

making als zodanig dienen te accepteren. Het betwisten van de juistheid van de opgenomen grond zal dan binnen drie maanden na het overlijden moeten gebeuren (art. 4:74, lid 2, BW) en die termijn is krap bemeten. De legitimaris wordt hier gedwongen om binnen drie maanden na het overlijden van de erflater zakelijk actie te ondernemen.

Hij doet dat door binnen drie maanden na het overlijden van de erflater de contante waarde van het legaat in termijnen te vorderen.

De actie zal ingesteld moeten worden tegen de gezamenlijke erfgenamen of tegen de executeur, als die benoemd is.

De erfgenamen, met name de bedrijfsopvolger of de executeur kunnen proberen de juistheid van de opgegeven grond staande te houden.

Met name de bedrijfsopvolger is de aangewezen figuur om aan te tonen dat de voortzetting van het beroep of bedrijf in ernstige mate wordt bemoeilijkt wanneer de gelegateerde som niet in termijnen maar direct uitgekeerd zou moeten worden. De bedrijfsopvolger zal de kantonrechter moeten overtuigen. Daarbij zal een veelheid van factoren een rol spelen.

Wanneer aan het eind van de procedure de kantonrechter meent dat de opgegeven grond onjuist is, kan de legitimaris de contante waarde van het legaat in termijnen ook daadwerkelijk krijgen.

Ook met de uitzondering van art. 4:75 BW kan de erflater bij testament de legitimaris ernstige beperkingen opleggen. Met een stapeling van bewinden is waarschijnlijk zelfs een effectieve onterving mogelijk.⁸

5 Conclusies

- De bedrijfsopvolging willen we voor de opvolgers zo soepel mogelijk laten verlopen teneinde de volgende generatie een zo goed mogelijke start te geven en de onderneming uit te bouwen en verder te laten bloeien. Die start kan echter lelijk worden bemoeilijkt door enkele erfrechtelijke leerstukken.
- Met name de legitieme kan roet in het eten gooien doordat de gift die in de bedrijfsovernamen gelegen kan zijn, aanleiding kan geven tot een tekort op het minimumdeel van de waarde van erflaters vermogen waarop (andere) kinderen recht hebben. Die kunnen dan via inkorting hun tekort bij begiftigden terughalen. Hierop zal geanticipeerd moeten worden door de ondernemer teneinde dit te voorkomen. Certificering van de aandelen van de vennootschap waarin de onderneming gedreven wordt kan daar een oplossing bieden.
- Ook de inbrengregeling kan tot problemen aanleiding geven, maar hier heeft de erflater/schenker een grotere invloed en vrijheid, nu de regeling niet van dwingend recht is. Het is echter wel zaak om het overzicht te houden en te zien wanneer de inbreng wel en niet moet worden toegepast om de familieverhoudingen optimaal te houden.

Hier ligt een dankbare taak voor de adviseur!

Noten

- 1 Zo is in het Caribische erfrecht de legitieme niet overgenomen. Gr. Van der Burght, *Nederlands Caribisch erfrecht*, Wolf Productions, 2^e druk 2016.
- 2 Zie HR 13 februari 2004 (*JBN* 2004/57), HR 20 maart 2009 (*FBN* 2009/62) en Rb. Noord-Nederland 22 oktober 2014 (*Notamail* 2014/282), alsmede Rb. Overijssel 31 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2312. In een geval van agrarische bedrijfsopvolging geldt dat als het uitdrukkelijk de bedoeling van de vennoten is geweest om het bedrijf te laten voortzetten tegen uitbetaling van een zodanig bedrag dat die voortgezette exploitatie nog juist lonend is, de waardering van de van het bedrijf deel uitmakende zaken niet zo mag zijn dat die voortzetting van een nog juist lonend bedrijf onmogelijk wordt gemaakt.
- 3 De fiscaal vrijgestelde eenmalig verhoogde vrijstelling te besteden aan de eigen woning.
- 4 Rb. Haarlem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0703.
- 5 Die hoeven daartoe geen beroep op de legitieme gedaan te hebben, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1168.
- 6 Zie HR 17 mei 2013, LJN BZ3643 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1357.
- 7 Zie HR 13 februari 2004 (*JBN* 2004/57), HR 20 maart 2009 (*FBN* 2009/62) en recentelijk Rb. Overijssel 31 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2312.
- 8 Zie Ebben, 'Bewind en legitieme: een goede combinatie?', *Kwartaalbericht Estate Planning* 2003, nummer 1, p. 4-8.

Estate planning bedrijfsover

1 uur netto-
onderwijs

Iris Brik

I. Brik, FFP CFP* is Financieel Planner, Estate Planner en MfN-registermediator bij Fine Tuning Personal Finance BV.

Trefwoorden: Ruisend of geruisloze inbreng, stakingsfaciliteiten, bedrijfsopvolgingsregeling, overdracht woning tijdens leven, schuldig erkenning.



Kennistoets

WWW.PE-BEDRIJFSOPVOLGING.NL

Leerdoelen

Na het lezen van dit artikel weet u:

- wat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het kader van schenking van de onderneming inhoudt;
- met welke aspecten u afhankelijk van de omstandigheden nog meer rekening zult moeten houden;
- welke rollen de verschillende adviseurs tijdens de bedrijfs-overdracht vervullen.

* Iris Brik is auteur van de boeken *Keep it Simple*, de *Financiële Schijf van 5* (stappenplan financiële planning) en *Advocaat van de Duivel* (stappenplan scheiden).

