief van 52% is de te betalen belasting 52% van € 300.000 = € 156.000. Bij afkoop is er een regeling dat 34,5% korting wordt gegeven op de uitkering (van de per 31 december 2015 aanwezige voorziening). Als er geen oprenting is geweest tussen 31 december 2015 en het moment van afkoop, is de heffing 52% van € 300.000 \* (1 - 0,345) = € 102.180.

Uw maximale besparing is hier € 365.000!

Als echter het tarief geen 52% is, maar bijvoorbeeld 20% of 42%, dan wordt de afweging complexer. Vrijwel altijd is afstempeling van pensioen zeer voordelig. Als er andere Box 1-inkomsten zijn na de AOW-leeftijd, dan kan afkoop interessant zijn, mits er voldoende liquiditeiten zijn om dit te financieren.

## 1.7 Vermijd Box 3-heffing door middel van de vrijgestelde beleggingsinstelling

De belegger, die in Box 3 vermogen heeft, betaalt vanaf 2017 tot 1,62% heffing over zijn vermogen. Op eenvoudige wijze is dit terug te brengen naar een percentage over het rendement. Zoals aangegeven, kan geld gestort worden in een B.V., als lening of als eigen vermogen.

Het mooiste alternatief is echter de vrijgestelde beleggingsinstelling: 0% vennootschapsbelasting en alleen maar Box 2-heffing.

De vrijgestelde beleggingsinstelling ("VBI") is een faciliteit in de Wet op de Vennootschapsbelasting in de vorm van een 0%-tarief voor vennootschappen, die zich bezighouden met beleggen. De achtergrond van deze faciliteit is om het aantrekkelijk te maken om beleggingsvermogen in Nederland te houden.

Kapitaal is immers vluchtig en kan gemakkelijk in het buitenland worden aangehouden, in het algemeen daar waar het fiscaal laag belast wordt.

Dit fiscale regime is op 1 augustus 2007 in werking getreden. In de wet is een aantal voorwaarden voor de toepassing van het vrijgestelde regime opgenomen.

### ***Eisen vrijgestelde beleggingsinstelling***

Om van de VBI gebruik te kunnen maken, dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. De belangrijkste zijn:

- **Rechtsvorm**  
De VBI mag niet de alom gebruikte rechtsvorm B.V. hebben. Wél toegestaan is de rechtsvorm N.V. Deze rechtsvorm komt op een groot aantal punten overeen met de B.V. Het omzetten van een B.V. in een N.V. kan zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk op eenvoudige wijze en zonder belastingheffing gebeuren. Daarvoor is een statutenwijziging noodzakelijk.
- **Vermogensbestanddelen**  
De vermogensbestanddelen van een VBI moeten aan bepaalde eisen voldoen. Zo moeten de bezittingen verhandelbaar zijn, zoals beursgenoteerde financiële producten (aandelen, obligaties en derivaten) en/of banktegoeden. De volgende activiteiten en beleggingen zijn niet toegestaan:
  - deelnemingen;
  - ondernemingen;
  - verstrekken van (hypothecaire) leningen (bijvoorbeeld aan de aandeelhouder);
  - beleggingen in onroerende zaken, direct of indirect via bijvoorbeeld een C.V.;
  - pensioenvoorzieningen.
- **Aandeelhouders**  
Een VBI dient meer dan één aandeelhouder te hebben, waarbij één aandeelhouder niet meer dan 90% van de aandelen mag houden. Verder blijkt uit onze ervaring dat de fiscus niet als tweede aandeelhouder accepteert:
  - een minderjarig kind;
  - de echtgeno(o)t(e) van de andere aandeelhouder, wanneer zij in gemeenschap van goederen zijn gehuwd.

In de praktijk zijn de meerderjarige kinderen vaak medeaandeelhouder, omdat de VBI past in het grotere geheel van estate planning.

- **Bronheffingen niet verrekenbaar**  
De vrijstelling van de VBI voor de heffing van vennootschapsbelasting heeft onder meer tot gevolg dat bronheffingen, zoals dividendbelasting, die verschuldigd zijn over door de VBI ontvangen inkomsten, zoals dividend, niet kunnen worden verrekend. Feitelijk betekent dit dat bronheffingen het rendement drukken. Het is derhalve van belang de beleggingen van de VBI zo te kiezen dat er geen bronheffingen over de inkomsten van de VBI verschuldigd zijn.

Dit is het geval bij bijvoorbeeld beleggen in deposito's en bepaalde obligatiebeleggingen of beleggen in fondsen, die geen dividend uitkeren, maar herbeleggen. Ook indexbeleggingen zouden kwalificeren. Banken hebben hier inmiddels de nodige ervaring mee. Het is van belang dat de bank kan garanderen dat er "VBI-proof" belegd zal worden.

- (Fictief) dividend

De wetgever eist dat, als de aandeelhouder een aanmerkelijk belang houdt in de VBI, jaarlijks een dividend van 4% van het eigen vermogen van de VBI wordt aangegeven in Box 2 (tegen 25% belast). In het geval dit dividend niet feitelijk wordt uitgekeerd, wordt een fictief dividend in aanmerking genomen. In het geval van een fictief dividend wordt de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelangaandelen in de VBI met eenzelfde bedrag verhoogd. De aandeelhouder moet dus rekening houden met een jaarlijkse aanmerkelijkbelangheffing van  $4\% \times 25\% = 1\%$  van het eigen vermogen van de VBI. Het verschil van het brutodividend (4%), verminderd met de belastingheffing (1%) kan netto aan de aandeelhouder worden uitgekeerd. Deze dividendinkomsten stellen een aandeelhouder in staat om laag belast in privé-inkomsten te genieten uit de voormalige B.V.

*Rekenvoorbeeld:*

<u>Uitgangspunten:</u>	
Vermogen VBI	€ 2.000.000
Forfaitaire heffing	4% van het vermogen van de VBI
Heffing Box 2	25%
Jaarlijkse heffing in Box 2	€ 20.000
Privé beschikbaar	€ 60.000

- Eindafrekening

Vlak vóór de ingangsdatum van het VBI-regime zal er een eindafrekening moeten plaatsvinden. Dit houdt in dat de eventuele stille reserves in het vermogen van de B.V. met vennootschapsbelasting worden belast. Dit kan voordelig zijn als er sprake is van een pensioenvoorziening, omdat de fiscale waardering hiervan in het algemeen lager is dan de commerciële waardering; dit verschil kan bij omvorming naar de VBI direct in aftrek worden gebracht.

- Verzoek

Het VBI-regime wordt op verzoek toegekend (uiteraard als aan de voorwaarden is voldaan). Het verzoek moet worden ingediend vóór het einde van het boekjaar met ingang waarvan men de VBI-status wil verkrijgen. Afhankelijk van de beleggingsresultaten kan dus met terugwerkende kracht tot het begin van het lopende boekjaar besloten worden om te kiezen voor de VBI-status. De VBI-status kan ook met terugwerkende kracht worden opgeheven (door niet meer aan de voorwaarden te voldoen door bijvoorbeeld een lening aan de aandeelhouder te verstrekken). Als de VBI-status op verzoek wordt ingetrokken, dan kan dit niet met terugwerkende kracht.

# 2 Belastingafstel in de vennootschapsbelasting

## 2.1 Inleiding

Ook in de vennootschapsbelasting zijn er diverse mogelijkheden om tot belastingbesparing en dus belastingafstel te komen. In dit hoofdstuk laten we een aantal mogelijkheden de revue passeren.

## 2.2 Deelnemingsvrijstelling

### 2.2.1 Inleiding

De deelnemingsvrijstelling wordt wel één van de kroonjuwelen van de vennootschapsbelasting genoemd, onder andere omdat het één van de motieven voor buitenlandse bedrijven met (veel) buitenlandse dochterondernemingen is om zich in Nederland te vestigen.

De achterliggende gedachte bij de deelnemingsvrijstelling is dat er geen dubbele heffingen over winsten dienen plaats te vinden. Door de deelnemingsvrijstelling wordt voorkomen dat er binnen groepsverband dubbele heffing van vennootschapsbelasting plaatsvindt, namelijk eerst bij de dochter waar de winst gemaakt wordt en dan later nog eens een keer bij de moedermaatschappij, alwaar deze winst, als er geen deelnemingsvrijstelling bestond, tot de belastbare winst zou worden gerekend en alsdan nogmaals belast zou zijn.

### 2.2.2 Werking deelnemingsvrijstelling

Een voor de deelnemingsvrijstelling kwalificerende dochter-B.V. kan winst uitkeren aan haar moeder-B.V. zonder dat hierover bij de moeder vennootschapsbelasting wordt geheven. De deelnemingsvrijstelling voorkomt - kort gezegd - dat over dezelfde winst tweemaal of meer vennootschapsbelasting wordt geheven.

#### *Voorbeeld 1:*

Marijke bezit alle aandelen van Marijke Holding B.V. (de moeder-B.V.). Deze holding houdt op haar beurt alle aandelen in Marijke Tussenholding B.V. (de dochter-B.V.). De tussenholding houdt op haar beurt 100% van de aandelen van Marijke Werkmaatschappij B.V. (de kleindochter-B.V.). De kleindochter maakt een winst van € 100.000. Laten we aannemen dat Marijke dit hele bedrag nodig heeft voor privé-uitgaven. Het tarief voor de vennootschapsbelasting wordt in dit voorbeeld gesteld op 20%. We schetsen de fiscale gevolgen:

- (i) zonder een deelnemingsvrijstelling;
- (ii) met een deelnemingsvrijstelling.

#### *Uitwerking (i):*

Marijke Werkmaatschappij B.V. betaalt 20% vennootschapsbelasting over de winst van € 100.000. Er resteert een bedrag van € 80.000 om uit te keren. Marijke Werkmaatschappij B.V. keert het bedrag van € 80.000 als dividend uit aan Marijke Tussenholding B.V. Het bedrag van € 80.000 is bij Marijke Tussenholding B.V., als er geen deelnemingsvrijstelling zou gelden, niet vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Na vennootschapsbelasting blijft er nog een bedrag over van € 64.000. Deze winst wordt uitgekeerd aan Marijke Holding B.V. Ook bij Marijke Holding B.V. moet hier vennootschapsbelasting over worden geheven als er geen deelnemingsvrijstelling zou gelden. Na aftrek van vennootschapsbelasting resteert er een bedrag van € 51.200. Dit bedrag wordt uitgekeerd aan Marijke, die hierover 25% inkomstenbelasting betaalt in Box 2. Van de winst van € 100.000 blijft in deze situatie uiteindelijk een bedrag van € 38.400.



#### *Uitwerking (ii):*

Nu de uitwerking als er wél een deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Marijke Werkmaatschappij B.V. betaalt evenals onder (i) 20% vennootschapsbelasting over de winst van € 100.000. Het restant van € 80.000 wordt als dividend uitgekeerd aan Marijke Tussenholding B.V. Bij Marijke Tussenholding B.V. is het gehele bedrag vrijgesteld door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Dit betekent dat Marijke Tussenholding B.V. het gehele bedrag van € 80.000 kan uitkeren aan Marijke Holding B.V. Ook bij Marijke Holding B.V. is dit bedrag door toepassing van de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld en vindt er dus geen heffing van vennootschapsbelasting plaats. Marijke Holding B.V. keert het bedrag van € 80.000 als dividend uit aan Marijke. Over deze uitkering betaalt Marijke net als onder (i) 25% inkomstenbelasting in Box 2. Van de winst van € 100.000 blijft nu over een bedrag van € 60.000.

Toch fijn, zo'n deelnemingsvrijstelling. Van de € 100.000 blijft € 21.600 meer over. Door de deelnemingsvrijstelling wordt er in totaal (vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting) 21,6%<sup>8</sup> minder belasting geheven. Dit is een definitief afstel.

### **2.2.3 Wanneer geldt de deelnemingsvrijstelling?**

De deelnemingsvrijstelling is van toepassing als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- (i) de deelneming is een vennootschap, waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- (ii) de belastingplichtige houdt ten minste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de vennootschap;
- (iii) de deelneming wordt niet als belegging gehouden of de deelneming is een kwalificerende beleggingsdeelneming.

De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing als er sprake is van een beleggingsdeelneming. In dat geval is de deelnemingsverrekening mogelijk (waar we hier niet verder op ingaan).

#### ***Beleggingsdeelneming/oogmerk***

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een beleggingsdeelneming is allereerst de zogenoemde oogmerktest van belang. Met welk oogmerk wordt de deelneming gehouden? Als er gestreefd wordt naar een rendement zoals bij normaal vermogensbeheer, zal er sprake zijn van een belegging. Als er geparticipeerd wordt in een actieve onderneming, een onderneming die in het verlengde ligt van de eigen onderneming, zal er sprake zijn van een actieve participatie. Bepaalde deelnemingen worden echter bij wet altijd als een beleggingsdeelneming gezien, ongeacht het oogmerk, waarmee zij worden gehouden. Dit geldt voor deelnemingen waarvan:

- (i) de bezittingen (geconsolideerd beschouwd) in het algemeen grotendeels bestaan uit belangen in lichamen van minder dan 5%;
- (ii) de functie grotendeels die van groepsfinanciering is.

---

<sup>8</sup> Namelijk  $20\% \text{ van } 80\% + 20\% \text{ van } 64\% = 28,8\% - 25\% \text{ van } 28,8\% = 21,6\%$ .

### ***Bezittingen- en onderworpenheidstoets***

Bij de bezittingentoets wordt er gekeken of de bezittingen van de dochter niet voor meer dan de helft uit beleggingen bestaan. De onderworpenheidstoets moet uitwijzen of de dochter is onderworpen aan een winstbelasting van 10% of meer.

De bezittingen- en onderworpenheidstoets worden in beginsel aangewend als niet aan de oogmerktoets wordt voldaan. Ook geldt dat als aan de bezittingen- en onderworpenheidstoets wordt voldaan (er is dan sprake van een zogenoemde kwalificerende beleggingsdeelneming), het oogmerk niet meer van belang is.

### ***Kwalificerende beleggingsdeelneming***

De deelnemingsvrijstelling is wél van toepassing als er sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Van een kwalificerende beleggingsdeelneming is er sprake als:

- (i) de deelneming onderworpen is aan een winstbelasting, die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing (onderworpenheidstoets);
- (ii) de bezittingen van de deelneming doorgaans (on)middellijk voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen (bezittingentoets).

