

## HOOFDSTUK X

# WANNEER KWALIFICEERT DE EXPLOITATIE VAN VASTGOED ALS ECONOMISCHE ACTIVITEIT VOOR DE TOEPASSING VAN HET GUNSTREGIME IN DE SCHENK- EN ERFBELASTING?

GRIET VANDEN ABEELE<sup>1</sup>  
*Advocaat*

### I. INLEIDING

1. In deze bijdrage bespreken we de toepassing van het gunstregime in de Vlaamse schenk- en erfbelasting in geval van de exploitatie van vastgoed. We bespreken beknopt het bestaande wetgevend kader, de visie van de Vlaamse Belastingdienst zoals deze onder meer blijkt uit de geactualiseerde omzendbrief 2015/2, alsook ervaringen uit de administratieve praktijk. We bespreking hoofdzakelijk het regime van toepassing op familiale vennootschappen, en in mindere mate het regime van toepassing op familiale ondernemingen.<sup>2</sup> We bespreken tevens een recent arrest van de Nederlandse Hoge Raad *d.d.* 15 april 2016 met betrekking tot de kwalificatie van verhuurd vastgoed voor de toepassing van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

### II. BEKNOPTE HISTORIEK

2. Reeds in 1996 voerde het Vlaamse Gewest een vlak tarief van 3 % in bij vererving van familiale vennootschappen en ondernemingen.<sup>3</sup> De Vlaamse decreetgever erkende dat het toen geldende tarief in het successierecht “*vrij drukkend*” was “*voor activa die weliswaar een belangrijke waarde kunnen vertegenwoordigen, maar per hypothese niet of zeer moeilijk verzilverbaar*”

<sup>1</sup> Mijn oprechte dank gaat uit naar de waardevolle suggesties van RIK DEBLAUWE.

<sup>2</sup> Met familiale ondernemingen worden de ondernemingen bedoeld die niet worden uitgeoefend door middel van een vennootschap. Met familiale vennootschappen worden ondernemingen bedoeld die in vennootschapsverband worden uitgeoefend, met name via een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, die een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard (art. 1.1.0.0.2, 21° VCF).

<sup>3</sup> Art. 21 en 22 Decr. 20 december 1996 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1997, BS 31 december 1996.

*zijn*".<sup>4</sup> Met ingang van 1 januari 2000 werd het verlaagd tarief vervangen door een vrijstelling.<sup>5</sup>

3. Het initiële regime voorzag in een tweetal grondvoorwaarden, met name (i) een participatievoorwaarde en (ii) een tewerkstellingsvoorwaarde. De tewerkstellingsvoorwaarde onderging verschillende wijzigingen ingevolge de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie dat oordeelde dat de vereiste tewerkstelling in het Vlaamse Gewest in strijd was met de vrijheid van vestiging.<sup>6</sup> Ook het Grondwettelijk Hof oordeelde dat de tewerkstellingsvoorwaarde in strijd was met de Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen die voorziet dat de gewesten hun bevoegdheden dienen uit te oefenen met inachtneming van de beginselen van het vrij verkeer en met de principes van de Belgische economische en monetaire unie.<sup>7</sup>

4. De vereiste dat een economische activiteit diende te worden uitgeoefend, was aanvankelijk niet expliciet opgelegd voor familiale vennootschappen. Voor familiale ondernemingen was dit wel vereist. De tewerkstellingsvoorwaarde (en later) loonlastenvoorwaarde hield impliciet in dat een economische activiteit diende te worden uitgeoefend.<sup>8</sup>

5. Bij decreet van 18 december 2009 werd, bij wijze van crisismaatregel, de toen geldende loonlastenvoorwaarde in het successierecht in het Vlaamse Gewest tijdelijk op nul gezet.<sup>9</sup> In de periode dat deze tijdelijke crisismaatregel van kracht was, diende geen enkele economische activiteit te worden uitgeoefend, bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling die de uitoefening van een economische activiteit vereiste. Daardoor kwalificeerden holdingvennootschappen en patrimoniumvennootschappen tijdelijk voor de vrijstelling in het successierecht.

6. Met de introductie in 1998 van een verminderd registratierecht van 3 % voor schenkingen van familiale ondernemingen en vennootschappen, gaf de federale wetgever gevolg aan een aanbeveling van de Europese Com-

---

<sup>4</sup> Ontwerp van decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1997, *Parl.St.* VI.Parl. 1996-97, stuk 428/1, 7.

<sup>5</sup> Art. 38 Decr. 22 december 1999 houdende bepaling tot begeleiding van de begroting 2000, *BS* 30 december 1999.

<sup>6</sup> HvJ 25 oktober 2007, nr. C. 464/05; ECLI:EU:C:2007:631.

<sup>7</sup> GwH 8 juli 2010, nr. 83/2010.

<sup>8</sup> De loonlastenvoorwaarde bedroeg minimum 500.000,00 euro (te indexeren). Huisbedienden werden uitgesloten. Met de loonlasten, betaald aan de erflater en bepaalde van zijn familieleden, werd slechts in beperkte mate rekening gehouden (tot 300.000,00 euro).

<sup>9</sup> Art. 17 en 18 Decr. 18 december 2009 houdende bepalingen tot begeleiding van de derde aanpassing van de begroting 2009, *BS* 29 januari 2010.

missie.<sup>10, 11</sup> Hoofddoelstelling was het wegwerken van fiscale obstakels bij bedrijfsoverdracht.<sup>12</sup> De Vlaamse decreetgever verlaagde het registratierecht verder tot 2 %.<sup>13</sup> In tegenstelling tot het successierecht, was voor het verlaagd schenkingsrecht wel de uitoefening van “*een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwactiviteit, een vrij beroep, of een ambt of post*” vereist.<sup>14</sup> Van het verlaagd registratierecht werd in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt: het tariefvoordeel was beperkt tot 1 % in vergelijking met niet-kwalificerende schenkingen die met ingang van 1 januari 2004 tegen 3 % konden worden geschonken. Dit beperkte voordeel stond niet in verhouding met de opgelegde voorwaarden.

7. Bij de invoering van de huidige regeling,<sup>15</sup> wenste de Vlaamse decreetgever ondernemers aan te moedigen om bij leven de nodige maatregelen te nemen met betrekking tot hun bedrijfsopvolging. De decreetgever verantwoordde dit als volgt: “*het gebrek aan ervaring, knowhow en contacten, doordat de bedrijfsleider deze niet aan een opvolger heeft (kunnen) overbrengen, de continuïteit van de onderneming tevens in gevaar kunnen brengen. Er werd daarom geopteerd om bedrijfsleiders te stimuleren om zich actief met hun opvolging bezig te houden door bij leven zoveel mogelijk kennis over te dragen en dit door middel van een vrijstelling in de schenkingsrechten.*”<sup>16</sup> Dit is in lijn met de aanbeveling van de Europese Commissie die stelde dat “*maatregelen gericht op de bewustmaking, voorlichting en opleiding van het ondernemingshoofd om hem ertoe aan te zetten zijn opvolging reeds tijdens zijn leven voor te bereiden, tot vergroting van de kans op slagen van de overdracht bijdragen*”.<sup>17</sup> De bestaande vrijstelling in het successierecht werd met ingang van 1 januari 2012 vervangen door een verminderd tarief van 3 % (in rechte lijn en tussen partners) resp. 7 % (tussen anderen). Het verminderd tarief voor schenkingen (destijds 2 %) werd vervangen door een volledige vrijstelling, ongeacht de hoedanigheid van de begiftigde. Ook de voorwaar-

<sup>10</sup> Art. 68 wet 22 december 1998 houdende fiscale en andere bepalingen (1), BS 15 januari 1999.