Samenvatting

Bij een bedrijfsoverdracht binnen de familie komen aandachtspunten uit verschillende disciplines samen. Het is raadzaam om tijdig specialisten op de diverse disciplines in te schakelen om samen een passend plan op te stellen. In deze casus komen de expertise van de financieel planner/estate planner (financiële planning in samenhang met de huwelijkse voorwaarden, (levens)testamenten, schenkingen en inkomensrisico's), de fiscalist (geruisloze inbreng van de eenmanszaak in de bv en de verdere herstructurering van de onderneming door een personal holding met werksmaatschappijen) en de notaris (het op maat adviseren en opstellen van de verschillende aktes) samen.

1 Inleiding

Soms lijkt een vraag van een klant in eerste instantie vrij simpel. Redenerend vanuit de theorie, in dit geval toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van schenking van een onderneming, lijkt het antwoord vrij eenduidig. De praktijk blijkt echter weerbarstiger omdat de theorie geen rekening houdt met de persoonlijke omstandigheden waaronder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit moet worden toegepast en de vraagstelling hiermee vanuit verschillende invalshoeken zal moeten worden benaderd. De rol van de financieel planner annex estate planner, de accountant annex fiscalist en de notaris, maar ook de onderlinge samenwerking tussen deze adviseurs is hierbij van essentieel belang. Zij zullen hun cliënt immers tijdens het overdrachtsproces ter zake van hun financiële, fiscale en emotionele afwegingen bij moeten staan. In de financiële planning van cliënten zal bovendien zowel met de gevolgen voor de overdragende ondernemer (ouders) als de beoogde bedrijfsopvolger (zoon) rekening moeten worden gehouden.

tijdens de dracht

2 Vraagstukken tijdens de bedrijfs-overdracht

Zoals ik hierboven al aangaf, is bedrijfsoverdracht via de bedrijfsopvolgingsregeling een complex vraagstuk dat niet alleen afhankelijk is van de persoonlijke omstandigheden, maar ook van de wensen die ouders hebben ten aanzien van het tijdens leven vergaarde vermogen. De vraagstukken die tijdens het proces onder meer beantwoord moesten worden, betroffen:

- Wat betekent de overdracht van de onderneming in financiële zin voor de ouders en voor de zoon (paragraaf 3)?
- Wat moeten de ouders afrekenen als ze de onderneming overdragen (paragraaf 4)?
- Kunnen de ouders de onderneming aan hun zoon schenken (paragraaf 5)?
- Waar knelt de theorie met de praktijk (paragraaf 6)?
- Welke impact heeft de gezondheid van de ouders op het proces (paragraaf 7)?
- Welke mogelijkheden hebben de ouders nog meer om hun privévermogen weg te schenken (paragraaf 8)?
- Hoe kunnen de ouders de kinderen uit eerdere huwelijken buiten spel zetten (paragraaf 9)?

Aan de hand van onderstaande casus zal ik nader ingaan op deze vraagstukken.

CASUS

Ed (80) en Ankie (67) runnen ruim 35 jaar samen een wijn- en delicatessenwinkel. Ed is ondernemer voor de inkomstenbelasting (eenmanszaak) en Ankie werkt mee in de zaak. De gezondheid van Ed gaat achteruit en Ed en Ankie willen het bedrijf overdragen aan hun zoon Wim (28) die vanaf zijn 25e in de zaak werkt. Ed heeft uit twee eerdere huwelijken nog vier kinderen maar met geen van hen heeft hij een goed contact. Ed en Ankie hoeven geen geld voor de zaak. Ankie heeft een goed pensioen en tezamen met de AOW denken ze hier prima van rond te komen. Om te voorkomen dat de zaak onbedoeld naar de andere kinderen vererft, hebben ze onlangs in hun testament geregeld dat bij overlijden het bedrijf naar Wim vererft. Een aantal jaren geleden hebben ze hun huwelijkse

- voorwaarden opgeheven, waardoor er nu sprake is van een
- algehele gemeenschap van goederen. Tevens hebben ze
- toen over en weer levenstestamenten geregeld. De
- onderneming heeft een waarde van € 700.000. Daarnaast
- hebben ze een eigen woning met een waarde van € 700.000
- en spaargeld.

In bovenstaande casus speelden ook de gezondheid van vader en de slechte familieverhoudingen een rol.

3 Overdracht van de onderneming in financiële zin

In de januari-editie van dit tijdschrift heeft Lianne Verploegh uitvoerig aandacht besteed aan het belang van een goede financiële planning in het kader van de bedrijfsoverdracht. Financiële planning geeft behalve antwoord op de vraag of het inkomen en vermogen na de bedrijfsoverdracht voldoende is om van te leven, ook antwoord op de vraag of het zinvol is vermogen al weg te schenken tijdens leven ter besparing van toekomstige erfbelasting zonder dat de ouders inleveren op de door hen gewenste levensstandaard.

3.1 Ouders

In deze casus bleek het financiële plaatje gelukkig te kloppen. Anders gezegd, deze ondernemers hadden een goed beeld van hun inkomsten- en uitgavenpatroon, waardoor hun wens de onderneming aan hun zoon te schenken, gerealiseerd kon worden. De vraag die vervolgens beantwoord moest worden, was hoe ze dat op fiscaalvriendelijke wijze konden doen.