Bij de onderworpenheidstoets wordt de buitenlandse belastingheffing over de winst van de deelneming vergeleken met de heffing naar Nederlandse maatstaven. Een tarief van 10% geldt normaal gesproken als reële heffing. Voor de bezittingentoets worden laagbelaste vrije beleggingen niet meegeteld als zij toebehoren aan een lichaam waarvan de bezittingen in het algemeen ten minste hoofdzakelijk bestaan uit andere bezittingen dan laagbelaste vrije beleggingen.

### **2.2.4 Deelnemingsvrijstelling en Flex B.V.**

Bij de deelnemingsvrijstelling geldt een harde formele eis van 5% van het nominaal gestorte kapitaal. De wetgever heeft bij de invoering van de Flex B.V.-wetgeving aangegeven geen reden te zien om deze formele eis aan te passen. Dit houdt in dat zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen en beide meetellen voor de bepaling van het totale nominaal gestorte kapitaal en voor de 5%-grens.

### **2.2.5 De fiscale gevolgen van de deelnemingsvrijstelling**

De deelnemingsvrijstelling heeft tot gevolg (zie het voorbeeld bij paragraaf 2.2.2) dat de dochter dividend kan uitkeren aan haar moeder, zonder dat vennootschapsbelasting geheven wordt bij de moeder. Stijgen de aandelen van de dochter in waarde (bijvoorbeeld, omdat de dochter haar winst niet uitkeert aan de moeder), dan leidt deze waardestijging bij de moeder niet tot winst. Hier staat tegenover dat de moeder de aandelen van de dochter niet ten laste van het fiscale resultaat mag afwaarderen wanneer deze in waarde dalen (wanneer de dochter verlies maakt). Een verlies van een dochter beïnvloedt de (fiscale) winst van de moeder dus niet.

Op deze regel bestaat één uitzondering: Een verlies dat ontstaat bij een liquidatie van een dochter-B.V. wordt (onder voorwaarden) wél in mindering gebracht op de winst van de moeder-B.V. Zo'n verlies heet een liquidatieverlies. Ook verliezen en winsten, die ontstaan bij de verkoop van een dochter-B.V. behoren bij de moeder-B.V. niet tot de winst.

#### *Voorbeeld 2:*

Holding B.V. bezit alle aandelen van Werk B.V. Holding B.V. heeft voor deze aandelen € 700.000 betaald.

Werk B.V. behaalt in 2014 een winst na vennootschapsbelasting van € 250.000. Werk B.V. keert een bedrag van € 200.000 uit aan haar moedermaatschappij Holding B.V. Deze winstuitkering is door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld van vennootschapsbelasting.

In het jaar 2015 maakt Werk B.V. € 500.000 verlies. Holding B.V. maakt een winst van € 200.000. Door het verlies dalen de aandelen Werk B.V. in waarde. Deze waardedaling komt niet ten laste van de winst van Holding B.V.

Bij Werk B.V. gaan de zaken steeds slechter. In 2016 wordt besloten om Werk B.V. te liquideren. Werk B.V. keert bij de liquidatie eenmalig een bedrag van € 50.000 uit aan haar moeder Holding B.V. Laten we aannemen dat de liquidatie ook in 2016 is voltooid en dat dus Holding B.V. in 2016 het liquidatieverlies in aanmerking kan nemen. Dit liquidatieverlies bestaat uit het bedrag dat Holding B.V. voor Werk B.V. heeft betaald (het opgeofferde bedrag) minus de liquidatie-uitkering. Verder moet een correctie worden toegepast voor de winstuitkeringen gedurende vijf jaar voor de liquidatie. Als liquidatieverlies is bij Holding B.V. dan aftrekbaar € 700.000 (het opgeofferde bedrag) minus € 50.000 (liquidatie-uitkering) minus € 200.000 (de winstuitkering uit 2014) is € 450.000

### **2.2.6 Gebruik de deelnemingsvrijstelling**

Als een belastingplichtige winsten maakt in een dochtermaatschappij, c.q. een vennootschap, waarin hij via zijn holding 5% of meer van de aandelen houdt, zijn de winsten in de dochtermaatschappij belast en niet nogmaals in de holding. Als de dochtermaatschappij verlies maakt, zijn de verliezen in de deelneming aftrekbaar en niet bij de moeder. Het eerste is gewenst, het laatste niet. Dergelijke verliezen zult u willen verrekenen met winsten van de moeder. Een fiscale eenheid was een oplossing geweest, maar niet altijd wordt aan de voorwaarden voldaan.

Behalve dat de verliezen van de dochter niet aftrekbaar zijn bij de moeder, zijn soms ook de afwaarderingen van vorderingen op de dochter niet aftrekbaar. Dit is het geval van een aandeelhoudersmotief waarom de lening is verstrekt en loopt de moeder tegen een aftrekbeperking aan.

Het liquideren van de dochtermaatschappij is voor beide problemen de oplossing. Zowel de verliezen van de dochter zijn aftrekbaar bij de moeder als de afwaarderingen van de vorderingen.

Hierbij moet wél bijzonder worden opgelet.

Niet exact het bedrag van de verliezen van de dochter is aftrekbaar, maar het opgeofferde bedrag minus liquidatieuitkeringen, derhalve het bedrag dat de moeder in de deelneming heeft geïnvesteerd. Dat kan een heel ander bedrag zijn dan de verliezen van de dochter. Als er een fiscale-eenheidsperiode is geweest, verliest de moeder het oorspronkelijk opgeofferde bedrag en is er vaak geen of een zeer beperkt liquidatieverlies.

Als de onderneming binnen de groep wordt voortgezet, is er (voorlopig) geen liquidatieverlies.

Als de deelneming zelf weer een deelneming heeft en deze is aangekocht en verkocht, dan is de waardedaling van die kleindochter niet meer aftrekbaar.

Vele haken en ogen aan de regeling, maar onder omstandigheden wél van groot belang om verliezen naar de moeder te halen en te kunnen compenseren met winsten van de moeder zelf.

### 2.2.7 Enige slotopmerkingen

Bedenk dat een B.V. met een aandelenbelang van meer dan 5% de deelnemingsvrijstelling niet achterwege kan laten wanneer haar dat goed uitkomt. Er is geen keuze. De deelnemingsvrijstelling geldt namelijk bij wet en is onafhankelijk van de wil van de moeder en dochter(s). Partijen hoeven geen verzoek te doen bij de Belastingdienst om de deelnemingsvrijstelling te laten toepassen: hij is van toepassing als aan de voorwaarden wordt voldaan.

#### *Voorbeeld 3:*

Peter bezit alle aandelen van Autobedrijf Peter B.V. Deze B.V. houdt op haar beurt 100% van de aandelen in Garage Klaas B.V. Autobedrijf Peter B.V. heeft de aandelen in Garage Klaas B.V. gekocht voor € 1.500.000. De aandelen zijn een aantal jaren later nog maar € 1.000.000 waard. Autobedrijf Peter B.V. verkoopt de aandelen en lijdt daarbij een verlies van € 500.000. Een verlies uit een deelneming (niet zijnde een liquidatieverlies) komt door de deelnemingsvrijstelling niet in aftrek. Had de deelnemingsvrijstelling niet gegolden, dan had Autobedrijf Peter B.V. een verlies in aanmerking kunnen nemen van € 500.000. Partijen kunnen niet kiezen om de deelnemingsvrijstelling in dit geval achterwege te laten.

Een moeder-B.V. mag de aandelen van een dochter-B.V. niet ten laste van de winst afwaarderen wanneer de dochter verlies maakt. Bedenk dat de dochter-B.V. een verlies in veel gevallen gewoon kan verrekenen met de positieve resultaten, die zij zelf in het verleden heeft behaald (één jaar terug) of in de toekomst (de komende negen jaar) gaat maken.

Een moeder-B.V. kan de verliezen van de dochter-B.V. wél verrekenen als beide B.V.'s een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting vormen. Meer hierover in de fiscale eenheid.

De deelnemingsvrijstelling is een vrij ingewikkelde regeling, waarover veel gepubliceerd wordt. We hebben hier een aantal hoofdzaken de revue laten passeren.

## 2.3 Innovatiebox

### 2.3.1 Inleiding

De innovatiebox is een aantrekkelijke tegemoetkoming in de vennootschapsbelasting en is ingevoerd om innovatief onderzoek door ondernemers fiscaal te stimuleren. Mede door internationale ontwikkelingen is de innovatiebox in de loop van de tijd wel aangepast.

### 2.3.2 De tegemoetkoming

De innovatiebox is een vennootschapsbelastingfaciliteit. De winsten, die kwalificeren voor de innovatiebox, worden effectief belast tegen een vennootschapsbelastingtarief van 5% in plaats van tegen het normale vennootschapsbelastingtarief (20%/25%). Innovatieverliezen vallen niet onder de 5%-heffing, die mogen in beginsel worden verrekend tegen het normale tarief.

### 2.3.3 De voorwaarden

Voor de innovatiebox kan worden gekozen in de vennootschapsbelasting als een belastingplichtige:

- zelf immateriële activa ontwikkelt en hiervoor óf een octrooi gekregen heeft óf dat er een WBSO-beschikking voor afgegeven is;
- het inkomen, dat met het activum wordt behaald, voor ten minste 30% het directe gevolg moet laten zijn van de innovatie (het octrooi of de WBSO-beschikking).

De voordelen moeten groter zijn dan de voortbrengingskosten die worden afgetrokken. Dit is de zogeheten boxdrempel. De boxdrempel is de som van de voortbrengingskosten in het boekjaar en het saldo van in te lopen voortbrengingskosten.

### 2.3.4 Forfaitaire regeling

Om ook MKB-ondernemers (meer) gebruik te laten maken van de innovatiebox, is per 1 januari 2013 een forfaitaire regeling ingevoerd voor het bepalen van het saldo van de voordelen, die kunnen worden toegerekend aan de innovatiebox. Als voor deze forfaitaire regeling wordt geopteerd, wordt 25% van de winst aangemerkt als het saldo van voordelen uit hoofde van de immateriële activa en daarmee in de innovatiebox belast. Hierbij hoeft geen drempel in aanmerking te worden genomen. Het forfaitaire in aanmerking te nemen bedrag is gemaximeerd op € 25.000.

Deze forfaitaire regeling is optioneel. Elk jaar kan ervoor gekozen worden haar wel of niet toe te passen. Omdat de winst uit een immaterieel actief zich meestal niet in één jaar materialiseert, is ervoor gekozen om de winst bij fictie te verdelen over het jaar waarin het immateriële actief ontstaat en de twee daaropvolgende jaren.

De forfaitaire regeling is aantrekkelijk in die gevallen, waarin de R&D-activiteiten een relatief laag aandeel vormen in de totale bedrijvigheid binnen de onderneming en/of er sprake is van een bescheiden winst. Opteren voor de regeling kan in de vennootschapsbelastingaangifte. Na deze periode moet worden bepaald op de onderneming nog steeds kwalificeert voor de innovatiebox, bijvoorbeeld door in het bezit te zijn van WBSO-verklaringen.

Het is thans niet zeker of deze forfaitaire regeling blijft bestaan.

### 2.3.5 Toegangsticket

Met ingang van 1 januari 2017 geldt er voor wat betreft de toegang tot de innovatiebox een verschil tussen grote en kleine ondernemingen. De grens tussen klein en groot ligt bij een groepsomzet van (gemiddeld) € 50 miljoen per jaar (€ 250 miljoen over 5 jaar) of brutovoordelen uit immateriële activa van (gemiddeld) € 7,5 miljoen per jaar (€ 37,5 miljoen over 5 jaar).

Het toegangsticket voor de innovatiebox voor kleine bedrijven is een WBSO-beschikking.

Het toegangsticket voor de innovatiebox voor grote bedrijven is:

- een WBSO-beschikking,

met daarnaast nog een:

- octrooi; óf
- kwekersrecht; óf
- programmatuur; óf
- gebruiksmodel; óf
- vergunning voor het in de handel brengen van een geneesmiddel;
- immaterieel activum dat samenhangt met een hierboven genoemd immaterieel activum.

### **2.3.6 Kwalificerende immateriële activa**

De innovatiebox kan alleen toegepast worden op kwalificerende immateriële activa. Dit zijn:

- (i) zelfontwikkelde immateriële activa waarvoor een (Nederlands of buitenlands) patent of kwekersrecht is verkregen;
- (ii) zelfontwikkelde immateriële activa, die voortvloeien uit activiteiten die onder een WBSO-beschikking vallen.

### **2.3.7 Methoden ter bepaling van het voordeel**

Het voor de innovatiebox kwalificerende voordeel hangt af van de individuele feiten en omstandigheden van de betreffende belastingplichtige. Er zijn diverse methoden om het voordeel te bepalen. De Belastingdienst heeft in een resolutie aangegeven welke methode naar haar oordeel in welke gevallen de voorkeur verdient:

- (i) EBIT-methode - R&D is een kernactiviteit, going concern;
- (ii) per-asset methode - winst en kosten zijn individueel per immaterieel actief te bepalen;
- (iii) cost-related methode - R&D is geen kernactiviteit.

Over het algemeen is het zo dat tot maximaal 50% van het totale (bedrijfs)resultaat kan kwalificeren voor de innovatiebox.

### **2.3.8 Overeenkomst met de Belastingdienst**

De innovatiebox is pas van toepassing als men voor toepassing kiest. Dit is een keuze, die gemaakt wordt in de aangifte vennootschapsbelasting van het betreffende jaar. Het allerlaatste moment waarop er nog voor toepassing van de innovatiebox kan worden gekozen, is door middel van bezwaar tegen de definitieve aanslag van het betreffende jaar binnen de bezwaartermijn.

Praktijkervaring leert dat het zeer raadzaam is, ruim voordat de aangifte vennootschapsbelasting wordt ingediend, een vaststellingsovereenkomst met de Belastingdienst te hebben gesloten over de toepassing van de innovatiebox. Ervaring leert dat als men in de aangifte kiest voor de toepassing van de innovatiebox en men geen vaststellings-overeenkomst heeft, dit bijna automatisch leidt tot een hoop vragen van de Belastingdienst. Het is daarom (veel) beter hier vooraf overeenstemming over te bereiken.