<sup>11</sup> Aanbev. 94/1069/EG Europese Commissie 7 december 1994.

<sup>12</sup> Weze het dat de Raad Van State destijds kritisch was en zich afvroeg “*of het gerechtvaardigd is een dermate voordelige regeling in te stellen voor de kosteloze overdracht van goederen die als bijzonder kenmerk hebben dat zij noodzakelijkerwijze eigendom zijn van beperkte sociaal-economische categorieën*” (Parl.St. Kamer 1997-98, stuk 1608/1, 67). Zie in verband met het potentieel discriminatoir karakter van een gunstregime voor familiale ondernemingen en vennootschappen R. DEBLAUWE, “Nederlandse ondernemingsvrijstelling beoordeeld door de Hoge Raad”, TFR 2014, 425.

<sup>13</sup> Art. 34 Decr. 27 juni 2003 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2003, BS 12 september 2003.

<sup>14</sup> Art. 140bis W.Reg.

<sup>15</sup> Art. 73 en 82 Decr. 23 december 2011 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012, BS 30 december 2011.

<sup>16</sup> MvT, VI.Parl. 2011-12, 1326/1, p. 24.

<sup>17</sup> Zie vn. 11.

den bij schenking en vererving werden op elkaar afgestemd. Bovendien is vereist dat de familiale vennootschap “*de uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwactiviteit, of van een vrij beroep tot doel heeft*” (hierna: economische activiteit).<sup>18</sup> Ook de participatievoorwaarde werd versoepeld.<sup>19</sup>

8. Merk op dat in het Waalse Gewest reeds geruime tijd de uitoefening van een economische activiteit vereist was voor de toepassing van het verminderd tarief van 3 % in het successierecht.<sup>20</sup> Met ingang van 1 januari 2006 werd dit tarief verlaagd tot 0 % en wordt het bestaan van een economische activiteit op geconsolideerd niveau beoordeeld. Tevens werden de voorwaarden van een vrijstelling in het schenkingsrecht aan gelijkaardige voorwaarden onderworpen.<sup>21</sup> In het Brussels Gewest geldt voor het verminderd registratierecht en het verminderd successierecht van 3 % als voorwaarde dat een familiale vennootschap een economische activiteit uitoefent.<sup>22</sup>

### III. HET GUNSTREGIME EN DE ADMINISTRATIEVE PRAKTIJK

#### A. De uitoefening van een nijverheids-, handels-, ambachts-, landbouwactiviteit of vrij beroep

9. Het gunstregime is beperkt tot familiale ondernemingen en vennootschappen die de uitoefening van een economische activiteit tot doel hebben. Ook holdingvennootschappen die zelf geen economische activiteit uitoefenen, komen in aanmerking indien zij een participatie houden van minstens 30 % in minstens één directe dochtervennootschap die wel een economische activiteit uitoefent.

10. Aanvankelijk was in het decreet alleen voorzien dat de vennootschap de uitoefening van een dergelijke activiteit “tot doel” diende te hebben. In

<sup>18</sup> Zie vn. 15.

<sup>19</sup> In principe geldt een participatievoorwaarde in hoofde van de erflater en zijn familie van 50 %. Onder voorwaarden geldt een participatievoorwaarde van 30 %. In dit artikel gaan we niet verder in op de participatievoorwaarde.

<sup>20</sup> Art. 2 Decr. 17 december 1997 houdende begeleiding van de begroting 1998, BS 27 januari 1998.

<sup>21</sup> Art. 20 en 28 Decr. 15 december 2005 houdende verschillende wijzigingen in het Wetboek der registratie, hypotheek- en griffierechten en in het Wetboek der successierechten (1), BS 23 december 2005 en BS 30 januari 2006 (*err.*).

<sup>22</sup> Art. 140bis Br.W.Reg. en art. 60bis Br.W.Succ. In het registratierecht betreft het nog de oude federale tekst, behoudens een kleine aanpassing aan de Europese Regelgeving bij Ord. 16 december 2011 tot wijziging van het wetboek der registratie, -hypotheek,-en griffierechten, BS 2 februari 2012.

de praktijk eiste de Vlaamse Belastingdienst dat de activiteit ook daadwerkelijk diende te worden uitgeoefend.<sup>23</sup> Naar aanleiding van de integratie van het Wetboek Registratie- en Successierechten in de Vlaamse Codex Fiscaliteit werd decretaal verankerd dat de activiteit ook daadwerkelijk dient te worden uitgeoefend.<sup>24</sup>

11. De decreetgever definieert het begrip ‘economische activiteit’ in quasi dezelfde bewoordingen als de federale wetgever en de andere regionale wetgevers. De decreetgever geeft zelf geen verdere toelichting bij deze definitie en beperkte zich ertoe te stellen dat het niet de bedoeling was “*om vennootschappen waarin private personen hun privaat patrimonium onderbrengen (de zogenaamde patrimoniumvennootschappen) en die derhalve geen reële economische activiteit hebben*” te laten genieten van het gunstregime.<sup>25</sup>

12. De Vlaamse Belastingdienst diende aldus invulling te geven aan dit begrip.<sup>26</sup> In zijn eerste omzendbrief verwees Vlabel onder meer naar de administratieve beslissing uit 2001 met betrekking tot het federale schenkingsrecht, waarin de federale administratie stelde dat een “*zuivere patrimoniumvennootschap, die als activiteit uitsluitend het beheer van onroerende goederen heeft*”, uitgesloten wordt van het verminderd tarief.<sup>27</sup>

De administratie verwijst ook naar het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 15 oktober 1998.<sup>28</sup> Het Hof oordeelde als volgt: “*Overwegende dat met nijverheids-, handels-, ambachts-of landbouwbedrijven bedoeld worden, ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, zonder uitsluiting van de ondernemingen die andere ondernemingen controleren, behalve wanneer zij enkel tot doel hebben de éénvoudige verkrijging en het in bezit houden van deelbewijzen.*” Vlabel besluit dat een economische activiteit “*zich niet uitstrekt tot een louter passief optreden (louter beheer van onroerende goederen; louter verkrijgen en aanhouden van deelbewijzen)*”.<sup>29</sup> De vraag is wat onder “louter beheer” van onroerende goederen dient te worden begrepen. Dit eerste omzendbrief uit 2012 sprak zich hierover niet expliciet uit. Uit de recente omzendbrief 2015/2 blijkt dat de verhuur van onroerende

<sup>23</sup> Omz. FB/2012/1 d.d. 20 juli 2012, BS 23 augustus 2012, 49614.

<sup>24</sup> Art. 56 en 100 Decr. d.d. 19 december 2014 houdende wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit, BS 29 januari 2015, err. BS 4 maart 2015.

<sup>25</sup> Verantwoording bij amendement nr.17, Parl.St. VI.Parl. 2011-12, stuk 1326/6, 7.

<sup>26</sup> In zijn artikel voor de publicatie van de omzendbrief suggereerde P. SALENS dat verwezen kon worden naar de btw-wetgeving en de wijze van invulling van economische activiteit door het Hof van Justitie, zie P. SALENS, “De overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaamse Gewest anno 2012”, RW 2011-12, (1870), 1879-1880.

<sup>27</sup> Omz. FB/2012/1 d.d. 20 juli 2012, BS 23 augustus 2012, nr. 2.1.1. en administratieve beslissing d.d. 20 februari 2001, Rep.R.J., nr. E 140bis.01.01.