3.2 Zoon

Afhankelijk van de situatie kan het ook al relevant zijn voor de zoon met een planning te starten. In dit geval zou de zoon van een vast loondienstverband overgaan naar ondernemerschap en de vraag was of hij dit in de vorm van voortzetting van de eenmanszaak moest doen of in een bv. Maar ook wilde hij weten welke gevolgen dit voor hem had. In de praktijk merk ik dat klanten doorgaans standaard een bv wensen op te richten, mede gelet op de reputatie die het

hebben van een bv (meer aanzien in de markt) nog altijd heeft. In dit geval hebben we een planning gemaakt op basis van een scenario voortzetting als eenmanszaak en een scenario inbreng in een nieuw op te richten bv. Vanuit fiscaal oogpunt was het aantrekkelijker de eenmanszaak voort te zetten, omdat Wim door gebruik van de ondernemersfaciliteiten bij hetzelfde brutobedrag van de belastbare winst netto meer overhoudt dan van een brutosalaris. Vanuit het risico van aansprakelijkheid en de potentie van Wim om de onderneming verder uit te bouwen, is toch gekozen voor inbreng van de eenmanszaak in de bv. De risico's van arbeidsongeschiktheid, overlijden en langlevens (pensioen) zijn in beide situaties identiek, aangezien zowel voor een ondernemer voor de inkomstenbelasting als voor een directeur-grotaandeelhouder geen sociaal vangnet geldt. Als werknemer in loondienst kon hij in geval van blijvende en volledige arbeidsongeschiktheid aanspraak maken op een uitkering van $70\% \times € 54.616,86$ (dagloon 2018 voor de verzekeringswetten) = € 38.231,80 bruto per jaar. Via het pensioenfonds voor de detailhandel bouwde hij afspraken op nabestaanden- en ouderdomspensioen op. Wim zal deze zaken na de overdracht van de onderneming zelf moeten regelen.

4 Ruisend of geruisloos?

4.1 Ruisend

De ouders kunnen ervoor kiezen om niet geruisloos over te dragen. In dat geval rekenen zij de fiscale claims met de Belastingdienst af. Of een dergelijk scenario aantrekkelijk is, zal mede afhangen van de omvang van het verschil tussen de boekwaarde en marktwaarde van de activa van de onderneming en de beschikbare liquide middelen om af te kunnen rekenen. Het netto vermogen (stakingswinst minus belastingheffing) verhuist na overdracht van de onderneming van box 1 (onderneming) naar box 3 (vermogen).

Als de ouders de stakingswinst nodig zouden hebben gehad voor hun eigen levensonderhoud, hadden zij nog de keuze gehad de stakingswinst af te storten naar een bank of verzekeraar. In dat geval storten ze de stakingswinst af ten behoeve van een lijfrenterekening bij een bank of een lijfrentepolis bij een verzekeraar die vervolgens periodiek een lijfrente uitkeert. Hiermee wordt de belastingheffing uitgesteld en gespreid over periodieke termijnen.

Stel, dat de ouders wel hadden afgerekend:

Balans

Activa		Passiva	
Voorraad	€ 200.000	Eigen vermogen	€ 700.000
Pand	€ 500.000		
Balanstotaal	€ 700.000	Balanstotaal	€ 700.000

De stakingswinst is een optelsom van:

Fiscale oudedagsreserve	€	n.v.t.
Goodwill	€	200.000
Stille reserve pand (marktaandeel van € 700.000)	€	200.000
Stakingswinst	€	400.000
Stakingsaftrek	- €	3.630
Belastingheffing maximaal 52% over	€	396.370

Afstorting naar een lijfrente:

Situatie	Extra lijfrente-premieaftrek (€)
- overdracht door een ondernemer met een leeftijd van 61 jaar of ouder	454.237
- overdracht door een invalide ondernemer	
- staken van de onderneming door overlijden	
- overdracht door een ondernemer met een leeftijd tussen 51 en 61 jaar	227.126
- overdracht door een ondernemer als de lijfrente-uitkering direct ingaat	
- overige gevallen	113.569

Als Ed de stakingswinst zou hebben afgestort, dan had hij voor het gehele bedrag van € 396.370 de heffing van inkomstenbelasting kunnen uitstellen. In de Wet IB 2001 is bepaald dat de uitkeringen van een (stakings)lijfrente uiterlijk op 72-jarige leeftijd dienen in te gaan. De Belastingdienst heeft echter een goedkeurend besluit afgegeven, op grond waarvan ook na de 72-jarige leeftijd een stakingslijfrente kan worden aangegaan, mits de stakingslijfrente op het moment van aangaan direct ingaat. Met het oog op schenking van de onderneming is dit scenario hier verder buiten beschouwing gelaten.

4.2 Geruisloos

De ouders kunnen de onderneming ook fiscaal geruisloos aan hun zoon doorschuiven, waarna de zoon de onderneming eveneens geruisloos in een bv kan inbrengen. Hiervoor is vereist dat hun zoon ten minste drie jaar mede-ondernemer dan wel werknemer in de onderneming is geweest. Aangezien de zoon vanaf zijn 25^e bij zijn ouders in dienst is, voldoet hij aan deze voorwaarde. Deze faciliteit houdt in dat de ouders hun onderneming zonder afrekening over de meerwaarde en zonder desinvesteringbijtellings kunnen laten overgaan naar hun zoon. In dat geval neemt de zoon de fiscale boekwaarden en de investeringspositie, aldus de fiscale claims van de ouders over. Het ontmoet geen bezwaar als de zoon als bedrijfsopvolger de onderneming onmiddellijk in een bv omzet. In bovenstaand vraagstuk kwam met name de rol van de accountant in beeld. Na beantwoording van de vraag, ruisend of geruisloos overdragen, kon de inbreng van de IB-onderneming in de nieuw op te richten bv in nauw overleg met de notaris worden voorbereid.