### 2.3.9 Contract R&D

Essentieel voor de toepassing van de innovatiebox is dat het immateriële actief zelfontwikkeld is. Voordelen uit hoofde van een niet zelf voortgebracht immaterieel activum komen dus niet in aanmerking voor toepassing van de innovatiebox. De Staatssecretaris heeft in een resolutie zijn gedachten over zelfontwikkelen gegeven en daarbij aangegeven wanneer contract R&D wel en niet kwalificeert. Hij geeft aan dat zelf voortbrengen betekent dat de belastingplichtige het immateriële activum voor zijn rekening en risico heeft ontwikkeld. Daarvoor is nodig dat er voldoende belangrijke functies bij de belastingplichtige aanwezig zijn om het immateriële activum aan de belasting- plichtige toe te kunnen rekenen. Van zelf voortbrengen is daarom sprake als de belastingplichtige beslissings- bevoegd en functioneel in staat is om de onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden aan te sturen. Activiteiten, die hierbij een rol spelen, zijn onder andere het vanuit een inhoudelijke expertise dragen van verantwoordelijkheid voor de zelf gemaakte keuzes tijdens het onderzoeks- en ontwikkelingsproces en de planning, de budgettering, het meten van prestaties, het belonen, het aanpassen/herdefiniëren van de werkterreinen, het vaststellen van de commerciële waardevolle gebieden en het beoordelen van de kans op (on)succesvol onderzoek. Een belastingplichtige, die een immaterieel activum bezit, maar functioneel niet in staat is om de daarbij behorende onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden vanuit de eigen inhoudelijke expertise aan te sturen, komt, aldus de Staatssecretaris, dus niet in aanmerking voor toepassing van de innovatiebox. Over het algemeen geldt dat hoe meer onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden belastingplichtige zelf uitvoert, hoe eerder genoemde aansturing aannemelijk zal zijn. De Staatssecretaris geeft het volgende voorbeeld.

#### *Voorbeeld:*

Een groepsmaatschappij van een concern beheert de octrooiportefeuille van dit concern. Deze maatschappij treedt ook op als aanvrager en wordt geregistreerd als eigenaar van de octrooien van de elders in het concern ontwikkelde immateriële activa. De maatschappij heeft uitsluitend administratief personeel en een in octrooi-recht gespecialiseerde jurist in dienst. Gelet op deze functies voldoet deze groepsmaatschappij niet aan de eis dat de immateriële activa zelf zijn voortgebracht. De groepsmaatschappij is namelijk functioneel niet in staat en beslissingsbevoegd om de onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden aan te sturen. De innovatiebox is dus niet van toepassing.

De Staatssecretaris geeft ook aan dat als onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden worden uitbesteed, dat niet betekent dat er geen sprake kan zijn van een zelf voortgebracht immaterieel activum. Uitgangspunt blijft namelijk dat er bij de belastingplichtige voldoende belangrijke functies aanwezig moeten zijn om het immateriële activum aan hem toe te kunnen rekenen. Onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden kunnen dus worden uitbesteed zonder dat dit van invloed is op de toepassing van de innovatiebox, zolang de belastingplichtige het immateriële activum voor eigen rekening en risico ontwikkelt. Het maakt daarbij niet uit of de onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden binnen of buiten de groep worden uitbesteed.

Naarmate er meer wordt uitbesteed, zal er ook meer aannemelijk moeten worden gemaakt - bijvoorbeeld op basis van documentatie - dat er daadwerkelijk voldoende belangrijke functies bij de belastingplichtige aanwezig zijn. Waar de grens ligt, is afhankelijk van de verrichte activiteiten en de overige specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

## 2.4 Herinvesteringsreserve

De vorming van de herinvesteringsreserve ("HIR") is naar keuze van de ondernemer.

De HIR kan naar vrije keuze van de ondernemer worden gevormd, mits een herinvesteringsvoornemen aanwezig is. De keuze kan worden gemaakt per vervreemd bedrijfsmiddel. Grond en opstallen zullen veelal één bedrijfsmiddel vormen.

Eventuele boekverliezen bij vervreemding van andere bedrijfsmiddelen komen niet in mindering op een gevormde HIR, maar vormen een negatieve winstcomponent van het vervreemdingsjaar.

Als men keer op keer bij de vervreemding van een vermogensbestanddeel gebruik kan maken van de HIR, is het uitstel van heffing over de boekwinsten op een gegeven moment zover naar de toekomst verschoven dat effectief bijna gesproken kan worden van afstel.

### 2.4.1 Bedrijfsmiddelen

De HIR-regeling is van toepassing op bedrijfsmiddelen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen lichamelijke bedrijfsmiddelen en onlichamelijke bedrijfsmiddelen (bijvoorbeeld vergunningen en goodwill).

De essentie van de definitie van bedrijfsmiddel kan als volgt worden weergegeven:

'Als bedrijfsmiddelen worden aangemerkt als goederen, die behoren tot het ondernemingsvermogen en die niet uitsluitend zijn bestemd voor de omzet.'

### 2.4.2 Uitgesloten bedrijfsmiddelen

Niet als toegestaan bedrijfsmiddel voor de HIR worden aangemerkt:

- Vermogensrechten ter belegging (effecten).
- Voorwerpen van geringe waarde, die direct ten laste van het resultaat worden gebracht. Deze voldoen niet aan de criteria voor bedrijfsmiddel.
- Bedrijfsmiddelen, die onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

### 2.4.3 Lange en korte bedrijfsmiddelen

In de regeling wordt een onderscheid gemaakt tussen:

- (i) "Lange" bedrijfsmiddelen.  
Hierop wordt niet of in meer dan tien jaar afgeschreven (grond, gebouwen, en dergelijke).
- (ii) "Korte" bedrijfsmiddelen.  
Hierop wordt gedurende tien jaar of korter afgeschreven.

Voor de indeling in "lang" en "kort" gaat het niet om de afschrijvingstermijn bij belastingplichtige, maar om een objectivering ("plegen") uitgaande van het nieuw zijn van het bedrijfsmiddel. Dit is anders voor tweedehands bedrijfsmiddelen waarvoor een markt is, bijvoorbeeld gereviseerde machines.

HIR's wegens korte bedrijfsmiddelen kunnen uitsluitend worden afgeboekt op investeringen in korte bedrijfsmiddelen.

HIR's ontstaan op lange bedrijfsmiddelen mogen naar keuze van de ondernemer worden afgeboekt op:

- Investerings in korte bedrijfsmiddelen.
- Vervangende lange bedrijfsmiddelen, die eenzelfde economische functie hebben in de onderneming.



#### **2.4.4 Vervreemdingswinsten**

Een HIR kan worden gevormd voor boekwinsten bij vervreemding van bedrijfsmiddelen. Een vervreemding kan voortvloeien uit een overeenkomst van ruil of koop of welke andere rechtshandeling, die ten doel heeft het bedrijfsmiddel in andere handen te brengen. Het jaar van vervreemding hoeft niet het jaar van winstrealisatie te zijn.

#### **2.4.5 Het herinvesteringsvoornemen**

Voorwaarde voor het vormen van een HIR is dat bij belastingplichtige op balansdatum van het jaar, waarin de vervreemding plaatsvond, een herinvesteringsvoornemen aanwezig is. In het geval van een lichaam houdt dit in dat het bestuur van het lichaam dit voornemen op dat tijdstip moet hebben. Een herinvesteringsvoornemen bij de Vergadering van Aandeelhouders kwalificeert niet.

De bewijslast voor het voornemen ligt bij belastingplichtige. In het algemeen volstaat een enkele verklaring van de ondernemer of directie. Slechts in bijzondere gevallen zal een dergelijke verklaring niet voldoen. Hierbij valt te denken aan de volgende situaties:

- Als moet worden aangenomen dat de (IB-)onderneming is/wordt gestaakt.
- Als uit feiten en omstandigheden moet worden geconcludeerd dat een beleggingsmaatschappij overstapt van belegging in onroerende zaken op belegging in effecten (uitgesloten herinvesteringen).
- Uitkering van de boekwinsten aan aandeelhouders kan een aanwijzing vormen dat geen herinvesteringsvoornemen (meer) aanwezig is.
- De boekwaarde-eis ligt zodanig hoog, dat aanwending van de HIR hoogst onwaarschijnlijk is. Belastingplichtige moet het voornemen hebben tot herinvestering in één of meerdere bedrijfsmiddelen waarop deze reserve ook kan worden afgeboekt.

Als de inspecteur de HIR na de rechtmatige vorming wil laten vrijvallen, moet hij aannemelijk maken dat een herinvesteringsvoornemen op een latere balansdatum niet meer aanwezig is.

Uit de wettekst kan worden afgeleid dat bij het vervallen van het voornemen tot herinvestering op enig moment na rechtmatige vorming van de reserve een vrijval zou moeten volgen, ook als een herinvesteringsvoornemen aan het einde van het boekjaar wel weer aanwezig is. De HIR kan gereserveerd blijven als en zolang het voornemen tot herinvestering bestaat.

Een tijdelijk stilleggen van de ondernemingsactiviteiten staat de vorming en handhaving van een HIR niet in de weg.

#### **2.4.6 Volledige boekwinst naar de HIR?**

Op grond van de letterlijke wettekst kan een HIR voor de boekwinst slechts gevormd worden als er een voornemen is om de gehele opbrengst te herinvesteren. Op grond van aanvullende besluiten kan echter ook slechts voor het deel van de verkoopwinst, dat wel wordt geherinvesteerd, een HIR gevormd worden. Het belang van een gedeeltelijke vorming van een HIR kan zijn, dat daarmee een gedeelte van de boekwinst in de fiscale winst valt, die juist groot genoeg is om een bestaand saldo compensabele verliezen aan te zuiveren.

#### 2.4.7 Aanwending van de HIR

De HIR wordt afgeboekt op de kostprijs van de herinvesteringen in het jaar van vervreemding of de drie daaropvolgende jaren. Voor lange bedrijfsmiddelen geldt dat de vervanging ook al voordien mag hebben plaatsgehad.

#### 2.4.8 Eenzelfde economische functie

De eis van eenzelfde economische functie voor het vervangende bedrijfsmiddel geldt alleen voor afboekingen van HIR's op vervangende lange bedrijfsmiddelen als deze HIR is gevormd voor boekwinsten op dergelijke lange bedrijfsmiddelen.

Een algemeen criterium voor economische vervanging lijkt: 'Ongeveer in dezelfde mate zich lenend voor exploitatie en beheer, zoals belanghebbende die nastreeft'. In de praktijk zal de problematiek inzake economische vervanging veelal gaan om onroerende zaken. Grenzen en mogelijkheden kunnen hierbij onder andere zijn:

- Vervanging van een groter object door verschillende kleinere of omgekeerd is mogelijk.
- Een capaciteitsuitbreiding is geen bezwaar (pand vervangen door groter pand), eis is wel dat evenredig wordt afgeboekt, rekening houdend met de boekwaarde-eis.
- Een pand in eigen gebruik kan niet worden vervangen door een verhuurd pand.
- Een pand in aanbouw kan worden vervangen door een afgebouwd pand.
- Een perceel grond met de enkele bouwbestemming voor een bedrijfspand, dat wordt verkocht voordat met de bouw wordt begonnen, kan echter niet worden vervangen door een bouwperceel met daarop een gebouwd bedrijfspand.
- Een pand in mede-eigendom kan worden vervangen door een pand in volledig eigendom.
- Volgens de Staatssecretaris van Financiën zijn eigendom en gerechtigheid tot een personenvennootschap niet uitwisselbaar.
- Erfpacht is uitwisselbaar met eigendom, als de erfpacht sterke verwantschap vertoont met het recht van eigendom.
- Een opstalrecht kan worden uitgeruild met eigendom.
- Bij vervanging van beleggingsvastgoed zijn criteria voor de beoordeling van de economische functie onder andere (verschillen in):
  - rendement;
  - courantheid;
  - inflatiebestendigheid;
  - liquideerbaarheid;
  - realiseerbaarheid.
- Een waardeverschil tussen de vervreemde en de gekochte objecten behoeft geen belemmering te zijn, als het gaat om gelijksoortige verhuurobjecten in het kader van een onderneming tot exploitatie van onroerende zaken.

### 2.4.9 De boekwaarde-eis

De boekwaarde-eis houdt in dat afboeking van de HIR pas mogelijk is als de (som van) de vervangingsinvestering(en) de boekwaarde van de vervreemde bedrijfsmiddelen overtreft. Investerings die niet ter vervanging dienen, tellen niet mee.

### 2.4.10 Volgorde van afboeking van HIR

De volgorde van afboeking van de HIR is als volgt:

- HIR's op korte bedrijfsmiddelen moeten worden afgeboekt op investeringen in korte bedrijfsmiddelen als dit mogelijk is.
- Voor HIR's wegens boekwinsten op lange bedrijfsmiddelen geldt dat afboeking op korte bedrijfsmiddelen toegestaan is, maar niet verplicht is. Afboeking is wél verplicht, als dat mogelijk is op een vervangend bedrijfsmiddel met dezelfde economische functie.

De wetgever heeft geen bepaling opgenomen inzake de volgorde waarin een HIR moet worden afgewikkeld binnen een boekjaar. Aangenomen wordt dat de ondernemer hierin keuzevrijheid heeft.

## 2.5 Uitzasieren pensioen in eigen beheer

De “Wet uitzasieren pensioen in eigen beheer” is met ingang van 1 april 2017 in werking getreden. Dit heeft de nodige consequenties voor het pensioen in eigen beheer. In het kader van deze uitgave leggen we de nadruk op de mogelijkheid van afkoop en omzetting, wat tot afstel van belastingheffing kan leiden in vergelijking met hoe het was. Nadrukkelijk merken wij evenwel op dat de mogelijkheid van afkoop en omzetting niet voor iedereen zal zijn weggelegd. In een aantal gevallen zal bevroren de aangewezen oplossing zijn.

### 2.5.1 Korte achtergrondschets

Pensioen in eigen beheer is in de afgelopen jaren een complexe aangelegenheid geworden. Deze complexiteit, de hoge kosten en het relatieve grote beslag dat op de capaciteit van de Belastingdienst wordt gelegd, is onder andere de aanleiding geweest uitvoerig te kijken naar de mogelijkheden om het pensioen in eigen beheer te hervormen. Daarnaast vormt in de praktijk een probleem dat door de fiscale waarderingsvoorschriften er een groot verschil is ontstaan tussen de (fiscale) balanswaarde en de commerciële waarde van de pensioenvoorziening. De huidige lage rentestand maakt dit probleem nog groter. Het verschil tussen de werkelijke waarde en de fiscale waarde van de pensioenvoorziening kan tot gevolg hebben dat er geen dividenduitkeringen kunnen worden gedaan. Alles overwegende heeft dit de Staatssecretaris van Financiën uiteindelijk doen besluiten de faciliteit van het pensioen in eigen beheer af te schaffen.