<sup>28</sup> Cass. 15 oktober 1998, Arr.Cass.1998, 445.

<sup>29</sup> Zie vn. 27.

goederen – op heden – niet (meer) als een economische activiteit zou kwalificeren, ook niet indien het onroerend goed betreft dat wordt verhuurd aan derden, en de bedrijfsleider of zijn familie het onroerend goed niet bewoont (dit is althans af te leiden uit de passages in de omzendbrief in verband met het tegenbewijs, vanaf nr. 14).

Het verlenen van intragroepsdiensten wordt in de eerste omzendbrief wel als een economische activiteit beschouwd. Het louter verstrekken van waarborgen of zekerheden aan verbonden vennootschappen geldt niet als een economische activiteit. In omzendbrief 2015/2 handhaaft Vlabel voormeld standpunt maar preciseert hij bijkomend dat bestuursactiviteiten van een holding evenmin als een economische activiteit kwalificeren.<sup>30</sup>

13. Op basis van een analyse van zowel het handelsrecht, het Wetboek Inkomstenbelastingen, het Wetboek Economisch Recht, het Europees mededingingsrecht en de btw-wetgeving, komt DE GREEF tot de conclusie dat een economische activiteit zich laat definiëren als “(i) een actief en (ii) duurzaam optreden en (iii) op een markt”.<sup>31</sup> Zijn visie is kort samengevat als volgt:

- een actief optreden veronderstelt “*arbeid die wordt verricht met de bedoeling het kapitaal een hoger rendement te geven. Op die manier onderscheidt het zich van het normale vermogensbeheer waarvan sprake wanneer een handeling de loutere uitoefening van het eigendomsrecht uitmaakt*”.<sup>32</sup> Dit is overigens ook de stelling van het Hof van Cassatie in het arrest *d.d.* 15 oktober 1998. Dit lijkt overigens ook de stelling te zijn van de Nederlandse rechtspraak (zie hierna vanaf nr. 34);
- een duurzaam optreden veronderstelt dat er sprake is van een zekere continuïteit en regelmatigheid: deze begrippen zijn bijvoorbeeld ook relevant voor de kwalificatie van een activiteit als een beroepsactiviteit in de inkomstenbelastingen. Hierbij merken we op dat het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat een vennootschap steeds geacht wordt een winstgevende bezigheid uit te oefenen en uit dien hoofde steeds aan de vennootschapsbelasting onderworpen zal zijn, ook indien zij uitsluitend onroerend goed verhuurt.<sup>33</sup> Ook in intragroepsrelaties waarbij één bedrijfsgebouw wordt ver-

<sup>30</sup> Omz. 2015/2 15 december 2015 betreffende de interpretatie van de regelgeving met betrekking tot de overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen zoals ingelast in de Vlaamse Codex Fiscaliteit, BS 30 december 2015, nr. 2.1.2.

<sup>31</sup> T. DE GREEF, “De activiteitsvoorwaarde onder de Vlaamse Gunstregimes voor de schenking en vererving van familiale ondernemingen en vennootschappen”, *TFR* 2015, 6-24.

<sup>32</sup> T. DE GREEF, *l.c.*, (6), 16 met verwijzing naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake de btw-regelgeving en het mededingingsrecht.

<sup>33</sup> Cass. 20 mei 2005, *TFR* 2005, 949, beknopt becommentarieerd door D. DESCHRIJVER, “Toch geen rechtspersonenbelasting voor patrimoniumvennootschappen”, *TFR* 2005, 1016-1017.

huurd aan een zustervenootschap, lijkt de toepassing van dit criterium ons niet vanzelfsprekend;

- ten slotte veronderstelt de uitoefening van een economische activiteit dat deze wordt uitgeoefend op een ‘markt’ en aldus ten koste gaat van andere marktdeelnemers. Bij intragroepsdiensten of verhuur van vastgoed binnen de groep zou aldus toch sprake zijn van een activiteit op een ‘markt’ omdat het optreden van de groepsvenootschap andere marktdeelnemers uitsluit. Allicht zou de benadering van het Waalse Gewest, waarbij de economische activiteit op geconsolideerd niveau wordt beoordeeld, de eerder kunstmatige invulling van dit criterium bij intragroepsrelaties kunnen oplossen. De vraag is trouwens in welke mate dit criterium doorslaggevend is: ook bij passieve verhuur van vastgoed treedt de eigenaar in concurrentie met andere marktdeelnemers.

## B. Toets aan de hand van de boekhoudkundige parameters

14. Zelfs indien kan worden aangetoond dat er een economische activiteit wordt uitgeoefend, wordt een familiale vennootschap alsnog uitgesloten van de vrijstelling of het verminderd tarief indien cumulatief blijkt dat:<sup>34</sup>

- de post terreinen en gebouwen meer dan 50 % uitmaken van de totale activa van de jaarrekening; én
- de bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen een percentage uitmaken dat gelijk is aan of lager is dan 1,50 % van de totale activa.

Indien cumulatief blijkt dat in één van de drie boekjaren voorafgaandelijk aan de schenking of het overlijden aan deze parameters is voldaan, dan wordt de vennootschap geacht geen reële economische activiteit uit te oefenen.

15. De verantwoording inzake de invoering van deze parameters was beknopt, met name: “(...) *indien bepaalde parameters vervuld zijn*” worden “*deze vennootschappen geacht (...) geen reële economische activiteit te hebben. Het tegenbewijs kan steeds geleverd worden door de belastingplichtige, waarbij deze zal dienen aan te tonen dat de vennootschap wel degelijk een reële economische activiteit uitoefent.*”<sup>35</sup> Over de wijze waarop het tegenbewijs dient te worden geleverd, wordt in de parlementaire voorbereiding met geen woord gerept.

16. Aanvankelijk werd in het decreet zelf ook niet verduidelijkt welke boekhoudkundige posten van de jaarrekening dienden te worden getoetst. In het

<sup>34</sup> Art. 2.8.6.0.3, § 2, 3de lid en 2.7.4.2.2, § 2, 3de lid VCF.

<sup>35</sup> Verantwoording bij amendement nr.17, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, stuk 1326/6, 7.



besluit van de Vlaamse Regering *d.d.* 2 maart 2012 werd nader bepaald dat onder de post “bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen” de kosten worden bedoeld die zijn opgenomen onder post 62 van de resultatenrekening.<sup>36</sup> De kosten voor uitzendkrachten en personen, ter beschikking gesteld van de onderneming (die worden geboekt onder post 617 van de resultatenrekening), worden niet meegerekend. Er wordt evenmin rekening gehouden met bezoldigingen van bestuurders, zaakvoerders of werkende vennoten (die worden geboekt onder post 618 van de resultatenrekening). Uit het besluit van 2 maart 2012 blijkt dat het begrip “bezoldigingen, sociale lasten, en pensioenen” uit het decreet strikt werd geïnterpreteerd. Vóór 1 januari 2012 werden bezoldigingen van bestuurders, zaakvoerders of werkende vennoten uitdrukkelijk uitgesloten door het decreet zelf. De vraag is of het besluit van 2 maart 2012 een al te strikte interpretatie geeft van het decreet. Naar aanleiding van de invoering van de Vlaamse Codex Fiscaliteit wordt voortaan in het decreet zelf verduidelijkt dat met het begrip “bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen” de gelijknamige post in de resultatenrekening wordt bedoeld, waardoor twijfel omtrent de correcte invulling van dit begrip door de Vlaamse Regering voortaan is uitgesloten.<sup>37</sup>

17. In voormeld besluit *d.d.* 2 maart 2012 wordt tevens verduidelijkt dat met het begrip “terreinen en gebouwen” de waarde wordt bedoeld, opgenomen onder balanspost 22 van de (geconsolideerde) jaarrekening. Onder deze post worden geboekt “*de bebouwde en onbebouwde terreinen, de constructies (...) waarvan de vennootschap eigenares is en die duurzaam voor bedrijfsuitoefening worden aangewend*”.<sup>38</sup> De onroerende goederen die worden geboekt onder de post “onroerende goederen bestemd voor de verkoop” (in principe onder post 35 van de jaarrekening) worden niet meegerekend voor de toets van de boekhoudkundige parameters.<sup>39</sup> Worden blijkbaar evenmin gevisieerd, “*de onroerende goederen die worden aangehouden als onroerende reserve, de woongebouwen (...) evenals de roerende en onroerende goederen die in erfpacht, opstal, huur, handelshuur of landpacht werden gegeven*”.<sup>40</sup> Deze goederen worden geboekt onder de post 26, namelijk de overige materiële vaste activa.