5 Schenking van de onderneming

Als de zoon de onderneming bij overlijden erft of bij leven geschonken krijgt, moet hij over de waarde van die onderneming normaliter erf- of schenkbelasting betalen. Wanneer hij echter gebruikmaakt van de bedrijfsopvolgingsregeling, hierna af te korten tot BOR, betaalt hij minder of geen belasting daarover. De BOR houdt in dat, wanneer de zoon ondernemingsvermogen of aandelen in een bv op grond van de BOR verkrijgt, 100% voorwaardelijk is vrijgesteld van erf- of schenkbelasting als de waarde niet meer bedraagt dan € 1.063.479. Indien de waarde meer bedraagt, geldt een voorwaardelijke vrijstelling van 83% over het meerdere. Wel kan voor de belasting die eventueel dan nog is verschuldigd, tien jaar rentedragend uitstel van betaling worden verkregen. Bij de verkrijging van aandelen geldt deze vrijstelling alleen voor dat deel van de waarde dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen. Na vijf jaar is de voorwaardelijke vrijstelling definitief. Bij het niet voldoen aan de voorwaarden, vervalt de vrijstelling en zal alsnog belasting moeten worden betaald. Tot slot dient de verkrijger van de onderneming of aanmerkelijkbelangaandelen binnenlands belastingplichtig te zijn. In deze casus bedroeg de waarde van de onderneming € 700.000 en bestond volledig uit ondernemingsvermogen.

Voor toepassing van de BOR geldt een aantal voorwaarden:

- het betreft een materiële onderneming (beleggingsactiviteiten zijn uitgesloten);
- de overdragende ondernemer is als schenker minimaal vijf jaar eigenaar van de onderneming geweest (in geval van vererving is de termijn één jaar);
- de verkrijger zet de onderneming minimaal vijf jaar voort dan wel blijft minimaal vijf jaar eigenaar van de aandelen in een bv. Wordt niet aan de vijfjaarstermijn voldaan, dan moet de verkrijger hiervan aangifte doen bij de Belastingdienst en zal de aanslag erf- of schenkbelasting opnieuw worden berekend;
- de verkrijger doet een verzoek om toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling voordat de aanslag definitief vaststaat. Daarna kan geen gebruik meer worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsregeling.

De verkrijger moet binnen twee maanden na het jaar van schenking aangifte doen (aangifteformulier is te downloaden via de website van de Belastingdienst).

Gelet op de historie van de onderneming waren bovenstaande voorwaarden geen probleem. De vraag die hier ontstond was of beide ouders als ondernemer kwalificeerden voor de BOR (zie tabel onderaan de pagina).

6 Knelpunt tussen theorie en praktijk

Om te beoordelen of beide ouders kwalificeren, moeten we kijken wat daarover in de wet staat. In art. 35d SW 1956 staat over de BOR nadrukkelijk dat de schenker 'ondernemer is in de zin van artikel 3.4 of artikel 3.5 Wet IB 2001'. Aangezien Ankie in fiscaalrechtelijke zin geen ondernemer is – zij werkt immers alleen mee in de onderneming – kwalificeert zij voor de wet niet als ondernemer. Het feit dat zij goederenrechtelijk gerechtigd is tot de helft van de onderneming doet daar niets aan af.

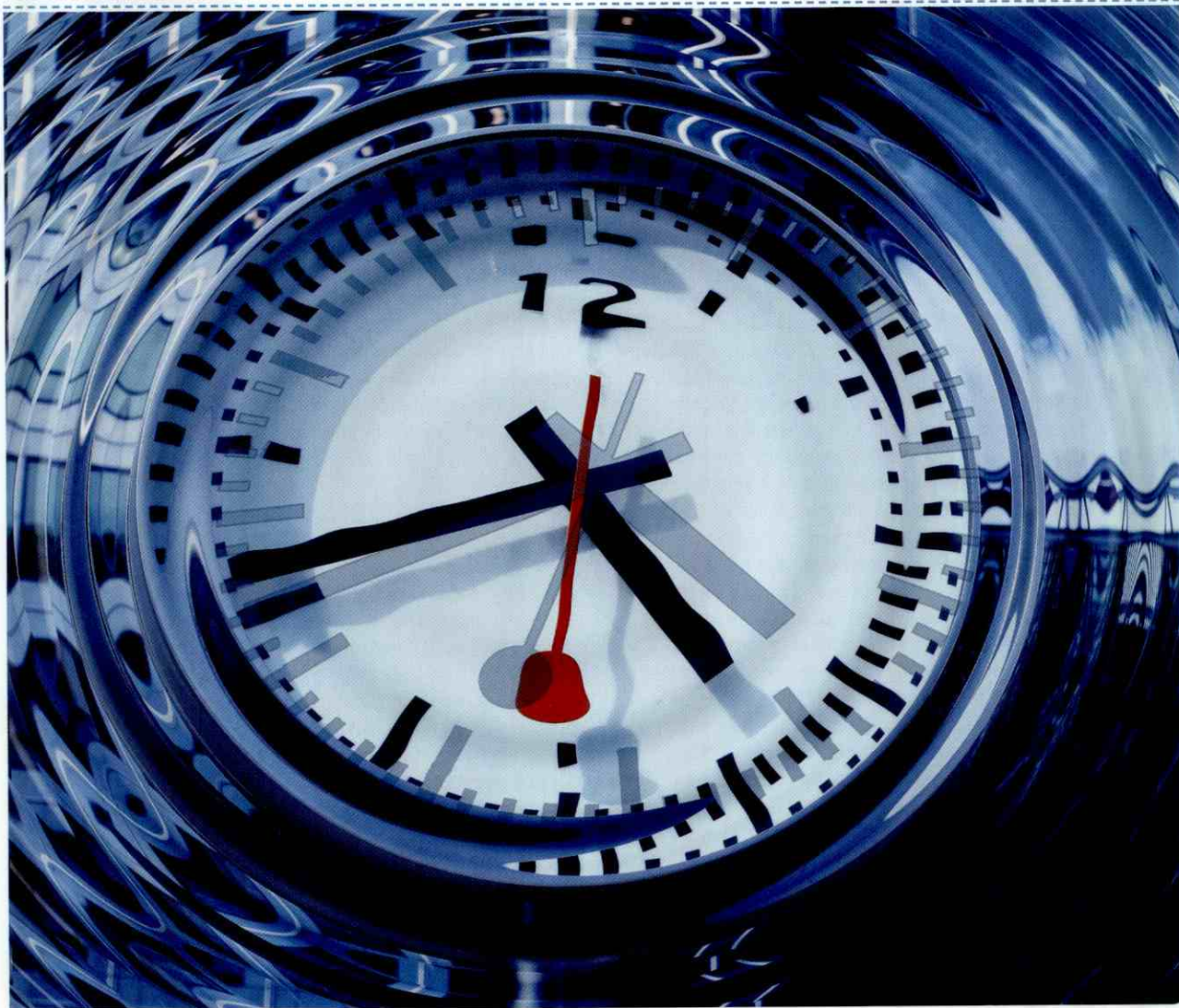
Deze tekortkoming in de BOR is voor de situatie van overlijden inmiddels onderkend en aanleiding voor de staatssecretaris van Financiën geweest een hardheidsclausule op te nemen in het besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M. Op basis van dit besluit geeft de staatssecretaris goedkeuring voor toepassing van de BOR op de volledige onderneming als ten gevolge van het overlijden van een in gemeenschap van goederen gehuwde ondernemer de ondernemer overlijdt en de onderneming en de onderneming door één van zijn kinderen wordt voortgezet. In dit besluit wordt de situatie van schenken echter expliciet niet genoemd. De BOR verschilt in de kern niet als het gaat om erven of schenken. Hieruit mag u niet afleiden dat bij schenking dezelfde conclusie getrokken moet worden.