## 2.5.2 De nieuwe regels

De nieuwe regels houden het volgende in:

- (i) Per 1 april 2017 is het niet langer mogelijk om fiscaal gefacileerd nieuwe pensioenaanspraken in eigen beheer op te bouwen. Het is dus ook niet meer mogelijk aan bestaande pensioenvoorzieningen te doteren. De eigenbeheersituaties moeten per 1 april 2017, maar uiterlijk per 30 juni 2017 zijn beëindigd (er geldt een overgangsregeling van drie maanden).
- (ii) Voor wat betreft bestaande, maar ook ingegane, pensioenvoorzieningen zijn er een drietal mogelijkheden:
  - (a) niets doen;
  - (b) uifaseren met afkoop;
  - (c) uifaseren met omzetting in een oudedagsverplichting.

### 2.5.2.1 Ad iia) Niets doen

De tot 30 maart 2017 (of 30 juni 2017 of al eerder premievrij gemaakte) opgebouwde aanspraken mogen in eigen beheer blijven staan en dienen vervolgens jaarlijks actuariel te worden gewaardeerd, waarbij de problematiek van de fiscale en de commerciële waardering blijft bestaan. Het pensioen wordt bij deze optie afgewikkeld, zoals overeengekomen is in de pensioenovereenkomst.

### 2.5.2.2 Ad iib) Uifaseren met afkoop

Dit is de variant waar het de Staatssecretaris om te doen is en die dan ook zijn voorkeur geniet.

De bestaande pensioenvoorziening mag zonder afrekenen worden afgestempeld naar de (vaak veel) lagere fiscale (balans)waarde. Vervolgens mag de pensioenverplichting in 2017, 2018 of 2019 (volledig) worden afgekocht. Om een snelle afkoop te stimuleren, is de korting in 2017 het hoogst.

De kortingen en de effecten op het effectieve tarief zijn weergegeven in de onderstaande tabel:

Afkoopjaar	Korting op de grondslag voor de loonheffing	Deel van de afkoopsom belast met loonheffing	effectief tarief bij een tabeltarief van	
			52%	42%
2017	34,50%	65,50%	34,06%	27,51%
2018	25%	75%	39%	31,50%
2019	19,50%	80,50%	41,86%	33,81%

De korting wordt alleen gegeven over de fiscale waarde ultimo 2015. Het verschil tussen de fiscale waarde 2015 en de fiscale waarde op de afkoopdatum is normaal belast. Dit is gedaan om anticiperend gedrag te voorkomen, want het had daarom geen zin meer om in 2016 alsnog pensioen toe te zeggen of maatregelen te nemen om de verplichting te verhogen. Daarnaast geldt bij deze afkoop niet de fiscale straf bij afkoop, te weten de revisierente van 20%.

Door de afstempeling en de van toepassing zijnde kortingen bij afkoop kan men stellen dat er sprake is van belasting-afstel ten opzichte van de oude situatie. Immers bij afkoop is nu de grondslag veel lager dan onder het oude systeem. Van deze mogelijkheid gebruik maken, past helemaal in de doelstelling van de regeling. Sterker nog, dat is eigenlijk ook wat de Staatssecretaris het liefste ziet.

Ook de Staatssecretaris realiseert zich dat voor deze afkoopvariant voldoende liquiditeiten nodig zijn, waar niet iedereen over zal (kunnen of willen) beschikken, zeker omdat de ermee gemoede belasting ook in één keer betaald moet worden. Vandaar dat een alternatief wordt geboden, het omzetten van de pensioenvoorziening in een zogenaamde oudedagsverplichting.

### **2.5.2.3 Ad iic) Uitsfaseren met omzetting in een oudedagsverplichting**

Bij deze mogelijkheid mag de pensioenvoorziening zonder afrekenen worden afgestempeld naar de (vaak veel) lagere fiscale (balans)waarde (per de datum van omzetting). Deze fiscale balanswaarde wordt zonder loonheffing en vennootschapsbelasting omgezet in een oudedagsverplichting. Na de omzetting vindt geen verdere opbouw van de voorziening meer plaats. Voordeel van de omzetting in de oudedagsverplichting is dat het verschil tussen commerciële en fiscale waarde verdwijnt, waarmee het probleem van de dividendklem is opgelost en de herwaardering van de pensioenvoorziening in zoverre geen extra belemmering voor een dividenduitkering meer oplevert.

De oudedagsverplichting wordt pas belast als er wordt uitgekeerd. Op de AOW-gerechtigde leeftijd wordt het gespaarde bedrag in twintig jaar in gelijke bedragen uitbetaald. Indien gewenst, kan de uitkering maximaal vijf jaar eerder ingaan. De uitkeringen zijn belast in Box 1.

### **2.5.2.4 Aandachtspunten**

Eén van de grote aandachtspunten is de positie van de partner. Hier zal nadrukkelijk aandacht aan besteed moeten worden. Als er gekozen wordt voor afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting, komen de rechten van de partner te vervallen respectievelijk worden minder.

De partner dient bij afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting uitdrukkelijk met deze wijziging in te stemmen. Daarnaast is het ook van belang dat de partner de consequenties van de keuze begrijpt en aanvaardt. In bepaalde situaties zal de partner wellicht gecompenseerd moeten worden voor eventuele nadelige consequenties van de omzetting en afkoop.

Een (vervolg)stap is ook vermogensplanning. Als er bijvoorbeeld gekozen wordt voor afkoop, dan zal dit als gevolg hebben dat het Box 3-vermogen groter wordt.

## **2.6 Maak gebruik van lage tarieven**

Niet alle belastingafstel mogelijkheden zijn even complex. Bijvoorbeeld bij een structuur, bestaande uit een holding en twee werkmaatschappijen en € 1.000.000 winst voor belasting in enig jaar, is het tarief van de vennootschapsbelasting 20% over de eerste € 200.000 winst en 25% over de resterende € 800.000. Verschuldigd is derhalve € 240.000 aan vennootschapsbelasting.

Dit bedrag is eenvoudig te verlagen door het verbreken van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Dat kan op verzoek en iedere vennootschap is dan zelfstandig belastingplichtig. Als de winst evenredig verdeeld is over de drie B.V.'s, dan kan nu drie maal gebruik worden gemaakt van het zogenaamde 'opstapje'. Er is over 3 x € 200.000 = € 600.000, 20% verschuldigd en 25% over de resterende € 400.000. De te betalen vennootschapsbelasting is nu geen € 240.000, maar € 220.000.

Een kort briefje aan de Belastingdienst volstaat om € 20.000 belasting te besparen.

Voor het bedrijf in het voorbeeld wordt de wereld nog iets fijner. In 2018 wordt het opstapje verhoogd naar € 250.000 en stijgt het voordeel naar € 25.000; in 2020 wordt het opstapje verhoogd naar € 300.000 en in 2021 naar € 350.000. Het voordeel is dan inmiddels opgelopen tot € 40.000 per jaar.

## 2.7 Voorkom verliesverdamping

Veel ondernemingen zijn de crisisjaren (2008-2015) doorgekomen, maar velen met verliezen uit die periode, die niet geheel gecompenseerd konden worden met winsten uit het verleden. Verliezen van een vennootschap kunnen immers maar één jaar worden teruggewenteld. De verliezen kunnen echter wél negen jaar vooruitgewenteld worden en een verlies van 2008 dat niet gecompenseerd is met een winst van 2007 kan dus tot en met 2017 worden gecompenseerd met winsten.

Niet alle vennootschappen hebben echter voldoende winsten om de verliezen uit de oudste crisisjaren te kunnen compenseren.

Hier zijn echter relatief eenvoudige oplossingen voor.

Als een vennootschap een 100%-dochtermaatschappij opricht, kunnen vermogensbestanddelen met stille reserves van de moedermaatschappij worden overgedragen aan de dochtermaatschappij. Denk hierbij aan vastgoed met stille reserves, maar ook goodwill, merkrechten, het recht om de naam te voeren van de onderneming of voorraden en inventaris, relatief laag gewaardeerd. Soms komen passiva voor die te hoog gewaardeerd staan.

Na overdracht van het activum is er in de geconsolideerde commerciële balans niets gewijzigd, fiscaal is echter de stille reserve gerealiseerd en kan de winst, die verantwoord wordt, worden gecompenseerd met oude verliezen. Op de ontstane hogere boekwaarde kan vervolgens, vaak in vijf of tien jaar, worden afgeschreven, zodat feitelijk verliezen verjongd zijn.

Als het niet wenselijk is dat de bezittingen over twee vennootschappen verdeeld zijn, dan kan eventueel een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting de oplossing bieden. Na de eerste transactie wordt een fiscale eenheid aangegaan en daarna wordt de transactie teruggedraaid, maar nu binnen de fiscale-eenheidfaciliteit. Er is dan effectief niets gebeurd, zo lijkt het, maar de stille reserve is wél gerealiseerd.

# 3 Belastingafstel in het schenkingsrecht

## 3.1 Inleiding

In het geval van schenkingen kan men tot belastingafstel komen door gebruik te maken van de diverse vrijstellingen in het schenkingsrecht. Ook kan men fiscaal gunstig schenkingen verrichten aan goedgeoelinstellingen, die de ANBI-status hebben. In dit hoofdstuk gaan we op een aantal aspecten in.

## 3.2 Schenkingen

Voor het begrip “schenking” wordt aangesloten bij de definitie in het Burgerlijk Wetboek.

Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen schenkingen en giften. Als schenking wordt aangemerkt “*de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen van de andere partij, de begiftigde, verkrijgt*”. Een gift is “*iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verkrijgt*”. Kenmerkend is derhalve dat er sprake moet zijn van een beoogde vermogensverschuiving.

Schenkbelasting is in beginsel verschuldigd door de ontvanger. De schenker kan de schenkbelasting ook voor eigen rekening nemen, dit wordt “een schenking vrij van recht” genoemd.

Schenkingen (aan kinderen) vinden vaak plaats in de vorm van schenkingen onder schuldigerkenning. Dergelijke schenkingen worden ook wel “papieren schenkingen” genoemd. Effect is dat de schenker een schuld heeft aan de kinderen. Voor een schenking onder schuldigerkenning is een notariële akte aan te bevelen<sup>9</sup>.

Wettelijk is vereist dat er jaarlijks 6% rente aan de kinderen moet worden betaald. Door de rentebetaling wordt extra vermogen van de ouder naar het kind overgeheveld zonder dat hierover belasting verschuldigd is.

Als de rentebetaling achterwege blijft, wordt bij het overlijden van de ouder geen rekening gehouden met de schuld uit hoofde van deze overeenkomst en is er sprake van dubbele heffing.

Een schenking kan herroepelijk worden gemaakt (de schenking kan daarmee ongedaan worden gemaakt). Dat kan bijvoorbeeld nuttig zijn met het oog op de mogelijkheid dat kinderen zich anders ontwikkelen dan verwacht. Dat kan allerlei vormen hebben: criminaliteit, geld over de balk smijten, verkeerde vrienden/vriendinnen, geestelijk onvermogen, financiële tegenslag (bijstand), en dergelijke.

In deze omstandigheden kan de schenker dan de schenking ongedaan maken. Het geschonken vermogen keert dan terug, de schenkingsbelasting die al betaald is, wordt gedeeltelijk teruggegeven.

Overigens is dat ongedaan maken niet altijd eenvoudig, het gaat niet vanzelf.

---

<sup>9</sup> Schenkingen zijn in beginsel vormvrij. Een notariële akte is niet vereist. Voor “schenkingen ter zake des doods” - dat zijn schenkingen, waarvan het de bedoeling is dat die pas worden uitgevoerd bij het overlijden van de schenker - is dat anders. Hiervoor eist de wet wél een notariële akte. Bij een schenking onder schuldigerkenning is het meestal de bedoeling dat de kinderen pas geld krijgen bij het overlijden van de schenker, maar de schenker kan zijn schuld al bij leven aflossen. Wordt de schenking pas uitgevoerd bij het overlijden van de schenker, en is er geen notariële akte opgemaakt, dan vervalt die schenking met het overlijden. De beoogde besparing van erfbelasting gaat dan verloren. Om dat risico te vermijden, is het noodzakelijk om de schenking onder schuldigerkenning steeds bij notariële akte te doen.

Als feitelijk geld of goederen zijn geschonken, moet de ontvanger er wel aan meewerken dat het geld of de goederen weer teruggaan naar de schenker. Dit probleem speelt niet als is geschonken door schuldigerkenning (dat kan eenvoudig ongedaan worden gemaakt).

Herroeping kan verder nuttig zijn in het kader van estate planning om onbedoelde effecten te herstellen. Stel bijvoorbeeld dat met schenkingen tijdens leven een bepaalde vermogensovergang is gepland, rekening houdend met sterftekansen, maar door lang leven de zorgvuldige planning in de war dreigt te raken. Schenkingen kunnen door herroeping worden "teruggenomen", zodat ongewenste effecten worden voorkomen.

Fiscaal leidt herroeping van schenkingen sinds 1 januari 2010 tot een ander effect dan daarvoor. De betaalde schenkingsbelasting wordt niet meer volledig, maar gedeeltelijk gerestitueerd. Het rendement dat met de herroepelijke schenking is behaald, wordt in mindering gebracht op de schenking. Over het aldus bepaalde bedrag wordt de betaalde schenkbelasting terugbetaald.

Het behaalde rendement is het daadwerkelijk behaalde voordeel.

*Voorbeeld:*

Schenking onder schuldigerkenning € 100.000, schenkbelasting 10% = € 10.000. Jaarlijkse rentevergoeding 6%. Na tien jaar herroeping: De betaalde schenkbelasting wordt gerestitueerd, verminderd met de schenkbelasting over het genoten voordeel, in casu 10% over 10 x € 6.000 = € 6.000. De restitutie is in dit voorbeeld dus € 4.000.

De herroepelijke schenking onder schuldigerkenning is een goed estateplanningsinstrument. Het feit dat de schenkingen onder schuldigerkenning worden gedaan, heeft als voordeel dat het vermogen niet uit de beschikkingsmacht van de schenker verdwijnt. Daarnaast leidt de verplichting om jaarlijks rente te betalen tot aanvullende vermogensoverheveling. Door de schenkingen herroepelijk te maken, kan voorkomen worden dat "teveel" wordt geschonken.

Hoe hoog de jaarlijkse schenkingen moeten zijn is afhankelijk van de hoogte van het vermogen, de verwachte levensduur van de langstlevende, hoeveel kinderen er zijn en het bestedingspatroon van de langstlevende. Het kan in sommige situaties zelfs aantrekkelijk zijn om hogere bedragen dan de jaarlijkse vrijstelling en de 1e schijf te schenken. Dit is over het algemeen aantrekkelijk bij grote vermogens, omdat de jaarlijkse (onbelaste) renteaangroei over de schuldig gebleven bedragen een aanvullend effect geeft.