<sup>36</sup> Art. 1 BVR tot uitvoering van de artikelen 140*quinquies* en 140*sexies* van het Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten en de artikelen 60/4 en 60/5 van het Wetboek der Successierechten, BS 14 maart 2012.

<sup>37</sup> Art. 59 en 100 Decr. 19 december 2014 tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, BS 29 januari 2015.

<sup>38</sup> Art. 95, § 1, III.A, KB/W.Venn.

<sup>39</sup> Art. 95, § 1, III.E., KB/W.Venn. Zie voor de precieze invulling van het begrip voorraden: CBN-advies 2015/8 over de boekhoudkundige verwerking van de aankoop van een onroerend goed bestemd voor verkoop, [www.cnc-cbn.be](http://www.cnc-cbn.be).

<sup>40</sup> Zie vn. 39.



18. De toets aan de hand van de boekhoudkundige regels is op diverse punten voor kritiek vatbaar:

- er wordt geen rekening gehouden met goederen die als onroerende reserve worden geboekt. Dit zou dus betekenen dat geen rekening moet worden gehouden met een appartement in Knokke van een artsenvennootschap, dat per hypothese niet voor de artsenpraktijk wordt gebruikt en dus niet als materieel vast actief dient te worden geboekt, maar als overige materiële vaste activa (post 26). Een vastgoedvennootschap die in het kader van haar economische activiteit onroerende goederen verhuurt, dient deze goederen wel als materiële vaste activa te boeken (post 22). Dit is merkwaardig;<sup>41</sup>
- het hanteren van de boekwaarde van het onroerend goed als parameter is ook voor kritiek vatbaar. De administratie zegt daarover zelf dat dit “logisch” is omdat de boekwaarde van het onroerend goed vergeleken wordt met het balanstotaal (dat ook is gebaseerd op de boekwaarde). Onroerend goed wordt echter afgeschreven waardoor de reële waarde mogelijk aanzienlijk hoger is. Het schenkings- en successierecht wordt verder gegeven op basis van “verkoopwaarde” zodat moeilijk valt in te zien waarom de boekwaarde gehanteerd zou moeten worden;
- de beperking tot post 62 met betrekking tot de bezoldigingen is eveneens moeilijk te verantwoorden. Indien de filosofie van de decreetgever erin bestond economische activiteiten te bevorderen en vennootschappen wenste uit te sluiten die niet tot doel hebben ‘een economische (maatschappelijke) ondernemingswaarde te creëren’, dan is er geen reden om interimarbeid uit te sluiten.<sup>42</sup> Het is duidelijk dat interimarbeid verricht wordt in het kader van de economische activiteit van de familiale vennootschap. Dit leidt mogelijk weliswaar tot een dubbeltelling bij het interimkantoor, maar het interimkantoor oefent vanzelfsprekend ook een economische activiteit uit. Deze dubbeltelling zou o.i. niet ertoe leiden dat vennootschappen zouden kwalificeren die geen economische activiteit uitoefenen;
- het is evenmin duidelijk waarom de loonlasten zouden moeten worden afgezet ten opzichte van het balanstotaal: naarmate meer beroep wordt gedaan op externe financiering om bijvoorbeeld vastgoed te verwerven, bijvoorbeeld met het oog op verhuur, stijgt het balanstotaal en neemt de vennootschap allicht meer (ondernemings)risico. De personeelskost stijgt mogelijk niet in dezelfde

<sup>41</sup> Zie ook P. SALENS, *l.c.*, (1870), 1879.

<sup>42</sup> *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, stuk 1326/1, 25.

- mate mee, waardoor het moeilijker zal zijn te voldoen aan de voorwaarde dat de vennootschap meer dan 1,5 % aan loonkosten heeft ten opzichte van haar balanstotaal;
- verder wordt ook geen rekening gehouden met bezoldigingen van bestuurders (geboekt onder post 618 van de resultatenrekening): de uitoefening van een economische activiteit door de ondernemer zelf (en eventueel een aantal familieleden) in hun hoedanigheid van bestuurder, zou eveneens dienen te kwalificeren als relevant op te beoordelen of er sprake is van een economische activiteit. Dat is althans ook de visie van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, daarin gevolgd door de Nederlandse Hoge Raad (zie vanaf nr. 34).

19. De toetsing van voormelde parameters leidt in de praktijk vaak tot problemen voor professionele verhuurders van vastgoed. Hun onroerende goederen worden als materiële vaste activa geboekt. Zelfs indien personeel wordt tewerkgesteld, zal niet steeds meer dan 1,5 % van het balanstotaal worden besteed aan personeelskosten van werknemers. Voor projectontwikkelaars stelt het probleem van de boekhoudkundige parameters zich in iets mindere mate, indien vele onroerende goederen in voorraad worden gehouden (en aldus niet worden meegerekend voor de berekening van de 50 %-grens). Tussenpersonen in de vastgoedsector (zoals vastgoedmakelaars) houden in mindere mate vastgoed aan en doen vaak beroep op personeel zodat de toets van de boekhoudkundige parameters minder problematisch is.

20. Dat de decreetgever door de toets van de boekhoudkundige parameters als het ware een verstrengde bewijslast invoert voor vennootschappen met veel onroerend goed en weinig personeel, is o.i. legitiem. Dat de toets niet al te verfijnd is, hoeft niet problematisch te zijn zolang de belastingplichtige het tegenbewijs mag leveren en Vlabel een redelijke invulling geeft aan de vereisten voor dit tegenbewijs.