Hoe oplossen?

Het is altijd raadzaam om de kwestie voor te leggen aan de Belastingdienst, om discussie achteraf te voorkomen. De Belastingdienst zal haar besluit in een beschikking 'voor bezwaar en beroep vatbaar' bevestigen als de wet dat

De belastingheffing zonder/na toepassing van de BOR bedraagt:

	Met BOR	Schenkbel.	Zonder BOR	Schenkbel.
Ondernemingsvermogen	€ 700.000		€ 700.000	
Vrijstelling	- € 1.071.987		€ 0	
Verkrijging schenkbelasting	€ 0		€ 700.000	
Vrijstelling schenkbelasting	- € 5.363	€ 0	- € 5.363	€ 0
Eerste schijf schenkbelasting	- € 123.248	€ 0	- € 123.248	€ 12.325
Tweede schijf schenkbelasting	€ 0	- € 0	- € 571.389	€ 114.278
Schenkbelasting verschuldigd		€ 0		€ 126.603



voorschrijft. Anders antwoordt de Belastingdienst per 'normale' brief, maar daartegen kan men niet in bezwaar en beroep. Een alternatief is om de gemeenschap van goederen om te zetten in huwelijkse voorwaarden waarbij in deze casus de eenmanszaak aan Ed en de eigen woning met hypotheek aan Ankie werden toegedeeld. Uitgangspunt daarbij is dat beide activa een gelijke waarde vertegenwoordigen om te voorkomen dat er sprake is van schenken.

Voor de situatie dat dit niet het geval is, kan men een onderbedelings- of overbedelingsvordering vaststellen en al dan niet rente en zekerheidstelling overeenkomen. Stel, dat in deze casus de eigen woning geen € 700.000 maar € 500.000 waard zou zijn geweest (zie tabel).

In dat geval zou Ankie een onderbedelingsvordering op Ed ter grootte van € 100.000 hebben gehad.

Het wijzigen van de gemeenschap van goederen brengt uiteraard wel extra kosten met zich mee: opstellen huwelijkse voorwaarden, levering van de helft van de woning door Ed aan Ankie en een wijziging van het testament. Ingeval Ankie tegen de verwachting in vóór Ed mocht komen te overlijden, is het van belang dat hij in de woning kan blijven wonen, zolang hij leeft.

Hier kwamen de expertise van de financieel planner, de accountant en de notaris samen. Daarbij leverde de planner de financiële en fiscale kennis vanuit de privésituatie van de ondernemer, de accountant de financiële en fiscale kennis vanuit de onderneming en de notaris de input voor een fiscaal correcte goederenrechtelijke verdeling in privé en inbreng van de onderneming in de nieuwe bv.

Toedeling	Vermogen	Ed	Ankie
Eenmanszaak	€ 700.000	€ 700.000	€ 0
Eigen woning	€ 500.000	€ 0	€ 500.000
Te verdelen	€ 1.200.000		
Ieder krijgt		€ 700.000	€ 500.000
Overbedeling/onderbedeling		- € 100.000	+ € 100.000
Ieder krijgt	€ 600.000	€ 600.000	€ 600.000

7 Het belang van een levens-testament

Wat het hier complex maakte, was dat de gezondheid van vader harder achteruitging dan iedereen (inclusief echtgenote) kon voorspellen. Gelukkig hadden Ed en Ankie twee jaar geleden levenstestamenten laten opmaken, waarin zij elkaar volmacht hebben gegeven om zaken op financieel en medisch terrein en aangaande familiebetrekkingen van elkaar te kunnen overnemen. Het omzetten van een gemeenschap van goederen in huwelijkse voorwaarden in deze casus stuitte echter op de (extra) zorgplicht van de notaris en betrokken adviseurs om dit in goede banen te leiden en zorgde er bijna voor dat de huwelijkse voorwaarden niet konden passeren in verband met de verminderde geestestoestand van Ed. Om de huwelijkse voorwaarden te kunnen opstellen, moeten de contractanten immers wils- en handelingsbekwaam zijn. In deze casus ging het gelukkig net op tijd goed. Daarnaast zult u goed moeten kijken naar de werkelijke bedoelingen van betrokken partijen. Hiermee wordt feitelijk ook een beroep op uw integriteit als adviseur gedaan en zult u moeten beoordelen in hoeverre de belangen van alle betrokkenen voldoende zijn geborgd.