*Rekenvoorbeeld:*

Er is één ouder met één kind. Het vermogen van de ouder is € 1.000.000. Zonder jaarlijkse schenkingen is het kind bij het overlijden van zijn ouder € 184.400 erfbelasting verschuldigd. Om een vermogen van € 1.000.000 in een periode vanaf tien jaar vóór overlijden weg te schenken met porties van maximaal het bedrag van de 1e schijf + schenkvrijstelling zijn slechts zes jaarlijkse schenkingen nodig. De totale heffing is dan ongeveer € 64.000. Aanzienlijk minder dan de verschuldigde erfbelasting. Dit wordt veroorzaakt door het tariefvoordeel, toepassing van de jaarlijkse schenkvrijstelling en met name het effect van de jaarlijkse rentebetaling.



Over het algemeen kan als uitgangspunt worden aangenomen dat in een periode van tien jaar slechts 2/3 van het vermogen weggeschonken behoeft te worden, "de rest" verdwijnt door het effect van de rentebijbeschrijving.

Een aandachtspunt is dat schenkingen binnen 180 dagen, voorafgaande aan het overlijden, worden geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen. Dit betekent dat de jaarlijkse vrijstelling bij een overlijden binnen 180 dagen niet kan worden benut. Er is een uitzondering gemaakt voor schenkingen van het eenmalig verhoogde bedrag. Die worden niet getroffen door deze maatregel.

### 3.3 Schenkingsvrijstellingen

Een eenvoudige en geaccepteerde manier van belastingafstel in het schenkingsrecht is door gebruik te maken van de schenkingsvrijstellingen.

Per kalenderjaar kan men de navolgende vrijgestelde schenkingen verrichten (2017):

- Algemene vrijstelling: € 2.129.  
Deze vrijstelling geldt voor iedereen. Een begiftigde mag van meerdere personen € 2.129 belastingvrij ontvangen. Een schenker mag ook aan meerdere personen € 2.129 belastingvrij schenken.
- Algemene vrijstelling voor ouders en kinderen: € 5.320.  
Kinderen en pleegkinderen mogen (ongeacht hun leeftijd) elk jaar een bedrag belastingvrij ontvangen van hun ouders. Het bedrag geldt per kind. De vrijstelling geldt per schenker en per ontvanger. Partners worden beschouwd als één schenker of als één ontvanger.

#### *Voorbeeld:*

Zowel vader als moeder schenken ieder € 5.000 aan hun dochter. De totale schenking, die dochter van haar ouders krijgt, is dan € 10.000. De vrijstelling is € 5.320. Daar ouders evenwel als één schenker worden aangemerkt, kan de vrijstelling nu ook maar één keer benut worden. Dochter moet dus schenkbelasting betalen over € 4.680 (€ 10.000 minus € 5.320).

Als een begiftigde van dezelfde schenker niet meer dan € 2.129 of € 5.320 ontvangt, hoeft hiervan geen aangifte schenkbelasting te worden gedaan. Een aangifteplicht geldt als er van een schenker meer dan de vrijstelling wordt gekregen.

### 3.4 Schenkingsvrijstelling eigen woning

Met ingang van 1 januari 2017 is het weer mogelijk om € 100.000 te schenken voor de eigen woning, zonder dat over dit bedrag schenkbelasting verschuldigd is. De verhoogde vrijstelling van maximaal € 53.016 (2016) als een ouder aan een kind schenkt, is nu definitief verhoogd naar € 100.000. Daarnaast is deze vrijstelling niet alleen toe- pasbaar tussen ouder en kind, maar staat hij, zoals ook in 2014 en 2015 het geval was, open voor iedereen. Iedereen kan deze schenking verrichten aan iedereen die jonger is dan 40 jaar. Iedereen? Nou bijna dan. Voor de werkgever, die dit bedrag aan zijn werknemer zou willen schenken, geldt de vrijstelling niet. Deze vrijgevigheid wordt dan namelijk niet aangemerkt als een schenking, maar als belastbaar loon.

### ***Voorwaarden schenkingsvrijstelling eigen woning***

De voorwaarden voor de schenkingsvrijstelling eigen woning kunnen als volgt worden samengevat:

- de vrijstelling geldt voor iedere verkrijger tussen 18 en 40 jaar;
- de verkrijger kan 'per schenker' maar één keer een beroep doen op de vrijstelling;
- de verkrijger moet van de schenking aangifte doen;
- de vrijstelling mag maar één keer worden benut;
- de schenking moet worden gebruikt voor de eigen woning.

### ***Gebruik voor de eigen woning houdt in:***

- de aankoop, verbetering of onderhoud van een eigen woning;
- aflossing van de eigenwoningschuld;
- aflossing van een restschuld van een verkochte eigen woning;
- afkoop van rechten van erfpacht, opstal of beklemming met betrekking tot de eigen woning.

### ***Overgangsregeling schenkingsvrijstelling***

Er zitten wel wat addertjes onder het gras. De voorwaarden zijn dat er per schenker één keer een beroep op de vrijstellingen gedaan mag worden en dat de vrijstelling maar één keer benut mag worden. Wat dus als er al eerder gebruik gemaakt is van de vrijstelling en wat als toen niet het hele bedrag is benut? De verhoogde schenkingsvrijstellingen zijn eenmalige vrijstellingen. In 2013 en 2014 is een ieder in de gelegenheid gesteld om eerdere schenkingen voor de eigen woning aan te vullen tot de voor die jaren geldende verhoogde vrijstelling van € 100.000. Op grond van het overgangsrecht geldt een vergelijkbare regeling, ook voor diegenen die in de kalenderjaren 2015 en 2016 gebruik maakten van de voor die jaren geldende verhoogde schenkingsvrijstelling voor de eigen woning van € 53.016 (bedrag 2016). Zij kunnen in de kalenderjaren 2017 en 2018 bij een schenking voor de eigen woning nog een vrijstelling toepassen, tot het bedrag waarmee de met ingang van 2017 geldende vrijstelling voor de eigen woning de voorheen bestaande verhoogde vrijstelling van € 53.016 (bedrag 2016) te boven gaat. Let wel, voornamelijk kan men dan het restant nog bijschenken, gedefinieerd als € 100.000 minus € 52.752 (2015) of € 53.016 (2016), dus maximaal nog € 47.248 of € 46.984. Heeft men in 2015 of 2016 niet het maximum benut, dan is men dit verschil kwijt.

Heeft men vóór 1 oktober 2013 gebruik gemaakt van de eenmalig verhoogde vrijstelling en heeft men in 2013 en 2014 niet aangevuld tot € 100.000, dan is in 2017 geen aanvulling tot € 100.000 mogelijk. De wetgever vindt namelijk dat die kans er in 2013 en 2014 was.

Zo is de regeling toch nog redelijk complex geworden. Kort samengevat:

#### *Schenkingen gedaan vóór 1 januari 2010?*

- Schenking gedaan aan een kind met een beroep op verhoogde vrijstelling van maximaal € 22.760?
- Zonder 'inhuilschenking' gedaan in 2016, dan geldt voor 2017 een vrijstelling voor de eigen woning van € 27.567.

#### *Schenkingen gedaan in de periode 2010 tot en met 2014?*

- Schenking gedaan aan een kind met een beroep op verhoogde vrijstelling van maximaal € 52.283?
- Verruimde vrijstelling in 2017 is niet toepasbaar, ook als destijds niet volledig de vrijstelling is benut.

### *Schenken gedaan in 2015/2016?*

- Schenking gedaan aan een kind met een beroep op verhoogde vrijstelling van maximaal € 52.752/€ 53.016?
- Onbelaste aanvulling in 2017 en/of 2018 mogelijk van € 47.248/€ 46.984.

### *Geen schenking gedaan?*

- Onbelaste schenking tot € 100.000 in de jaren 2017 tot en met 2019.

### **Schenken of niet?**

Het lijkt op het eerste gezicht voordelig een dergelijke schenking te doen. Dat zal vaak ook het geval zijn, mede ook omdat de schenker de begiftigde graag wil bevoordelen en er verder ook vanaf wil zijn. Toch hangt het uiteindelijke voordeel af van de specifieke situatie. Tussen ouders en kinderen, maar wellicht ook tussen ooms en neven, et cetera, speelt de vraag of nu schenken voordeliger is dan het via de erfenis te laten lopen of schenking onder schuldigerkenning? Is de hypotheekrenteaftrek voor het kind toch niet voordeliger? En het feit dat de ouder de rente in Box 3 geniet? Een ander alternatief kan bijvoorbeeld zijn geld te lenen aan het kind en jaarlijks het belastingvrije bedrag te schenken, waarmee de begiftigde dan (een deel van) zijn rentelast en aflossing kan betalen. Een reden voor schenking kan ook verlaging van het vermogen van de ouder zijn, zodat er geen hoge bijdrage voor het verzorgingshuis betaald hoeft te worden.

Bedenk ook dat bij geld lenen, de vordering bij overlijden van de uitlener tot zijn nalatenschap behoort. Wellicht dat er ter zake ook testamentair wat geregeld moet worden, zeker in het geval er meerdere erfgenamen zijn in combinatie met een eigenwoningschuld bij de ouders.

Kortom het blijft maatwerk.

## **3.5 Schenkingen onder schuldigerkenning**

In de praktijk komt het met enige regelmaat voor dat bijvoorbeeld ouders geld aan hun kinderen willen schenken, mede ingegeven door verwachte besparingen uit hoofde van de erfbelasting. Een mogelijkheid is dan te 'schenken onder schuldigerkenning'. Hier zijn wel een aantal voorwaarden aan verbonden wil zo'n schenking werken voor de erfbelasting. Daarnaast is een vaak opkomende vraag of zo'n schenking nu wel of niet met een notariële akte moet.

### **Notariële akte**

Vroeger, dat is vóór 2003, was een notariële akte voorwaarde. Echter al sinds 1 januari 2003 is het mogelijk een schenking bij schuldigerkenning onderhands aan te gaan. Men kan derhalve rechtsgeldig zelf een verklaring tekenen dat een bepaald bedrag schuldig erkend wordt uit vrijgevigheid. Er zit hier echter wel een addertje onder het gras, waardoor een notariële akte vanuit fiscaal oogpunt toch de voorkeur geniet.

In de wet kennen we de zogenaamde "schenkingen ter zake des doods" (artikel 7:177 BW).

Een kenmerk van de schenkingen ter zake des doods is dat deze vervalt bij het overlijden van de schenker als de schenking op dat moment niet is uitgevoerd. Dit is alleen anders als de schenking onder schuldigerkenning bij notariële akte is gedaan. De bedoeling van een schenking onder schuldigerkenning is nu vaak dat deze pas bij overlijden wordt afgewikkeld.

Praktisch punt is ook dat de Belastingdienst zich vaak op het standpunt stelt dat een schenking onder schuldigerkenning zonder notariële akte vervalt bij het overlijden van de schenker.

Vandaar dat een notariële akte toch vaak de aanbevolen weg is en zeker ook gezien een arrest van de Hoge Raad.

In de literatuur bestond lang discussie over de vraag of schenkingen onder schuldiggerkenningen nu wel of niet onder schenkingen ter zake des doods vallen. De Hoge Raad<sup>10</sup> heeft hier een oordeel over geveld. In de onderhavige casus was aan de orde een moeder, die bij onderhandse akten bedragen aan haar dochter had schuldig erkend, die pas opeisbaar waren bij overlijden van de moeder. In het geschil was de vraag of deze bedragen als schulden in mindering kunnen worden gebracht op de erfachtelijke verkrijging. Het Hof Arnhem heeft die vraag ontkennend beantwoord en de Hoge Raad heeft dit oordeel bevestigd. De Hoge Raad oordeelde dat volgens artikel 7:177 lid 1 BW een schenking vervalt met het overlijden van de schenker voor zover zij de strekking heeft pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd en zij niet al tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt. De Hoge Raad merkt op dat met het begrip 'uitgevoerd' wordt bedoeld op de (feitelijke) nakoming van de verbintenis, die uit de schenkingsovereenkomst voortvloeit. De door moeder bij de onderhandse akten schuldig erkende bedragen waren pas opeisbaar bij haar overlijden. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof Arnhem hieraan terecht de gevolgtrekking verbonden dat de schenkingen de strekking hadden pas na het leven van de moeder te worden uitgevoerd. Hieraan doet niet af dat rente over de schuldig erkende bedragen is bedongen, ook niet als die rente bij het leven van moeder is betaald. Ook het oordeel van het Hof Arnhem, dat de schenkingen niet bij leven van de erflater zijn uitgevoerd, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige feitelijk en voldoende gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.

Met dit arrest staat dus eigenlijk wel vast dat schenkingen onder schuldiggerkenning, die slechts opeisbaar zijn bij het overlijden, bij notariële akte dienen plaats te vinden. Dit staat los van de vraag of jaarlijks rente wordt vergoed. Als in dit geval geen notariële akte is opgemaakt, dan vervalt de schenking bij overlijden en behoren de schuldig erkende bedragen tot de nalatenschap van de erflater.

### ***De rente***

Om de fictieve verkrijgingskwalificatie van artikel 10 SW te voorkomen, dient er jaarlijks een zakelijke rente te worden betaald. Deze rente is in de wet vastgelegd en bedraagt 6%. In een besluit van de Staatssecretaris van Financiën<sup>11</sup> over artikel 10 SW wordt vermeld dat artikel 10 niet wordt toegepast als over de schuldiggerkenning jaarlijks een rentevergoeding van 6% is betaald. Daarnaast vermeldt dit besluit dat, als de rente onverhoopt niet is betaald, ook inhaalbetalingen mogelijk zijn tot het overlijden als over de inhaalperiode tenminste 6% samengestelde rente is betaald, alsmede rente wordt vergoed over de niet tijdig betaalde rente. Voor schuldiggerkenningen van vóór 2010 tegen een zakelijke rente mag ook voor de inhaalbetalingen die zakelijke rente worden vergoed.

---

<sup>10</sup> Hoge Raad 9 december 2011, zaaknummer 11/01265, ECLI:NL:GHARN:2011:BP5771.

<sup>11</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën, 18 oktober 2016, nummer BLKB2016/130M.

### 3.6 Schenken aan goede doelen

Naast schenken aan familieleden kan ook aan goede doelen worden geschenken. Dergelijke giften zijn onder voorwaarden vrijgesteld van schenk- en erfbelasting.

Om van de vrijstelling gebruik te kunnen maken, moet er sprake zijn van:

- een ANBI, een algemeen nut beogende instelling (deze moeten geregistreerd worden bij de Belastingdienst);
- een SBBI, een sociaal belang behartigende instelling; óf
- een steunstichting SBBI.