### C. Het tegenbewijs

21. Indien de vennootschap geacht wordt geen reële economische activiteit uit te oefenen op basis van de boekhoudkundige parameters, kan zij het tegenbewijs leveren.<sup>43</sup> De decreetgever gaf zelf geen enkele indicatie van het

---

<sup>43</sup> Op basis van een letterlijke lezing van de tekst van het decreet staat de regel inzake het tegenbewijs echter alleen vermeld bij de 50 %-norm met betrekking tot de materiële vaste activa. Een letterlijke interpretatie zou tot gevolg hebben dat het tegenbewijs alleen betrekking heeft op de 50 %-norm en niet op het bestaan van een reële economische activiteit, zie R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Knops Publishing, 2015, nr. 1019.

te leveren tegenbewijs. Volgens Vlabeel moet worden aangetoond dat “*alle onroerende goederen die aanwezig zijn in de vennootschap worden aangewend voor de economische activiteit van de vennootschap*”.<sup>44</sup>

22. In de omzendbrief *d.d.* 15 december 2015 wordt voormelde passage verder aangevuld als volgt: “*Wanneer een onroerend goed wordt verhuurd/verpacht aan derden (private of handelshuur), zal dit niet voldoende zijn om het tegenbewijs te leveren, ongeacht het aandeel of percentage dat dit verhuurde/verpachte onroerend goed vertegenwoordigt in de totaal aanwezige onroerende goederen.*” Dit is een duidelijke verstrenging van het standpunt van Vlabeel ten opzichte van de beginperiode, waarin de verhuur aan derden in de praktijk wel werd aanvaard als economische activiteit bij de toepassing van het tegenbewijs. Van belang was voornamelijk dat géén onroerende goederen door de familiale aandeelhouder of zijn familie werden bewoond. Sedert 2013 is een verstrenging van het standpunt van Vlabeel merkbaar en dit wordt nu bevestigd in omzendbrief 2015/2. Dat de verhuur aan derden als een economische activiteit kwalificeert, kan o.i., naar Nederlands voorbeeld, worden aangetoond aan de hand van de mate waarin de goederen actief worden beheerd, de mate waarin risico wordt genomen (door bv. externe financiering aan te gaan) alsook door de arbeid (in dienstverband of niet) die wordt verricht in het kader van deze activiteit.

23. Het standpunt van de Vlaamse Belastingdienst is op volgende punten voor kritiek vatbaar:

- indien het tegenbewijs dient te worden geleverd, dient te worden aangetoond dat “alle” onroerende goederen worden gebruikt voor de economische activiteit. Zoals reeds door verschillende auteurs aangehaald, is een dergelijke eis disproportioneel en dreigt deze dus ongrondwettig te zijn,<sup>45</sup> zeker in vergelijking met de regeling voor familiale ondernemingen waar onroerende goederen alleen worden uitgesloten indien het onroerende goederen betreft die *hoofdzakelijk* voor bewoning zijn aangewend of bestemd.<sup>46</sup> Dat Vlabeel zich ter zake streng opstelt, blijkt overigens uit een voorafgaande beslissing inzake het verlies van de vrijstelling van schenkbelasting bij aankoop van een bijkomend onroerend goed in de

<sup>44</sup> Omz. FB/2012/1 *d.d.* 20 juli 2012, BS 23 augustus 2012, nr. 4, Omz. 2015/2, nr. 5.

<sup>45</sup> R. DEBLAUWE, “Belangrijke omzendbrief over de familiale ondernemingen”, *Acc. & Fisc.* 2016, afl. 4, 4-5; M. GIJBELS, “De Vlaamse omzendbrief inzake familiebedrijven: enkele aandachtspunten voor de praktijk belicht”, *Nieuwsbrief Notariaat*, afl. 9, jg. 27, 6; zie ook P. GABRIEL, “De nieuwe omzendbrief over de Vlaamse Gunstregeling voor de overdracht van familiebedrijven”, *VIP* 2016, (42) 44; A. AYDOGAN, “Nieuwe Vlaamse Omzendbrief over de overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen”, *Successierechten* 2016, afl. 4-5, 6-16.

<sup>46</sup> Art. 2.8.6.0.3, § 1, 1° en 2.7.4.2.2, § 1, 1° VCF.

drie jaar na de schenking, waardoor niet langer is voldaan aan de boekhoudkundige parameters;<sup>47</sup>

- geen van de onroerende goederen mag volgens Vlabel als privaat patrimonium kwalificeren. Inzake het begrip ‘privaat patrimonium’ staat in de omzendbrief in de passage met betrekking tot familiale ondernemingen het volgende: “*Op deze wijze wil de decreetgever voorkomen dat zuiver privaat patrimonium, zonder enig bedrijfsdoel, onder de vrijstelling of aan het verminderd tarief wordt overgedragen.*”<sup>48</sup>

Dat de invulling van het begrip ‘privaat patrimonium’ niet steeds evident is, blijkt uit het voorbeeld waarbij een vennootschap naast bedrijfsgebouwen een aantal woningen verwerft die geografisch gezien aanpalen aan de bedrijfsite. Dergelijke woningen kunnen een strategisch belang hebben om verdere uitbreiding te vrijwaren. In afwachting van een definitieve bestemming worden de woningen verhuurd aan derden. Gelet op het feit dat de aankoop van voormelde woningen erop gericht is de uitbreiding van de economische activiteit van de vennootschap te vrijwaren, kan *in casu* allicht worden geargumenteed dat deze woningen niet als ‘privaat patrimonium’ kwalificeren, hoewel de woningen *in concreto* niet worden gebruikt voor de economische activiteit van de vennootschap zelf, noch van haar groepsvennootschappen. De *ratio* voor de aankoop van deze woningen is echter volledig ingegeven door de wens om de uitbreiding van de onderneming veilig te stellen en is aldus onlosmakelijk verbonden met de economische activiteit. In die zin kwalificeren deze onroerende goederen niet als privaat patrimonium, ook al betreft het onroerende goederen die voor bewoning zijn bestemd.

#### D. Uitzondering: de verhuur van bedrijfsgebouwen binnen de groep

24. In de tweede omzendbrief 2015/2 is een uitzondering voorzien voor de verhuur van bedrijfsgebouwen aan andere (dochter)vennootschappen binnen de groep. Dit was niet voorzien in de eerste omzendbrief. Elke andere vorm van verhuur aan privépersonen of derden is geen economische activiteit en zal worden aanzien als beheer van privaat patrimonium. In geval van verhuur van een bedrijfsgebouw door een natuurlijke persoon aan een rechtspersoon die een economische activiteit uitoefent, kan geen toe-

<sup>47</sup> Voorafg. Besl. nr. 15.002 d.d. 21 december 2015, [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be).

<sup>48</sup> Omz. 2015/2, nr. 2.1.3.

passing worden gemaakt van het gunstregime voor wat het bedrijfsgebouw betreft.<sup>49</sup>

25. Uit de omzendbrief zelf is niet met zekerheid af te leiden hoe de situatie moet worden beoordeeld van de verhuur, aan een zustervenootschap, van bedrijfsgebouwen die niet gehouden worden door een gemeenschappelijke holding. Vlabel lijkt deze hypothese niet te bedoelen.

Het ware nuttig geweest dat het begrip “groep” nader zou worden gedefinieerd in de omzendbrief. In de mate dat de begrippen uit het vennootschapsrecht worden gehanteerd, geldt dat onder het begrip “groepsvennootschap” zou wordt begrepen: (i) een vennootschap samen met haar dochtervennootschappen of (ii) vennootschappen die samen een consortium uitmaken.

Er is sprake van een “consortium” wanneer vennootschappen, die geen dochtervennootschappen zijn van elkaar, en geen dochtervennootschap zijn van eenzelfde moedervennootschap, onder centrale leiding staan. Er is sprake van centrale leiding indien de centrale leiding voortvloeit uit (i) tussen de vennootschappen gesloten overeenkomsten of uit statutaire bepalingen of (ii) indien hun bestuursorganen voor het merendeel uit dezelfde personen bestaan.<sup>50</sup> Voormelde interpretatie, in de zin van het Wetboek van Vennootschappen, zou ertoe leiden dat ook de verhuur van bedrijfsgebouwen tussen twee zustervenootschappen die onder centrale leiding staan van bijvoorbeeld één en dezelfde schenker of erflater, maar waarvan de aandelen niet worden gehouden door een gemeenschappelijke holdingvennootschap, ook in aanmerking zou komen voor het gunstregime. Een dergelijke interpretatie zou niet meer dan logisch zijn.