Met bovenstaande wil ik nogmaals het belang van het tijdig opstellen van levenstestamenten naast de reguliere testamenten benadrukken.

8 Schenking privévermogen

Om te voorkomen dat de zoon bij overlijden van moeder te veel erfbelasting betaalt over de waarde van de woning, wenst Ankie bij leven de woning aan haar zoon over te dragen. Dit wil ze doen door de woning aan hun zoon te verkopen, waarbij hij de koopsom schuldig blijft tegen een bepaalde rente.

8.1 Verkoop woning tegen schuldig blijven koopsom

Bij overdracht van de woning tijdens leven is hun zoon behalve 2% overdrachtsbelasting ook de kosten van levering plus de eventuele (advies)kosten van financiering kwijt. Wanneer de woning bij het overlijden van Ankie wordt verkregen (krachtens erfrecht) is er geen overdrachtsbelasting verschuldigd.

Een ander nadeel is dat wanneer de ouders het vruchtgebruik krijgen, de woning hiermee van box 1 (ouders) naar box 3 (zoon) verhuist waar de WOZ-waarde van de woning meetelt voor de grondslag van box 3. Hier staat tegenover dat de schuldig gebleven koopsom eveneens in box 3 valt en er per saldo geen vermogensrendementsheffing door de zoon is verschuldigd zolang de waarde van de woning gelijk is aan de schuldig gebleven koopsom.

De ouders geven het vruchtgebruik van de woning en de schuldig gebleven koopsom in box 3 als vordering aan. De zoon geeft de woning ook in box 3 aan voor de blote-eigenoms waarde. De schuldig gebleven koopsom is feitelijk een

lening, waarvoor zakelijke condities overeengekomen zullen moeten worden. Als de lening direct opeisbaar is, dient ten minste een rente van 6% afgesproken te worden. Ingeval een lagere rente wordt overeengekomen dan 6% wordt het verschil als een schenking aangemerkt. Als de ouders van Wim jaarlijks gebruik willen maken van de schenkingsvrijstelling, kunnen ze tot maximaal een bedrag van € 89.383 renteloos lenen. Wanneer de lening niet direct opeisbaar is, is het afspreken van een zakelijke – lees: marktconforme – rente voldoende.

Een marktconforme rente is een rente die de ouders bij derden hadden kunnen bedingen als ze de uit de koopsom verkregen liquide middelen bij een bank tegen rente hadden weggezet. Voor het al dan niet stellen van zekerheden kan met een risico-opslag worden gerekend.

Let wel! Als de ouders geen of een te lage koopsom met hun zoon overeenkomen, zal de Belastingdienst het verschil tussen de werkelijke waarde en overeengekomen waarde ook als een verkapte schenking aanmerken.

Daarnaast speelt nog een ander aspect. Bij het overlijden van moeder wordt voor de erfbelasting de waarde van de woning in aanmerking genomen op het moment van overlijden en niet de waarde van de woning ten tijde van de rechtshandeling (op het moment van verkoop van de woning tegen schuldig blijven van de koopsom). Wel mag de zoon de betaalde koopsom vermeerderd met 6% enkelvoudige rente per jaar over de koopsom op deze waarde in mindering brengen.

Zodra de waarde van de woning de schuldig gebleven koopsom overstijgt en deze waardestijging meer bedraagt dan 6% per jaar en de ouders maar lang genoeg blijven leven, kan de belastingheffing in box 3 de erfbelastingbesparing weer volledig tenietdoen.

De ouders en hun zoon zullen de erfbelastingbesparing moeten afwegen tegen de te betalen overdrachtsbelasting en de te betalen box 3-heffing. Gelet op de box 3-heffing zal overdracht van de eigen woning tijdens leven doorgaans niet aantrekkelijk zijn.

Een alternatief is, dat de zoon de woning als eigen woning koopt onder schuldig blijven van de koopsom en de ouders laat inwonen. In deze casus is er geen sprake van huur- en zorgtoeslag, maar wel sprake van AOW. Voor de AOW van de ouders heeft dit verder geen consequenties. Ankie kan de koopsom al dan niet binnen de vrijstelling voor de schenkbelasting in gedeeltes wegschenken. Als familie moet je dit dan uiteraard wel willen. In deze casus was deze oplossing sowieso geen optie omdat de zoon al een eigen woning had en omwille van de privacy niet een woning met zijn ouders wilde delen.

In plaats daarvan hadden de ouders de woning na verkoop ook kunnen terughuren tegen een huur van minimaal 6%.

Al pratende bleek overdracht van de woning tijdens leven voor de ouders emotioneel gezien nog een stap te ver. Met het oog hierop bleek de schuldiggerkenning op papier een goed alternatief.