Naast een aantrekkelijk tarief (0%) is er (vaak) ook een fiscaal voordeel in de inkomstenbelasting te behalen, omdat de giften onder voorwaarden ten laste van het belastbaar inkomen gebracht kunnen worden.

Voor eenmalige schenkingen geldt een drempel van 1% van het gezamenlijk verzamelinkomen en een maximum van 10% van dit inkomen. Voor periodieke giften geldt deze drempel en het maximum niet. Een periodieke gift moet voor minimaal vijf jaar schriftelijk worden overeengekomen. Sinds enkele jaren kan dit in een onderhands document, zodat notariskosten kunnen worden bespaard. Op de website van de Belastingdienst staat tegenwoordig ook een modelovereenkomst, die gebruikt kan worden.

### 3.7 Schenkingsplan

Belangrijk onderdeel van estate planning is het opstellen van een goed schenkingsplan. Door jaarlijkse schenkingen kan vermogen tegen een lagere heffing worden overgedragen dan bij vererving. Door gebruik te maken van de jaarlijkse vrijstelling en het opstaptarief in de 1e schijf is minder belasting verschuldigd.

# 4 Belastingafstel in het erfrecht

## 4.1 Inleiding

De Successiewet kent (voorlopig) nog een aardige regeling die ertoe leidt dat een groot deel van het ondernemingsvermogen vrij van schenk- of erfbelasting kan worden overgedragen aan opvolgers. Dit is de zogenaamde Bedrijfs-OpvolgingsRegeling ("BOR") voor de schenk- en erfbelasting.

Een andere manier om tot belastingafstel over erfenissen te komen, is na te laten (voor een deel) aan een goed doel. Over wat nagelaten wordt aan een goed doel is geen erfrecht verschuldigd.

## 4.2 Bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewetgeving

Samengevat is de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet van toepassing op: de overdracht van een *'onderneming'* door een *'ondernemer'* die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een *'opvolger'*, die de onderneming als ondernemer voortzet.

Toepassing van de BOR is facultatief. De erfgenamen kunnen er bij aangifte voor kiezen om de BOR toe te passen.

De BOR omvat kortweg de volgende vrijstellingen:

- (i) 100%-vrijstelling op de verkrijging van ondernemingsvermogen in een objectieve onderneming tot een bedrag van maximaal € 1.063.479 (2017) van de waarde in het economisch verkeer van die objectieve onderneming (inclusief goodwill). In het geval van verkrijging van een deel van de objectieve onderneming geldt de 100%-vrijstelling naar rato van het verkregen belang in de objectieve onderneming.
- (ii) 100%-vrijstelling op de verkrijging van het ondernemingsvermogen in een objectieve onderneming over het verschil tussen de liquidatiewaarde en de going-concernwaarde, in het geval dat de going-concernwaarde lager is dan de liquidatiewaarde.
- (iii) 83%-vrijstelling op de verkrijging van het ondernemingsvermogen voor zover niet vrijgesteld op grond van punt (i) en (ii).

Voor het restant belast ondernemingsvermogen (het 17% belaste deel van punt (iii) wordt op verzoek tien jaar uitstel van betaling verleend. Over het uitstel is wel invorderingsrente verschuldigd (op dit moment 4%).

### **Bezitsvereiste**

Aan de toepassing van de BOR is een aantal voorwaarden gesteld. Allereerst moet de erflater voldoen aan het bezitsvereiste. In de wet is opgenomen dat onder erflater wordt verstaan "een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen". Dit bezitsvereiste levert in beginsel een beperking op bij de mogelijkheid om te schuiven met het aandelenbezit (kort voor overlijden).

Het is mogelijk om door de verdeling van de huwelijkse gemeenschap van goederen het gehele ondernemingsvermogen aan de nalatenschap toe te delen en de aandelen onder toepassing van de BOR aan de kinderen toe te delen. De verruiming werkt niet als de aandelen aan de langstlevende worden toebedeeld, omdat daarmee oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de faciliteiten (er wordt dan immers belast vermogen omgezet in vrijgesteld vermogen).

In een besluit van de Staatssecretaris is op het bezitsvereiste nog een uitzondering gemaakt. Dit betreft de situatie waarin de 'niet-ondernemende' echtgenoot van een aanmerkelijkbelanghouder overlijdt en in de huwelijkse voorwaarden een finaal verrekenbeding is opgenomen. In deze situatie wordt geen ondernemingsvermogen verkregen, maar een vordering die nauw verbonden is met het ondernemingsvermogen. Op grond van de goedkeuring van de Staatssecretaris is de faciliteit toch van toepassing en kan de BOR worden toegepast.

*Voorbeeld:*

Man en vrouw zijn in gemeenschap van goederen gehuwd, ze hebben drie kinderen. Hun vermogen bestaat uit € 2 mio AB-aandelen en € 2 mio overig vermogen. De man overlijdt.

Het is mogelijk om het gehele AB-vermogen aan de nalatenschap toe te delen en de kinderen aandeelhouder te maken. Voor de Inkomstenbelasting is deze zogenaamde turboverdeling (voor 50% van de aandelen) een vervreemding door de langstlevende. Op deze vervreemding is echter een doorschuifregeling van toepassing, zodat bij een actieve onderneming geen AB-heffing betaald hoeft te worden en de claim dus pas bij het overlijden van de kinderen afgerekend hoeft te worden.

Bij de verdeling van de nalatenschap verkrijgt ieder van de kinderen dus € 666.667 AB-aandelen en een overbedelingsschuld van € 166.667 aan hun moeder. De kinderen mogen ieder voor 1/3 deel van het ondernemingsvermogen de BOR toepassen. De vrijstelling bedraagt  $1/3 * € 1.063.479 * 100%$  en  $1/3 * € 936.521 * 83% = € 613.597$  per persoon.

De verkrijging van de kinderen bedraagt:

AB-aandelen	€ 666.667
Latente AB-claim	€ 41.667 -
Overbedelingsschuld	€ 166.667 -
BOR-vrijstelling	€ 613.597 -
Belaste verkrijging	<u>€ 0</u>

De kinderen betalen dus geen erfbelasting. De onderbedelingsvordering van de langstlevende valt niet onder de BOR, maar de langstlevende heeft wel een ruime partnervrijstelling. Uitgaande van de volledige vrijstelling (dus geen pensioenimputatie) betaalt ook de langstlevende geen erfbelasting.

Zonder faciliteit was de verkrijging van de kinderen als volgt (per kind):

AB-aandelen	€ 250.000
Latente AB-claim	€ 15.625 -
Overig vermogen	€ 250.000
BOR-vrijstelling	€ 460.198 -
Belaste verkrijging	<u>€ 24.177</u>

De BOR-vrijstelling bedraagt hier 25% van  $(€ 1.063.479 + 83% * € 936.521)$ .

Moeder zou in dat geval ook voor 1/4 BOR krijgen, maar die vrijstelling vervalt omdat zij niet aan het voorzettingsvereiste voldoet. Ook nu hoeft moeder echter geen erfbelasting te betalen door de partnervrijstelling.

### ***Voortzettingsvereiste***

Een voorwaarde voor toepassing van de BOR-erfbelasting is dat de verkrijger de onderneming gedurende minimaal vijf jaar moet voortzetten. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat alleen de erfgenamen, die aandeelhouder van de vennootschap worden (en blijven), de vrijstelling kunnen genieten. In het geval van de wettelijke verdeling is dat alleen dus de langstlevende. Op de onderbedelingsvordering van de kinderen is de BOR dus niet van toepassing en dat kan aanzienlijk nadelige gevolgen hebben.

De verkrijger (die gebruik heeft gemaakt van de vrijstelling op grond van de BOR) moet binnen een termijn van acht maanden aangifte doen als er sprake is van een gebeurtenis, die ertoe leidt dat de vrijstelling vervalt.

## **4.3 Gebruik de bedrijfsopvolgingsregeling als faciliteit in de successiewet**

Om het voortbestaan van ondernemingen niet in gevaar te brengen, is er een tegemoetkoming getroffen in de Successiewet voor vererving en schenking van ondernemingsvermogen. Als de onderneming wordt voortgezet door de erfgenamen, kan een gedeeltelijke vrijstelling worden geclaimd voor het verschuldigde successierecht; er is sprake van een zogenaamde vrijstelling aan de top. Daarnaast is er de mogelijkheid van (tienjarig) rentedragend uitstel van betaling.

De tegemoetkoming geldt grofweg voor de verkrijging van ondernemingsvermogen en aandelen, die bij de vervreemder onder een AB vielen (ook: winstbewijzen en opties).

De tegemoetkoming houdt in:

- (i) Het verschil tussen de liquidatiewaarde en de voortzettingswaarde wordt aangemerkt als een voorwaardelijk geconserveerde waarde. Voor de geconserveerde waarde wordt een conserverende aanslag opgelegd.
- (ii) 83% van de voortzettingswaarde wordt eveneens aangemerkt als een voorwaardelijk onbelast geconserveerde waarde.
- (iii) Voor de belastingaanslagen, die naar aanleiding van de geconserveerde waarden worden opgelegd, wordt automatisch renteloos uitstel van betaling verleend.
- (iv) Bij voortzetting van de onderneming kan na vijf jaar vermindering van deze aanslag tot nihil plaatsvinden. Dit wordt wel de voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde genoemd.
- (v) Het resterende recht (17%), dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen, wordt aangemerkt als belaste geconserveerde waarde. Voor de over deze waarde verschuldigde belasting wordt op verzoek van de voortzetter gedurende tien jaar rentedragend (enkelvoudige invorderingsrente) uitstel van betaling verleend.
- (vi) Voor andere erfgenamen, die ter zake van het ondernemingsvermogen een overbedelingsvordering hebben verkregen op de voortzettende ondernemer, wordt op verzoek eveneens gedurende maximaal tien jaar rentedragend uitstel van betaling verleend.

De uitstelfaciliteit voor de conserverende aanslag vervalt als de schuldenaar failliet gaat of de schuldsaneringsregeling van toepassing wordt.

De conserverende aanslag wordt omgezet in een "gewone" aanslag voor zover gedurende de eerste vijf jaar na de verkrijging de onderneming wordt gestaakt, de aandelen worden vervreemd of de vennootschap een beleggingsmaatschappij wordt. Als ten minste vijf jaar wordt voortgezet, dan wordt de conserverende aanslag ter zake van de voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde tot nihil teruggebracht.



Het uitstel voor de verkrijger van de overbedelingsvordering wordt beëindigd:

- als de belastingschuldige failliet gaat of de schuldsaneringsregeling van toepassing wordt;
- als de medeverkrijger niet meer voldoet aan de eis van vijf jaar voortzetting;
- voor zover de overbedelingsschuld wordt afgelost.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt bij schenking slechts als:

- de schenker ten minste 55 jaar oud is of 45% arbeidsongeschikt;
- het geschonken ondernemingsvermogen of AB-belang ten minste vijf jaar voorafgaand aan de schenker behoorde.

Als er sprake is van een verkrijging tegen een tegenprestatie of onder een last, dan wordt de waarde van die last of tegenprestatie niet in mindering gebracht op de voorwaardelijk onbelast geconserveerde waarde.

## 4.4 Nalaten of schenken aan een goed doel

Over hetgeen wordt nagelaten of geschonken aan een goed doel is geen erfrecht of schenkingsrecht verschuldigd. Dat het tarief in deze gevallen 0% is, hebben we voor een groot deel te danken aan de (publieke) acties van Johan Cruijff voor zijn Foundation. De Cruijff Foundation legt onder andere Cruijff Courts aan, trapveldjes in woonwijken ter bevordering van de sportiviteit onder de jeugd.

Cruijff vond het in 2005 onbegrijpelijk dat zijn stichting belasting moest betalen over de Cruijff Courts. Het ging om 8% van de waarde van de trapveldjes. De discussie over het schenkingsrecht speelde toen al langer; het tarief was eerder verlaagd van 11% naar 8%. Cruijff wist de toenmalige Staatssecretaris Joop Wijn er echter van te overtuigen om de schenkbelasting af te schaffen. Dit is toen ook gedaan voor het erfrecht.

Wil men van deze faciliteit gebruik maken, dan moet worden geschonken of nagelaten aan een goed doel, wat de zogenaamde ANBI-status heeft (Algemeen Nut Beogende Instelling).

Een instelling kan alleen een ANBI zijn, als ze zich voor minstens 90% inzet voor het algemeen nut. Sportverenigingen, personeelsverenigingen en hobbyclubs zijn meestal geen ANBI. Deze instellingen kunnen misschien wel als SBBI (Sociaal Belang Behartigende Instelling) worden beschouwd. Voor een SBBI gelden de normale regels van de schenken- en erfbelasting.

Als een ANBI een culturele instelling is, kan deze ANBI de status 'culturele ANBI' krijgen. Om als culturele ANBI aangemerkt te worden, moet de instelling voor minstens 90% actief zijn op cultureel gebied. Het voordeel van de culturele ANBI-status is dat donateurs van deze instellingen een extra belastingvoordeel hebben, omdat voor hen een extra giftenaftrek geldt (zie ook paragraaf 1.4.5).

Culturele ANBI's zijn instellingen, die actief zijn in beeldende kunst, bouwkunst, erfgoed (musea, archieven, archeologie, monumentenzorg), dans, film, letteren, (pop)muziek, (muziek)theater of vormgeving. Hieronder vallen bijvoorbeeld theatergroepen, schouwburgen, bibliotheken, filmhuizen, (pop)podia, letteren-, pop- en filmfestivals en architectuurcentra.

Of een goedgeoelinstelling de (culturele) ANBI-status heeft, kan men opzoeken op de website van de Belastingdienst ([https://www.belastingdienst.nl/rekenhulpen/anbi\\_zoeken/](https://www.belastingdienst.nl/rekenhulpen/anbi_zoeken/)).

# 5 Belastingafstel in de overdrachtsbelasting

## 5.1 Bouwterreinen

### 5.1.1 Inleiding

Bij de levering van een stuk grond is het van belang te weten of het kwalificeert als bouwterrein (belast met 21% BTW en geen overdrachtsbelasting) of niet (belast met 6% overdrachtsbelasting en geen BTW).