26. Blijkbaar zou Vlabel, vóór de publicatie van omzendbrief 2015/2, in de praktijk als voorwaarde hebben gesteld dat (i) beide vennootschappen samen worden beschouwd in de aanvraag, (ii) dat het duurzaam karakter van de groepsstructuur wordt aangetoond en (iii) de vennootschappen samen worden overgedragen.<sup>51</sup> In omzendbrief 2015/2 wordt dit niet op deze manier weergegeven, maar lijkt het te gaan om verhuur aan een dochtervennootschap, dus blijkbaar een dochtervennootschap die door een gemeenschappelijke holding wordt gehouden.

27. Wat ons betreft, is het overigens ook niet nodig om deze drie voorwaarden te stellen in de mate dat kan worden aangetoond dat er sprake is van een consortium in de zin van artikel 10 W.Venn. Indien nochtans

<sup>49</sup> Omz. 2015/2. nr. 2.1.2.

<sup>50</sup> Art. 10 jo. art. 16 W.Venn.

<sup>51</sup> F. HERTEN en P. MEEUWSEN, “Een kritische evaluatie van de regeling betreffende de overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaamse Gewest”, *VIP* 2015, (13) 18.

het bestaan van een (reële) economische activiteit op geconsolideerd niveau zou worden beoordeeld (zoals geopperd in de rechtsleer<sup>52</sup> en zoals overigens ook in het Waalse Gewest het geval is), dan zou een dergelijke tolerantie ten aanzien van verhuurde bedrijfsgebouwen binnen de groep niet noodzakelijk zijn. Voor een beoordeling op geconsolideerd niveau is een wijziging van het decreet vereist.

E. De toets van de boekhoudkundige parameters op basis van de enkelvoudige jaarrekening of de geconsolideerde jaarrekening

28. Indien de familiale vennootschap zelf een economische activiteit uitoefent, worden de boekhoudkundige parameters getoetst op basis van de enkelvoudige jaarrekening. Indien de vennootschap een passieve holdingvennootschap is, met minstens één directe dochtervennootschap waarin zij 30 % houdt, worden de boekhoudkundige parameters getoetst op basis van de geconsolideerde jaarrekening.<sup>53</sup> In geval van een passieve holding komen de aandelen van de familiale vennootschap alleen in aanmerking voor het gunstregime ten belope van de waarde van de actieve dochtervennootschappen.<sup>54</sup>

29. Het regime is dus niet “rechtsvormneutraal”.<sup>55</sup> Voor vastgoedactiviteiten zal de wijze waarop deze zijn gestructureerd, een grote invloed hebben.

Stel bijvoorbeeld een vastgoedgroep die gestructureerd is via twee holdingvennootschappen (een dubbele holdingstructuur). De topholding (vennootschap A) is een passieve holding en houdt alle aandelen van vennootschap B. Zij oefent voor het overige geen economische activiteit uit. Vennootschap B (100 % dochter van vennootschap A) is ook een holdingvennootschap en houdt op haar beurt quasi alle aandelen in dochtervennootschappen die quasi uitsluitend onroerend goed houden: het betreft in hoofdzaak aan derden verhuurd vastgoed (magazijnen, bedrijfsgebouwen, kantoren enz.). Naast het houden van aandelen, verricht vennootschap B ook intragroepsdiensten ten behoeve van de dochtervennootschappen van de groep (o.a. opvolging van de huurcontracten, technische reparaties, administratieve en boekhoudkundige dienstverlening ten behoeve van de groep enz.). Daartoe stelt vennootschap B personeel tewerk.

<sup>52</sup> T. DE GREEF, “Holdings en holdingstructuren onder de Belgische regionale gunstregimes en het Nederlandse gunstregime voor de schenking en vererving van (familiale) vennootschappen”, *TFR* 2015, (226) 244-246.

<sup>53</sup> Art. 2.8.6.0.3, § 2, 2° en 2.7.4.2.2, § 2, 2° VCF.

<sup>54</sup> Art. 2.8.6.0.3, § 3 en 2.7.4.2.2, § 3 VCF.

<sup>55</sup> De rechtsvormneutraliteit komt uit het Nederlandse recht en wordt als principe gehanteerd voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Ook aangehaald door T. DE GREEF, *l.c.*, (226) 245.

In voormeld voorbeeld dienen de boekhoudkundige parameters op geconsolideerde basis te worden getoetst en dreigt vennootschap A te worden uitgesloten van het gunstregime omdat zij geacht wordt geen reële economische activiteit uit te oefenen. Dit zal het geval zijn indien zij meer dan 50 % vastgoed houdt ten opzichte van haar balanstotaal, indien op geconsolideerd niveau minder dan 1,5 % aan loonkosten wordt betaald ten opzichte van het balanstotaal.

De vraag is of een fusie overwogen zou kunnen worden waarbij bijvoorbeeld vennootschap A vennootschap B opslorpt. Als rechtsopvolger van vennootschap B oefent vennootschap A na de fusie de intragroepsdiensten uit die voorheen door vennootschap B werden uitgeoefend. De fusievennootschap oefent dus zelf een economische activiteit uit. Op basis van de omzendbrief gebeurt de controle van de parameters na een dergelijke fusie in de drie boekjaren voorafgaandelijk aan de schenking of het overlijden “*op basis van de afzonderlijke gepubliceerde jaarrekeningen van de bij de reorganisatie betrokken vennootschappen*”.<sup>56</sup> Beide bij de fusie betrokken vennootschappen zijn holdingvennootschappen die zelf geen onroerend goed houden, zodat de 50 %-grens inzake vastgoed niet kan worden overschreden. Na de fusie wordt de fusievennootschap niet uitgesloten omdat zij geen reële economische activiteit zou uitoefenen. Merk evenwel op dat er veel minder duidelijkheid is over de toetsing van de parameters bij andere reorganisaties.<sup>57</sup>

30. Rest nog de vraag of een dergelijke reorganisatie fiscaal misbruik zou kunnen zijn. Bepaalde auteurs suggereren dat Vlabel geneigd zou zijn om een dergelijke reorganisatie als fiscaal misbruik te bestempelen.<sup>58</sup> Maar is dat wel zo? Dat is o.i. niet zo zeker: in een recente ruling van Vlabel wordt namelijk beslist dat een herstructurering die ertoe leidt dat de oprichting van een actieve directe dochtervennootschap (die intragroepsdiensten zal leveren) onder een passieve holding in principe ertoe leidt dat de holding via haar directe actieve dochtervennootschap in aanmerking komt voor het gunstregime.<sup>59</sup> In de voorgelegde casus verhinderde een Stichting Administratiekantoor tussen de passieve holding en de werkmaatschappijen blijkbaar dat de groep zou kunnen kwalificeren voor het gunstregime. Er was dus ook sprake van een dubbelstructuur, namelijk een passieve holding

<sup>56</sup> Omz. 2015/2, nr. 5.

<sup>57</sup> Zie T. SCHEPENS, “Wat bij fusie of splitsing binnen de drie jaar vóór of na de schenking of het overlijden?”, *Fisc.Act.* 2015, nr. 25, p. 1-5. Hij stelt voor de boekhoudkundige parameters te toetsen door toepassing te maken van de techniek van consolidatie of ventilatie van de bij reorganisatie betrokken vennootschappen, abstractie makend van eventueel fiscaal misbruik.

<sup>58</sup> F. HERTEN en P. MEEUWSEN, “Een kritische evaluatie van de regeling betreffende de overdracht van familiale ondernemingen en vennootschappen in het Vlaams Gewest”, *VIP* 2015, (13) 17.