8.2 Alternatief schuldiggerkenning op papier

Omdat de ouders over voldoende inkomen beschikken, besloot Ankie de waarde van de woning op papier te gaan schenken met de mogelijkheid de schenking terug te draaien mocht gewijzigde wetgeving daartoe aanleiding geven. Maar ook als de voordelen van schenken om andere redenen teniet worden gedaan, kan het wenselijk zijn de schenking terug te draaien. Denk aan een woning die in waarde daalt. Sinds de kredietcrisis zijn klanten zich er weer van bewust dat de bomen niet altijd tot in de hemel groeien.

Wanneer de schenking wordt teruggedraaid, wordt de verschuldigde en betaalde schenkelasting terugbetaald en wordt de zoon geacht het vruchtgebruik te hebben gehad van 4% gedurende de bezitsperiode. Daarover is dan vervolgens schenkelasting verschuldigd.

Bij schenken op papier zijn de vorderingen pas opeisbaar bij het overlijden van de schenker. Wel moet Ankie jaarlijks 6% rente betalen over de papieren schenking. Deze rente is wettelijk bepaald volgens art. 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956. Via de rentebetaling hevelt zij feitelijk ook vermogen over. Hiervoor geldt overigens wel het vereiste van een notariële akte.

De papieren schenking in plaats van overdracht woning tijdens leven pakt vervolgens zo uit (zie tabel met toelichting onderaan de pagina):

Uitgangspunten:

- Moeder leeft nog 10-15 jaar vanaf heden
- Waarde woning na 10 jaar € 700.000 waard
- Spaargeld ouders € 200.000

9 Legitieme portie van de kinderen

Een bijzonder aandachtspunt betreffen hier de kinderen uit de twee eerdere huwelijken van Ed. Ed heeft al vele jaren geen contact meer met zijn kinderen uit deze eerdere huwelijken en heeft altijd voor ogen gehad dat, wanneer hij er niet meer is, de zaak naar zijn zoon (laatste huwelijk) dient over te gaan. De verslechtering van zijn gezondheid heeft dit proces slechts versneld, waardoor hij nu al tot schenking wenst over te gaan.

De kinderen van Ed hebben onder de huidige wet wilsrechten. Wanneer de langstlevende (stief)ouder na het overlijden van hun vader hertrouwt of een geregistreerd partnerschap aangaat, kunnen de kinderen hun wilsrechten invoeren. In dat geval krijgen de kinderen goederen ter waarde van hun vordering op de langstlevende ouder in eigendom. De langstlevende ouder houdt wel het recht op het vruchtgebruik van de goederen, dat wil zeggen dat de langstlevende het recht van gebruik van de goederen

Jaar 2018	Schenking 58.505	Zoon Wim 58.505	T.l.v. Ankie 58.505	Schenking onbelast	Rente 6%	Vermogen overgedragen
1	58.505	58.505	58.505	5.363	3.510	
2	58.505	58.505	117.010	10.726	7.021	
3	58.505	58.505	175.515	16.089	10.531	
4	58.505	58.505	234.020	21.452	14.041	
5	58.505	58.505	292.525	26.815	17.552	
6	58.505	58.505	351.030	32.178	21.062	
7	58.505	58.505	409.535	37.541	24.572	
8	58.505	58.505	468.040	42.904	28.082	
9	58.505	58.505	526.545	48.267	31.593	
10	58.505	58.505	585.050	53.630	35.103	
Totaal			585.050	53.630	193.067	778.117

Door schenking in porties binnen de eerste schijf van € 123.248 bedraagt het schenktaarief 10%, terwijl dit bij overlijden tegen maximaal 20% wordt belast. Door de schenkingen op papier en de jaarlijkse rentebetaling (mits de ouder(s) dit geld fysiek kunnen/willen betalen) is na 10 jaar € 585.050 minus vrijstellingen ad € 53.630 = € 521.420 tegen 10% en € 193.067 zonder belastingheffing aan de kinderen overgeheveld. Schenkelasting totaal: **53.142**

Zonder schuldiggerkenning wordt € 778.117 minus erfrijstelling ad € 20.371 als volgt belast:

	Verkrijging	Erfbelasting
Verkrijging Wim	778.117	
Vrijstelling Wim	-20.371	0
Eerste schijf erfbelasting 10%	-123.248	12.325
Tweede schijf erfbelasting 20%	634.498	126.900
Totaal verschuldigd		139.225

behoudt. De kinderen hebben nog niks aan hun verkregen eigendom en hebben in die zin alleen het blooteigendom. Hiermee wordt voorkomen dat het vermogen terecht komt bij de nieuwe partner van de langstlevende en de langstlevende de goederen tijdens leven kan opmaken. Bij overlijden van de langstlevende eindigt het vruchtgebruik en krijgen de kinderen de volle eigendom van de goederen. Nu Ed zijn kinderen uit eerdere huwelijken heeft onterfd spelen de wilsrechten hier verder geen rol.

De stiefbroers en -zussen kunnen echter nog steeds roet in het eten gooien, als zij hun legitieme portie binnen vijf jaar na het overlijden opeisen. Gelukkig is de legitieme portie onder het huidige recht slechts een vordering in geld en pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende, wat in dit geval naar verwachting Ankie zal zijn, gelet op het leeftijdsverschil. De legitieme portie bij overlijden van hun vader bedraagt ten minste de helft van het erfdeel dat zij zouden hebben gekregen als het wettelijk erfrecht van toepassing zou zijn geweest.

Als de waarde van de onderneming nu € 700.000 netto is, erven de langstlevende en de kinderen ieder een kindsdeel, ofwel € 116.667. De legitieme portie per kind bedraagt dan $50\% \times € 116.667 = € 58.334$. De vier stiefbroers- en zussen kunnen hiermee totaal $4 \times € 58.334 = € 233.336$ opeisen. In het advies aan ouders en zoon is aangegeven met een mogelijk beroep op de legitieme portie rekening te houden.