In een nutshell gelden de volgende hoofdregels:

- Ondernemers, die belaste prestaties (voor de BTW) verrichten, kunnen het beste een bouwterrein kopen. Dit is dan belast met 21% BTW, die bij hen aftrekbaar is. Overdrachtsbelasting is ingevolge de samenloopregeling dan niet verschuldigd en men bespaart derhalve 6% overdrachtsbelasting.
- Een particulier daarentegen kan beter onbebouwde grond kopen, waarvoor nog geen bouwvergunning is verkregen. Hij betaalt dan 6% overdrachtsbelasting in plaats van 21% niet-aftrekbare BTW.
- Denk eraan dat sloop of grondsanerig op zich nog geen bouwterrein oplevert.
- Bedenk dat levering van een bouwterrein door een particulier of niet-ondernemer nooit belast is met BTW, maar belast is met overdrachtsbelasting.
- Voor een ondernemer kan het van belang zijn de levering van een onroerende zaak/grond als “bouwterrein” gekwalificeerd te hebben. Alsdan is de BTW van toepassing en als het aftrekgerechtigde ondernemers zijn, dan zal er sprake zijn van aftrekbare BTW. Dit is beter dan niet-aftrekbare overdrachtsbelasting, ergo belastingafstel van 6%.
- Bedenk dat er ten aanzien van de kwalificatie “bouwterrein” de laatste jaren het nodige gewijzigd is, waar we in de volgende paragraaf nader op ingaan.

### 5.1.2 Begrip “bouwterrein”

De Hoge Raad is, zoals dat zo mooi heet, in 2013 “omgegaan” met betrekking tot de invulling van het begrip “bouwterrein”. Dit was naar aanleiding van het antwoord van het Europese Hof van Justitie op door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen. Het Europese Hof van Justitie besliste op deze prejudiciële vragen van de Hoge Raad dat de levering van onbebouwde, maar voor bebouwing bestemde grond, belast is met BTW, wanneer uit een beoordeling van alle omstandigheden, met inbegrip van de intentie van partijen, mits deze intentie wordt ondersteund door objectieve gegevens, blijkt dat op de datum van levering het betrokken terrein daadwerkelijk was bestemd om te worden bebouwd. Met andere woorden, fysieke werkzaamheden aan de grond zijn niet noodzakelijk. De wilsverklaring van partijen is voldoende, omdat die wilsverklaring gesteund wordt door objectieve gegevens<sup>12</sup>.

De Hoge Raad heeft daarna einduitspraak in de betreffende zaak gedaan en ging daarin mee met voornoemd oordeel en verliet zijn rechtsopvatting<sup>13</sup> dat bij gehele sloop van een gebouw de vrijkomende grond pas dan kan worden aangemerkt als bouwterrein, als na de sloop van het gebouw bewerkingen aan de grond hebben plaatsgevonden met het oog op nieuwe bebouwing.

<sup>12</sup> Hof van Justitie EU, 17 januari 2013, nummer C-543/11.

<sup>13</sup> Hoge Raad 10 augustus 2001, nummer 36686.

Nu in deze casus de intentie van de koper duidelijk was en hij het te kopen perceel grond wilde gebruiken voor nieuwbouw en hij daarom met de verkoper afspraken had gemaakt over de sloop van de opstallen en de verwijdering van een parkeerterrein, staat hiermee vast dat het perceel grond ten tijde van de verkrijging bestemd was om te worden bebouwd. In navolging van het Europese Hof van Justitie oordeelt de Hoge Raad dat het perceel grond moet worden aangemerkt als bouwterrein en dat de levering daarom belast is met BTW. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest tevens dat het begrip “bouwterrein” op basis van deze jurisprudentie ook geldt voor de overdrachtsbelasting. Op grond van de samenloopregeling volgt dan vrijstelling voor de overdrachtsbelasting<sup>14</sup>.

Dit arrest heeft consequenties voor contracten ter zake van de koop van terreinen, waarop zich nog opstallen bevinden, bestemd voor herontwikkeling.

### 5.1.3 Een korte schets van de systematiek en de issues

In het kort gaat het om het volgende. De levering van onroerende zaken is in beginsel vrijgesteld van de heffing van BTW.

Hier bestaan van rechtswege twee uitzonderingen op:

- de levering van een gebouw of een gedeelte van een gebouw en het erbij behorende terrein vóór, op of uiterlijk twee jaar na het tijdstip van de eerste ingebruikneming.
- de levering van een bouwterrein. De Nederlandse wet<sup>15</sup> bepaalt dat van een bouwterrein sprake is als het onbebouwde grond betreft, waaraan:
  - bewerkingen plaatsvinden of hebben plaatsgevonden; en/of
  - ten aanzien waarvan voorzieningen worden of zijn getroffen, die uitsluitend dienstbaar zijn aan de grond; en/of
  - in de omgeving waarvan voorzieningen zijn of worden getroffen; en/of
  - ter zake waarvan een bouwvergunning is verleend;

alles met het oog op de bebouwing van de grond. Het is voldoende dat er van één van deze voornoemde omstandigheden sprake is om de maagdelijke grond als bouwterrein te bestempelen. Daarbij maakt de omvang van de werkzaamheden niet uit.

Men kan in dit verband vier categorieën onroerende zaken onderscheiden:

- (i) onbebouwde grond, die niet kwalificeert als bouwterrein: de levering is vrij van BTW (belast met overdrachtsbelasting);
- (ii) onbebouwde grond, zijnde een bouwterrein: de levering is belast met BTW (vrijgesteld van overdrachtsbelasting);
- (iii) “nieuwe”/“vernieuwbouwd” gebouwen (uiterlijk twee jaar in gebruik genomen): de levering is belast met BTW (vrijgesteld van overdrachtsbelasting);
- (iv) “oude” gebouwen (gebouwen, die langer dan twee jaar na de nieuwbouwstatus in gebruik zijn): de levering is vrij van BTW (belast met overdrachtsbelasting).

<sup>14</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, 16 maart 2017, nummer 2017-51500.

<sup>15</sup> Artikel 11, lid 4 Wet op de Omzetbelasting 1968.

Deze indeling lijkt eenvoudig, toch ontstonden bij herontwikkelingen en gebouwen, die geheel of gedeeltelijk gesloopt zijn, nog allerlei vragen. Zoals, op welk moment moet beoordeeld worden of er sprake is van onbebouwde grond of van een gebouw? Wanneer houdt een gebouw door sloop op te bestaan (en dus is er geen sprake meer van bebouwde grond)?

#### 5.1.4 Het Don Bosco-arrest

Het Don Bosco-arrest<sup>16</sup> gaf antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een onbebouwd terrein. Bij Don Bosco was het Europese Hof van Justitie van mening dat het in deze zaak van belang was dat de verkoper met de koper was overeengekomen om de sloopvergunning aan te vragen en tevens de verplichting tot de sloop op zich had genomen. Het Europese Hof van Justitie kwam tot de conclusie dat het kunstmatig zou zijn deze prestaties, het leveren van het terrein en het slopen van de daarop aanwezige panden, uit elkaar te trekken. Het ging in dit geval volgens het Europese Hof van Justitie om één samenhangende handeling, die uit verschillende elementen bestond. De samengestelde transactie was in deze situatie niet de levering van een gebouw, maar van onbebouwde grond. Het Europese Hof van Justitie kwam tot de slotsom dat de levering van een terrein, waarop nog een oud gebouw staat, dat moet worden gesloopt om op de plaats ervan een nieuw bouwwerk op te richten, terwijl de sloop al is aangevangen vóór die levering, en de sloop van dit gebouw als één handeling moeten worden beschouwd. Deze handeling heeft, als geheel, niet de levering van het bestaande gebouw, maar de levering van een onbebouwd terrein tot voorwerp, ongeacht hoe ver de sloop van het oude gebouw op het moment van de daadwerkelijke levering van het terrein is gevorderd.

De vervolgvraag is dan of het onbebouwde terrein ook is aan te merken als “bouwterrein”.

#### 5.1.5 Onbebouwd terrein ook bouwterrein?

Deze vraag heeft de Hoge Raad voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie, waarbij de Hoge Raad zich afvroeg of het begrip “bouwterrein” zo mag worden uitgelegd dat in elk geval niet van BTW mag zijn vrijgesteld de levering van een onbebouwd terrein, dat is ontstaan door sloop van daarop staande bebouwing, welke sloop is verricht met het oog op nieuwbouw.

Het Europese Hof van Justitie heeft in haar uitspraak van 17 januari 2013<sup>17</sup> geoordeeld dat alle onbebouwde terreinen, die zijn bestemd om te worden bebouwd, kwalificeren als bouwterrein. De doelstelling van de communautaire BTW-vrijstelling houdt in dat alleen de leveringen van onbebouwde terreinen, die niet als ondergrond voor een opstal bestemd zijn, van omzetbelasting zijn vrijgesteld.

De Hoge Raad volgt het Europese Hof van Justitie en oordeelt dat er van een bouwterrein sprake is wanneer uit de beoordeling van alle feiten en omstandigheden, inclusief de intentie van partijen, mits deze wordt ondersteund door objectieve gegevens, blijkt dat ten tijde van de levering het betrokken terrein daadwerkelijk was bestemd om bebouwd te worden.<sup>18</sup>

#### 5.1.6 Gevolgen van het arrest

Het gevolg van dit arrest is dat onbebouwde grond nu eerder als bouwterrein kan worden aangemerkt.

---

<sup>16</sup> Hof van Justitie EU, 19 november 2009, nummer C-461/08.

<sup>17</sup> Hof van Justitie van de Europese Unie, 17 januari 2013, C-543/11.

<sup>18</sup> Hoge Raad 7 juni 2013, zaaknummer 10/02888bis, ECLI:NL:HR:2013:CA2222.

### 5.1.7 Gevolgen voor overeenkomsten

Voor overeenkomsten, waarbij grond gekocht wordt, waarop zich nog opstallen bevinden, is het nu van groot belang goed vast te leggen wat de intentie van partijen is. Dat is bepalend of er sprake is van de levering van een “bouwterrein” of niet, waarbij het van belang is dat deze intentie wordt onderbouwd door objectieve gegevens. Hierbij kan de sloophamer overigens weer van betekenis zijn. Het is raadzaam in de overeenkomst vast te leggen:

- de intentie;
- een nadere onderbouwing van de intentie, zoals bijvoorbeeld verwijzing naar bouwplannen, een bestemmingsplan, al ondernomen acties, en dergelijke;
- dat bijvoorbeeld met het oog op de voorgenomen nieuwbouw nog bestaande opstallen worden gesloopt en welke acties daarvoor al genomen zijn;
- et cetera.

### 5.1.8 Gevolgen voor pure grond

Hoe zit het na voornoemd arrest met pure grond (= onbebouwd terrein waarop geen opstallen (meer) staan)? Is het noodzakelijk dat aan deze grond bewerkingen plaatsvinden of hebben plaatsgevonden om haar aan te merken als “bouwterrein”? Na voornoemd arrest niet meer. Er is nu immers geoordeeld dat alle onbebouwde terreinen, die bestemd zijn om te worden bebouwd, kwalificeren als “bouwterrein”. Het Europese Hof van Justitie heeft nadrukkelijk overwogen dat de doelstelling van de communautaire BTW-vrijstelling inhoudt dat alleen de levering van onbebouwde terreinen, die niet als ondergrond voor een opstal zijn bestemd, van omzetbelasting zijn vrijgesteld en de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de Nederlandse BTW-wet op dit punt overeenkomstig de Europese BTW-richtlijn moet worden uitgelegd.

Dit houdt in dat ook pure grond, die door partijen wordt bestemd om als ondergrond te dienen voor nieuwbouw, omdat deze intentie wordt onderbouwd en gesteund door objectieve gegevens, geldt als “bouwterrein”. Deze intentie kan worden ingevuld door vergevorderde bouwplannen en een bestemmingsplan, dat bebouwing toelaat dan wel het redelijkerwijs te verwachten is dat het bestemmingsplan wordt aangepast. Elementen als de afgifte van een bouwvergunning, handelingen aan de grond en handelingen in de omgeving van de grond, et cetera, kunnen voor de onderbouwing van de intentie een rol blijven spelen. Alle elementen, die een invulling kunnen geven aan de intentie en aangemerkt kunnen worden als objectieve gegevens, zijn van belang bij de beoordeling.

Ter verkrijging van zekerheid over de fiscale kwalificatie van het betreffende terrein is voorafgaande afstemming met de fiscus een mogelijkheid.

## 5.2 Woningen, 2%-tarief

### 5.2.1 Inleiding

Het reguliere tarief voor de overdrachtsbelasting is 6%. Voor woningen geldt evenwel een verlaagd tarief van 2%. Bij overdracht van een onroerende zaak is vanuit overdrachtsbelastingperspectief de kwalificatie van een woning interessant. Als bijvoorbeeld een villa, die nu als kantoor gebruikt wordt, zijn kwalificatie als woning heeft behouden, is bij een overdracht dan niet 6% overdrachtsbelasting verschuldigd, maar 2%.

Als een pand kwalificeert als woning, heeft men definitief belastingafstel voor 4%. De vraag is derhalve interessant wat dan precies een woning is. Nu zult u denken, dan kijken we even in de wet c.q. bij de overdrachtsbelasting wat onder een woning wordt verstaan. Helaas, ... de wet geeft geen definitie. Mede daarom worden er redelijk wat procedures gevoerd over de vraag wat nu eigenlijk een woning is. A-G Wattel heeft naar aanleiding van een viertal conclusies van november 2016 een aantal vragen geformuleerd, waaruit een (voor de praktijk) handig stappenplan kan worden afgeleid. Inmiddels heeft de Hoge Raad op 24 februari 2017 in deze zaken arrest gewezen, waaruit af te leiden valt dat de handreiking van de A-G voor de praktijk gevolgd kan worden. Gezien het belang, staan we er hier even kort bij stil.

### 5.2.2 Wat zegt de wet en de wetgever?

Zoals gezegd, heeft de wetgever geen definitie gegeven van wat een woning is. In de parlementaire geschiedenis is de steeds terugkerende omschrijving of een onroerende zaak "naar zijn aard bestemd is voor bewoning". De A-G is van mening dat voor het begrip "woning" niet kan worden aangesloten bij de rechtspraak voor de onroerendezaakbelasting, omdat het objectieve criterium "naar zijn aard bestemd" doelbewust abstraheert van de doeleinden waaraan de onroerende zaak feitelijk dienstbaar is. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat het feitelijk gebruik niet beslissend is. In de literatuur wordt gezocht naar een objectief criterium, waarbij de denkrichting vooral ligt in de objectieve geschiktheid voor bewoning, beoordeeld vanuit de bouwkundige indeling, het uiterlijk en de aanwezigheid van voor bewoning noodzakelijke voorzieningen. De A-G concludeert dat bij de invoering van het 2%-tarief de wetgever:

- (i) heeft gestreefd naar objectieve en praktische toepassingscriteria en
- (ii) met de tariefvermindering drie macro-economisch getinte doelen voor ogen had:
  - een impuls geven aan de woningmarkt/bevordering van de doorstroming;
  - het herstel van de financiële stabiliteit na de kredietcrisis; en
  - het vergroten van de arbeidsmobiliteit.