<sup>59</sup> Ruling nr. 15.008 *d.d.* 21 december 2015, gepubliceerd op [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be).



boven een Nederlandse Stichting Administratiekantoor, waardoor de groep niet zou kwalificeren.<sup>60</sup> De ruling spreekt zich niet uit over fiscaal misbruik: mogelijk werd deze vraag niet voorgelegd, maar de vraag is of Vlabel een ruling zou hebben afgegeven over een dergelijke herstructurering indien hij van oordeel was dat er sprake zou zijn van misbruik. In de Vlaamse Codex Fiscaliteit is namelijk voorzien dat geen ruling moet worden afgegeven indien dit “niet aangewezen is”, net zoals bij de Federale Rulingdienst.<sup>61</sup> Vlabel is dus niet verplicht de ruling af te geven en zou dat mogelijk niet hebben gedaan als hij van oordeel was dat er sprake was van misbruik.

Overigens diende in het geval voorgelegd aan de rulingdienst wel nog het tegenbewijs te worden geleverd, ook na de herstructurering (wat anders is dan het voorbeeld uit randnr. 29). De parameters dienden, ook na de reorganisatie, immers nog te worden getoetst op geconsolideerd niveau, omdat de topholdings passieve holdings bleven. Inzake het tegenbewijs spreekt de ruling o.i. zich niet uit. In de casus die aan de rulingdienst werd voorgelegd, ging het over een vastgoedgroep met meer dan 5.000 onroerende goederen. Deze onroerende goederen werden actief verhuurd (wat bleek uit de websites van de groep). Tevens stelde de groep personeel te werk. Vlabel herneemt in zijn beslissing de principes inzake de parameters en het tegenbewijs zoals opgenomen in de omzendbrief, maar toetst deze niet *in concreto*. Hij stelt het volgende: “Niets weerhoudt de erfgenaam bij overlijden van de aanvragers ervan om het tegenbewijs te leveren. Concreet zal derhalve dienen aangetoond te worden dat alle onroerende goederen die aanwezig zijn in de vennootschap worden aangewend voor de economische activiteit van de vennootschap, en derhalve geen *privaat patrimonium* betreffen.”<sup>62</sup> In dezelfde beslissing toetst Vlabel wel *in concreto* of de participatievoorwaarde is voldaan en bevestigt hij ook uitdrukkelijk dat de op te richten vennootschappen die intragroepsdiensten zullen leveren, als directe dochtervennootschappen zullen worden gekwalificeerd die een economische activiteit uitoefenen. Over het tegenbewijs wil hij zich blijkbaar niet uitspreken. In principe is het tegenbewijs evenwel problematisch, gelet op het feit dat het gaat over de verhuur van onroerende goederen ...

31. Inzake dubbele holdings is in de parlementaire voorbereiding geen bijzondere verantwoording te vinden voor hun uitsluiting uit het gunstregime. In het gegeven voorbeeld onder randnummer 29 wijzigt de uitgeoefende activiteit, nl. het verlenen van intragroepsdiensten, niet. Ook vóór de fusie werden deze reeds uitgeoefend, zij het door de tussenholding. Door de elimi-

<sup>60</sup> Standpunt dat voordien bekend was en in omz. 2015/2 ook publiek gemaakt werd, en waarin Vlabel het standpunt inneemt dat een stichting administratiekantoor tussen een passieve holding en de exploitatievennootschap de toepassing belet van de vrijstelling of het verminderd tarief.

<sup>61</sup> Art. 3.22.0.0.1, § 1 VCF.

<sup>62</sup> Overw. nr. 12, ruling 15.008.

natie van een overtollige holding wijzigt alleen het niveau waarop de boekhoudkundige parameters moeten worden getoetst. De toets gebeurt na de fusie op basis van de enkelvoudige jaarrekening en niet meer op basis van de geconsolideerde jaarrekening. Het tegenbewijs moet niet meer worden geleverd. Met betrekking tot holdings stelde de decreetgever alleen dat het niet de bedoeling is *“om onrechtstreeks, namelijk door het werken met een holdingconstructie, vennootschappen zonder enige reële economische activiteit mee te nemen in de waardering van de holding”*.<sup>63</sup> In het gegeven voorbeeld is dit niet aan de orde, aangezien vennootschap A alleen aandelen B houdt, zodat de reorganisatie geen invloed heeft op bijvoorbeeld de waarde die voor de vrijstelling of het verminderd tarief in aanmerking komt. Voormelde fusie leidt alleen ertoe dat tegenbewijs niet meer moet worden geleverd maar *in se* blijft de activiteit wat ze was. Dat lijkt ons geen misbruik te zijn, want een dergelijke reorganisatie gaat niet in tegen de doelstelling van de decreetgever.

32. Niet iedere reorganisatie zal de toets van het fiscaal misbruik doorstaan, zeker niet indien de reorganisatie tot gevolg zou hebben dat een vennootschap zonder economische activiteit na reorganisatie wel voor het gunstregime in aanmerking zou komen. Dat dreigt bijvoorbeeld het geval te zijn bij fusie van een exploitatievennootschap met een zuivere patrimoniumvennootschap (bv. een villavennootschap) die beide gehouden worden door de erflater/schenker en zijn familie, tenzij er andere dan fiscale motieven zijn.

33. Actieve holdingvennootschappen worden door de bestaande regelgeving systematisch bevoordeeld. Door de strenge opstelling van Vlabel inzake het te leveren tegenbewijs worden vastgoedactiviteiten benadeeld en stiefmoederlijk behandeld. Het centraliseren van intragroepsdiensten op holdingniveau wordt in de vastgoedsector momenteel toegepast en in vele gevallen zijn daar zeker ook niet-fiscale motieven voor. Rechtsvormneutraliteit zou echter de norm moeten zijn, eerder dan te moeten overgaan tot herstructurering. Dit vereist evenwel een aanpassing van het decreet.

#### IV. HET ARREST VAN DE NEDERLANDSE HOGE RAAD VAN 15 APRIL 2016

##### A. Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk-, erf- en inkomstenbelasting

34. Ook Nederland heeft maatregelen getroffen om de overdracht van familiale ondernemingen te bevorderen (de Nederlandse bedrijfsopvolgings-

<sup>63</sup> Verantwoording bij amendement nr. 17, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, stuk 1326/6, 7.

faciliteit genaamd). De laatste grote aanpassing aan deze regeling dateert uit 2010.<sup>64</sup> Deze is van toepassing in de schenk- en erfbelasting. Ook in de Nederlandse inkomstenbelasting werden maatregelen genomen om de bedrijfsopvolging te bevorderen.<sup>65</sup>

35. Naast betaling van eventuele schenk- of erfbelasting dient bij schenking of overlijden ook te worden afgerekend in de Nederlandse inkomstenbelasting. Schenking of overlijden wordt als een fictieve vervreemding aangemerkt.<sup>66</sup> Over dergelijke fictieve vervreemdingsvoordelen is in principe 25 % Nederlandse inkomstenbelasting verschuldigd.

36. De gecombineerde toepassing van de schenk- en erfbelasting (20 %) en de inkomstenbelasting (25 %) leidt tot een globale belastingdruk van 40 %.<sup>67, 68</sup>

37. Voor familiale ondernemingen en vennootschappen zijn faciliteiten voorzien zowel in de inkomstenbelasting, als in de schenk- en erfbelasting. In de Nederlandse schenk- en erfbelasting is een volledige vrijstelling voorzien tot 1.000.000,00 euro.<sup>69</sup> Ten belope van het meerdere is de vrijstelling beperkt tot 83 %.