Het vermogen tijdens leven wegschenken sorteert geen effect. De legitimarissen kunnen immers met succes vorderen dat de gedane schenkingen in de nalatenschap worden gebracht.

Stel, dat Ankie inderdaad een onderbedelingsvordering op Ed zou hebben gehad (zoals aangegeven in de berekening van paragraaf 4), dan zou het met het oog op de legitieme portie van de kinderen juist interessant kunnen zijn wel een rente overeen te komen en zekerheden te vragen.

10 Conclusies

Bij een bedrijfsoverdracht komen aandachtspunten uit verschillende disciplines samen:

- Tegen welke koopsom kan de ondernemer de onderneming overdragen?
- In welk vorm zet de verkrijger de onderneming voort en wat verandert er als hij geen werknemer meer is?
- Geruisloos of ruisend de onderneming overdragen?
- Kwalificeert de overdrager als ondernemer voor de inkomstenbelasting om de BOR toe te kunnen passen?
- Aan welke voorwaarden van de BOR moet nog meer worden voldaan?
- Hoe is het met de gezondheid van de overdragende ondernemer gesteld?
- Welke maatregelen kun je als ondernemer treffen om te zorgen dat de overdracht naar wens verloopt, rekening houdend met de familieverhoudingen?
- Welke voorzorgsmaatregelen kun je in de aanloop naar de bedrijfsoverdracht nemen?



OVERZICHT RECHTSPRAAK

april-juni 2018

Fiscaal

Instantie	Datum	Nummer	Beschrijving	Vindplaats
Rechtbank Noord-Holland	15-03-2018	nr. AWB-16/2710, ECLI:NL:RBNHO:2018:1997	Eiser heeft een schenking van zijn vader ontvangen. Ter zake van de schenking is een aanslag schenkbelasting opgelegd. De vader van eiser is vervolgens binnen 180 dagen overleden, zodat de schenking tot de nalatenschap wordt gerekend. In geschil is voor welk bedrag de betaalde schenkbelasting in mindering komt op de erfbelasting. De rechtbank is van oordeel dat het volledige bedrag aan schenkbelasting op de erfbelasting in mindering dient te komen.	NTFR 2018/1041 met noot L. Bergman
Rechtbank Noord-Holland	13-04-2018	nr. AWB-16/4456, ECLI:NL:RBNHO:2018:3122	De rechtbank concludeert dat sprake is van verhuur van twee onroerende zaken en gelet op de beperking in omvang van de met de verhuur gemoeide werkzaamheden en tijdsbeslag en het feit dat het hotel door een professionele hotelketen wordt geëxploiteerd, niet aannemelijk is geworden dat de werkzaamheden van eiseressen kwantitatief en kwalitatief van dien aard zijn, dat bij de vennootschap sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. De vennootschap dreef ten tijde van de schenking geen materiële onderneming zodat met betrekking tot de waarde van de verkregen aandelen in de BV in zoverre geen recht bestaat op toepassing van de BOF.	V-N Vandaag 2018/846, NTFR 2018/1187
Hof Den Haag	03-04-2018	nr. BK-17/00030, ECLI:NL:GHDHA:2018:794	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit (art. 35b Successiewet 1956) van toepassing op schenking van een belang in een grote onroerendgoedportefeuille met verschillende winkelcentra, kantoorgebouwen en bedrijfshallen, die voor een gedeelte binnen de BV, de maatschappen en de dochtervennootschappen zijn ontwikkeld en die zijn verhuurd en na een aantal jaren weer zijn dan wel worden verbeterd, herontwikkeld en 'vernieuwbouwd'. Belanghebbende heeft ondernemingsvermogen verkregen. In dit geval is aan de plusarbeid- en de plusrendementstoets voldaan. Ook feiten en/of omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór het tijdstip van de schenking kunnen hun licht kunnen werpen op de toestand op het moment van de schenking. Staatssecretaris in cassatie.	NTFR 2018/1149 met noot A. Rozendal
Hof Amsterdam	01-05-2018	nr. 17/00379, ECLI:NL:GHAMS:2018:1611	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (wbr); de vrijstelling van artikel 15, lid 1, onderdeel b van de wbr is – naar het oordeel van het Hof – ook van toepassing bij de verkrijging door de dochter van de aandelen in de BV (die zich bezighield met het aankopen, ontwikkelen, verkopen en verhuren van onroerende zaken) van haar vader (vgl. de zogenoemde doorkijkarresten HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559, BNB 2007/167 en HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580, BNB 2011/219).	www.rechtspraak.nl
Conclusie A-G Hoge Raad	30-05-2018	nr. 17/04543, ECLI:NL:PHR:2018:615	Overdrachtsbelasting, bedrijfsopvolgingsvrijstelling (art. 15(1)(b) Wet BVR). Feiten: belanghebbendes moeder heeft hem alle aandelen in een onroerendzaaklichaam (OZL) (art. 4 Wet BVR) geschonken. De onroerende zaken van het OZL zijn ondernemingsvermogen en de onderneming is na de schenking voortgezet. A-G Wattel meent dat de doorkijkarresten erop neerkomen dat een verkrijging van fictieve onroerende zaken (OZL-aandelen) niet ongunstiger wordt behandeld dan de verkrijging van de onroerende zaken. Uit de wet noch de parlementaire behandeling volgt ten slotte dat de verkrijger voor vrijstelling een IB-onderneming moet verkrijgen.	NTFR 2018/1478 met noot D.C. Simonis