Deze doelen zeggen niets over het feit of een onroerende zaak "naar zijn aard bestemd is voor bewoning". Daarnaast is het ondoenlijk na te gaan of een verkrijger tot aankoop van een onroerende zaak is overgegaan door het 2%-tarief, zijn financiële positie heeft verbeterd of elders een betrekking heeft aanvaard. Het criterium "naar zijn aard bestemd voor bewoning" kan ook leiden tot resultaten, die niet stroken met het doel van de regeling. De verkrijging van huurwoningen, recreatiewoningen, sloopwoning is onderworpen aan het verlaagde tarief, maar gebouwen die structureel worden bewoond, maar die niet als woning zijn gebouwd of vernieuwbouwd, vallen buiten de boot.

### 5.2.3 Een praktisch stappenplan

De A-G is van mening dat de termen "aard" en "bewoning" uit het mantra "naar zijn aard bestemd voor bewoning" houvast kunnen geven. De vraag is dan of er sprake is van woonaard, kantooraard, bedrijfsaard, et cetera. Volgens de A-G dient de "aard" dan bouwkundig beoordeeld te worden.

De bouwkundige aard van een onroerende zaak moet dan objectief op een woonbestemming wijzen, waarvoor bepalend zijn het oorspronkelijke ontwerp, de oorspronkelijke bouw, eventuele latere verbouwingen, de indeling en de voorzieningen. Op basis van dit criterium, de bouwkundige aard, formuleert de A-G een aantal vragen, waaruit het navolgende stappenplan kan worden afgeleid:

#### Stap 1:

Allereerst dient de oorspronkelijke bouwkundige aard en de objectieve bestemming bij de bouw te worden vastgesteld. Is een onroerende zaak ontworpen en gebouwd als woning, dan is het object naar zijn aard bestemd voor bewoning. Is het gebouwd als kantoor, dan is het object naar zijn aard bestemd als kantoor, enzovoort.

#### Stap 2:

De eerste stap leidt niet tot een in beton verankerde conclusie, want de tweede stap kan ertoe leiden dat de oorspronkelijke aard van kleur verschiet. Een verandering van aard kan voortvloeien uit een bouwkundige ingreep. Daarbij zijn het bouwkundig doel en het effect van de verbouwing van belang.

#### Stap 3:

Bij de derde stap moet worden beoordeeld of een pand naar zijn aard verschillende delen met verschillende bestemmingen heeft. De koopprijs van het geheel moet worden toebedeeld aan de afzonderlijke delen, waarbij het verlaagde tarief slechts geldt voor het woongedeelte.

#### Stap 4:

Als ook stap 3 geen uitkomst biedt, dan stelt de A-G vast dat bewoonbaarheid geen vereiste is om te kunnen spreken over woning. Dit vloeit voort uit het feit dat bouwterreinen, waar zich alleen fundamenten voor een woning laten waarnemen (überhaupt nog geen woning), cascowoningen die (nog) niet geschikt zijn voor bewoning en sloopwoningen, die niet meer geschikt zijn voor bewoning, desondanks zijn aan te merken als woning in de zin van artikel 14 lid 2 WBR.

#### Stap 5:

Als de eerdere stappen geen uitkomst bieden, wordt stap 5 relevant. Dit is de publiekrechtelijke bestemming.

#### Stap 6:

Wanneer ook stap 5 geen uitkomst biedt, de publiekrechtelijke bestemming bijvoorbeeld bij dubbelbestemming voor onbepaalde tijd, kan structureel feitelijk gebruik van belang zijn. Als finaal argument zou eventueel kunnen worden gekeken naar de vraag of de verkrijging de doorstroming op de woningmarkt bevordert.

Dit stappenplan heeft de A-G vervolgens toegepast op een viertal voorliggende casussen:

- de stadsvilla (ECLI:NL:PHR:1218);
- het hospice (ECLI:NL:PHR:1219);
- de tandartsenpraktijk (ECLI:NL:PHR:1220);
- de hybride boerderij (ECLI:NL:PHR:1221). Dat leidde tot de navolgende conclusies:

#### **De stadsvilla**

De stadsvilla is een in 1895 als woning gebouwde onroerende zaak en is lang als zodanig gebruikt. De laatste decennia heeft de stadsvilla dienst gedaan als kantoorpand van advocaten. Ten tijde van de verkrijging stond het pand leeg. De koper is van plan de onroerende zaak te gaan gebruiken als woning.

Toepassing van het stappenplan leidt tot het volgende:

- Het staat vast dat de villa in 1895 is ontworpen en gebouwd als woonhuis en ook langdurig als zodanig is gebruikt (stap 1).
- Er is bouwkundig ingegrepen, maar deze ingreep is beperkt geweest. Er is geen sprake van moeizame omkeerbareheid van de aanpassing (stap 2).
- Niet van belang is of de zaak al (of nog) bewoonbaar is. Daarnaast is het ontbreken van een badkamer niet relevant (stap 4).
- De argumentatie dat doel en strekking van de regeling - het bevorderen van de doorstroming op de woningmarkt - niet wordt geholpen bij een pand dat langdurig diende als kantoor en daarom niet meer dienstbaar was aan woondoeleinden, doet nauwelijks ter zake.
- Aan beoordeling van de publiekrechtelijke bestemming wordt niet toegekomen (stap 5).

De A-G concludeert op grond van het vorenstaande dat de kantoorvilla is aan te merken als woning in de zin van artikel 14 lid 2 WBR.

### **Het hospice**

Hier is sprake van een onroerende zaak met een woonbestemming. De onroerende zaak is in gebruik als hospice.

Toepassing van het stappenplan leidt tot het volgende:

- Stap 1 en 2: De oorspronkelijke aard bij de bouw en de vraag of al dan niet bouwkundige ingrepen hebben plaatsgevonden. De kernvraag is wat de aard van dit hospice is en daarmee of het verblijf van de huurders is te duiden als wonen. Het hospice kan ook meer een ziekenhuis of een verzorgingshuis zijn. De A-G meent dat dit hospice is ontworpen en gebouwd als woning. Het hospice behoort tot de categorie 'bijna-thuis'-hospice. Hij komt hiertoe door de veronderstelling dat een 'high-care'-hospice meer ziekenhuisachtige bouwkundige kenmerken zal hebben. De units, de wc, de badkamer en de woonkamer zijn ontworpen en bestemd als (deels gedeelde) privé-ruimten. De gedeelde ruimten maken niet dat er geen sprake is van een bouwkundige woonfunctie. Het is niet relevant dat een huurder slechts kort in de unit zal verblijven. Feitelijk gebruik is volgens de A-G niet beslissend en de feitelijke gebruiksduur dus ook niet. Het gaat erom dat het hospice objectief een woonfunctie en -bestemming heeft.

Alles overziend, is het hospice naar het oordeel van de A-G aan te merken als woning in de zin van artikel 14 lid 2 WBR.

Dit is de enige van de vier zaken, waarin de Hoge Raad tot een ander oordeel kwam. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat er geen sprake is van een woning, maar toch van een verzorgingsinstelling.

Het pand is volgens de Hoge Raad namelijk naar zijn aard bestemd om dienst te doen als een verzorgingsinstelling en kan dus niet als woning in de zin van artikel 14 lid 2 Wet WBR worden aangemerkt. Dat de zorg niet is begrepen in de huurprijs, er geen artsen, verpleegkundigen, schoonmakers en ander gekwalificeerd personeel in dienst van belanghebbende en de stichting zijn, en dat het hospice geen 'verpleeginrichting' is, is niet van belang. Beslissend is de aard van het pand, gemeten naar zijn objectieve kenmerken. De contractuele relatie van de bewoners met de exploitant van het pand is daarvoor niet bepalend. Het stappenplan is een handig hulpmiddel, men ziet evenwel dat toch verschillend gedacht kan worden over de nadere invulling.



### **De tandartsenpraktijk**

In deze casus betreft het een onroerende zaak, die in 1965 als woning is opgeleverd en, na enkele aanpassingen, sinds 1982 als tandartsenpraktijk in gebruik is geweest.

Toepassing van het stappenplan leidt tot het volgende:

- Vaststaat dat de onroerende zaak in 1964 is gebouwd als woonhuis en als zodanig is gebruikt tot er zich in 1982 een tandartsenpraktijk ging huisvesten (stap 1).
- Er is bouwkundig ingegrepen, maar deze ingreep is beperkt geweest. Er is geen sprake van moeizame omkeerbaarheid van de aanpassing en al helemaal niet van 'in wezen nieuwbouw' met het oog op functiewijziging (stap 2).
- Niet van belang is of de zaak al of niet nog bewoonbaar is. Ook is niet relevant dat een badkamer en een keuken ontbreken. Deze kunnen zonder bouwkundige ingrepen geplaatst worden in daartoe bouwkundig geëigende ruimten (stap 4).
- Nauwelijks relevant is het antwoord op de vraag of de verkrijging bijdraagt aan de doorstroming op de woningmarkt.
- Aan beoordeling van de publiekrechtelijke bestemming wordt niet toegekomen, omdat het object naar zijn aard objectief bestemd is voor bewoning (stap 5).

De A-G oordeelt dan ook dat de tandartsenpraktijk is aan te merken als woning in de zin van artikel 14 lid 2 WBR.

### **De hybride boerderij**

Hier is sprake van een woning met een stal. De stal wordt in 2008-2009 verbouwd tot een kantoorruimte.

Begin 2009 verleent de gemeente een tijdelijke vrijstelling van het bestemmingsplan en mag de onroerende zaak gedurende maximaal vijf jaar voor zakelijke doeleinden worden gebruikt. Per 1 april 2009 wordt het pand als kantoor verhuurd. Het pand wordt in 2010 verkocht. In 2013 koopt X het pand weer terug. X stelt dat het pand als een woning moet worden aangemerkt en dat slechts 2% overdrachtsbelasting is verschuldigd.

Toepassing van het stappenplan leidt tot het volgende:

De A-G stelt ook hier als eerste dat het feitelijk gebruik voor de kwalificatie van de onroerende zaak niet van belang is. Stap 1 is vast te stellen wat de oorspronkelijke aard bij de bouw is en de daaruit volgende objectieve bestemming. Het pand is ontworpen en gebouwd voor gesplitst gebruik en is tot 1991 als zodanig gebouwd.

Stap 2 is nagaan of er bouwkundig is ingegrepen en met welk doel en objectief effect. Het woongedeelte is niet verbouwd en is naar zijn aard nog bestemd voor bebouwing. De voormalige stal is zodanig verbouwd dat er voor de omzetbelasting sprake was van een nieuwe onroerende zaak. Dit maakt dat de stal niet langer als agrarische bedrijfsruimte aan te merken is, maar als kantoor, als woning of als hybride met naar zijn bouwkundige aard beide bestemmingen. Nu de bouwkundige aard niet eenduidig vast te stellen is, is volgens de A-G de bestemming beslissend. Bij resterende twijfel - als de eerste twee tests geen duidelijkheid bieden - wordt volgens de wetgever immers ook - 'mede' - de publiekrechtelijke bestemming van de zaak van belang. Deze bestemming is bewoning (stap 5). Dit alles maakt naar oordeel van de A-G dat de hybride boerderij aan te merken is als woning in de zin van artikel 14 lid 2 WBR.

#### 5.2.4 Betekenis voor de praktijk

Het stappenplan is voor de praktijk een handig hulpmiddel. De vraag is wél of de wetgever dit een gewenste uitkomst vindt, immers het stappenplan kan ertoe leiden dat kopers, die niet de intentie hebben een onroerende zaak als woning te gaan gebruiken, het 2%-tarief deelachtig kunnen worden en kopers, die de intentie hebben een onroerende zaak wél als woning te gebruiken, tegen het 6%-tarief aanlopen. Dat was eigenlijk niet de bedoeling van de regeling. Een kantoorgebouw, dat met aanpassingen geschikt gemaakt wordt voor structurele bewoning (zie bijvoorbeeld in de grote steden, waar deze worden omgebouwd tot bijvoorbeeld studentenflats), kan volgens het stappenplan een kantoorgebouw blijven en dus is 6% overdrachtsbelasting verschuldigd.

De Hoge Raad heeft inmiddels ook gesproken en kwam alleen bij het hospice tot een ander oordeel. De vraag is nu of de wetgever nog gaat reageren.

### 5.3 Overdrachtsbelastingvrije overdracht van panden uit de B.V.

Het alloceren van vastgoed binnen de fiscaal-juridische structuur kan van groot belang zijn om de heffing over de opbrengsten (verkoop, huur) optimaal te sturen. Zo kan het interessant zijn een pand aan een andere B.V. in de groep te verkopen met het oog op toekomstige verkoop van bijvoorbeeld die B.V. en daarmee de stille reserve in de vennootschapsbelasting niet te hoeven realiseren. Ook kan het wenselijk zijn om een pand, dat verhuurd wordt aan derden, niet in de B.V. te houden, maar over te dragen naar het privé-vermogen om de heffing van vennootschapsbelasting en aanmerkelijkbelangheffing om te zetten in Box 3-heffing. Afhankelijk van het exploitatieresultaat en de schuld, die op het pand rust of komt te rusten, kan dit uitermate aantrekkelijk zijn (zie de PKF Wallast Adviesreeks “fiscaal vriendelijk beleggen” en het deel “estate planning”).

Een nadeel bij niet optimaal herstructureren is dat bij deze genoemde overdrachten vaak overdrachtsbelasting verschuldigd is. Bij woningen is het tarief 2%, bij overig vastgoed 6%. Dit bedrag is bij de herstructurering up front beschikbaar en wordt geactiveerd, zodat het niet (direct) aftrekbaar is. Met name de 6%-heffing houdt de optimale structurering vaak tegen.

Bij een aantal structuren is de overdrachtsbelasting bij verkoop vanuit een B.V. echter geheel te voorkomen. De wetgever heeft hier meerdere faciliteiten voor gecreëerd.

Bij de overdracht van panden van de ene B.V. naar de andere kan gebruik worden gemaakt van de interne reorganisatievrijstelling. Als de B.V.'s door middel van een aandelenbelang voor 90% of meer gelieerd zijn, geldt een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting op een onderlinge transactie. De structuur dient dan wel in de meeste situaties drie jaar in stand te blijven.

Voor andere overdrachten gelden vrijstellingen bij fusie en splitsing. In al deze situaties is de overdrachtsbelasting geheel te vermijden, meestal met een wachttermijn na de eerste transactie van drie jaar.