In de inkomstenbelasting is een “doorschuiffaciliteit” ingevoerd, ingeval het gaat over een “onderneming”:<sup>70</sup> indien aan de voorwaarden voor deze doorschuiffaciliteit wordt voldaan, dient niet onmiddellijk te worden afgerekend in de inkomstenbelastingen naar aanleiding van schenking of overlijden.<sup>71</sup> Indien deze doorschuifregeling in de Nederlandse inkomstenbelastingen wordt toegepast, wordt de verkrijgingsprijs van de schenker of erfflater doorgeschoven en dienen de erfgenamen/begiftigden alsnog af te

---

<sup>64</sup> Voor een algemene toelichting met betrekking tot de Nederlandse schenk- en erfbelasting, zie M. KOPINSKY, “De Nederlandse Bedrijfsopvolgingsfaciliteit”, *TEP* 2010, 147-160.

<sup>65</sup> Zie D. VAN BEELEN, “Nieuwe Nederlandse regelgeving bij de vererving of schenking van aanmerkelijk belangaandelen”, *TEP* 2010, 161-176.

<sup>66</sup> Ingeval het gaat over een aanmerkelijk belang, nl. ingeval een belastingplichtige direct of indirect, alleen dan wel samen met zijn partner, minstens 5 % van de aandelen houdt in het geplaatste kapitaal van een vennootschap

<sup>67</sup> In de schenk- en erfbelasting geldt een tarief van 10 % tot 118.000,00 euro. Boven de 118.000,00 euro geldt een tarief van 20 %, voor verkrijgingen door partners en kinderen. De tariefschalen worden jaarlijks geïndexeerd. Het geïndexeerde bedrag voor 2016 bedraagt 121.903,00 euro.

<sup>68</sup> Voor de berekening van de verschuldigde schenk- of erfbelasting wordt immers de verschuldigde Nederlandse inkomstenbelasting eerst in aftrek gebracht. De schenk- of erfbelasting wordt vervolgens berekend over het nettobedrag. Zie ook A. ROZENDAL, “Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?”, *WFR*, 16 juni 2016, (824) 832.

<sup>69</sup> In Nederland worden deze bedragen geïndexeerd. Het geïndexeerde bedrag is 1.060.298,00 euro voor 2016.

<sup>70</sup> Art. 4.17 t.e.m. 4.17b Wet IB 2001.

<sup>71</sup> Art. 4.17 c Wet IB 2001.

rekenen in geval van latere fictieve of daadwerkelijke vervreemding. In de Nederlandse inkomstenbelastingen is dus sprake van uitstel, geen afstel.

38. De kwalificatie van de exploitatie van vastgoed, zo ook de verhuur van vastgoed, als “onderneming” voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting en voor de “doorschuiffaciliteit” in de Nederlandse inkomstenbelasting, is in Nederland ook onderwerp van discussie. Overigens is de vereiste dat een onderneming wordt gevoerd voor de doorschuiffaciliteit in de Nederlandse inkomstenbelastingen, pas ingevoerd in 2010.<sup>72</sup>

39. Van belang is dat in Nederland ook een ondernemingsvermogenstoets plaatsvindt voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Alleen het gedeelte van het vermogen dat als ondernemingsvermogen kwalificeert, komt in aanmerking voor de (gedeeltelijke) vrijstelling.<sup>73</sup> Een gelijkaardige regel geldt overigens ook inzake de doorschuiffaciliteit voor de toepassing van de Nederlandse inkomstenbelastingen.<sup>74</sup> Deze vermogenstoets maakt de toepassing van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit (volgens sommigen nodeloos) complex, maar heeft anderzijds wel tot gevolg dat de wijze waarop de onderneming is gestructureerd, neutraal is (“rechtsvorm-neutraliteit”).<sup>75</sup>

40. De uitspraak van de Hoge Raad van 15 april 2016 heeft betrekking op de regelgeving, zoals deze van toepassing was vóór 2010, en had betrekking op de toepassing van de Nederlandse schenkbelasting.<sup>76</sup>

B. Het begrip “onderneming”: de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden *d.d.* 12 mei 2015, zoals bevestigd door de Hoge Raad *d.d.* 15 april 2016

41. Onlangs sprak de Nederlandse Hoge Raad zich in een arrest van 15 april 2016 uit over de verhuuractiviteiten van een vastgoedconcern. Omdat de kwalificatie als onderneming in hoofdzaak een feitenkwestie is, hernemen wij hieronder de naar ons aanvoelen relevante passages uit het feitenrelaas uit de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden *d.d.* 12 mei 2015.<sup>77</sup> Dit feitenrelaas is met name vollediger dan het beperkt feitenoverzicht zoals opgenomen in de beslissing van de Hoge Raad:

<sup>72</sup> A. ROZENDAL, *l.c.*, 832.

<sup>73</sup> Zie hierover T. DE GREEF, *l.c.*, 226-246.

<sup>74</sup> Art. 4, 17, a, lid 2 Wet IB 2001.

<sup>75</sup> Zie T. DE GREEF, *l.c.*, 226-246.

<sup>76</sup> Hoge Raad 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

<sup>77</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2013:2775.

*“(...)“De vennootschap houdt zich (...) voornamelijk bezig met het verhuren van bedrijfspanden. Vanaf 1995 hebben in panden op de balans van [P] grote en kleine verbouwingen en renovaties plaatsgevonden. 38. Hier is naar mijn mening geen sprake van projectontwikkeling. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de informatie dat de totale aanschafwaarde ultimo 2007 was 132 miljoen en verbouwing in dat jaar in 6 panden (van de ongeveer 100 locaties) 20 miljoen. De vennootschap heeft zelf geen personeel in vaste dienst en de verbouwingen worden dan ook niet uitgevoerd door eigen personeel. Alle zaken worden uitbesteed op klein onderhoud na.*

*(...)*

*De [W]-tak blijkt ook geen volledige projectontwikkeling te zijn. De Duitse onroerende zaken zijn als bestaand winkelvestgoed aangekocht. Ook bij andere locaties (...) is geen overduidelijke projectontwikkeling geconstateerd. Verhuur van een onroerende zaak als zodanig kwalificeert niet als een onderneming. De wijze van financiering of het door de eigenaar zelf verrichten van beheersdaden, zoals het ophalen van huur, het (laten) verrichten van kleine reparaties, verandert hier niets aan.*

*(...)*

*2.14 De [K]-tak en [W]-tak hebben samen 350 onroerende zaken, met bijna 900 huurcontracten op 143 locaties.*

*2.15 In 2009 waren zestien personen in dienst (...). Er was een commerciële, een juridische en een administratieve afdeling (onder andere huurincasso) en een eigen technische dienst(...).*

*2.16 Het klein tot middelgroot onderhoud van de onroerende zaken werd door de eigen technische dienst uitgevoerd. Verbouwingen vonden niet in eigen beheer plaats, doch werden uitbesteed, waarbij toezicht werd gehouden door medewerkers (...). Verder werden op projectbasis externe deskundigen ingehuurd voor advisering.*

*2.17 Bij de korte termijnhandel in onroerende zaken betrof het tot 2009 20 tot 30 ABC-transacties per jaar. Door de recessie werd dit aantal minder vanaf 2009. (...).”*

42. De Nederlandse fiscus was van mening dat in bovenstaande feitenconstellatie geen sprake was van een kwalificerende onderneming voor de toepassing van de Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Nederlandse schenkbelasting.

43. In zijn beslissing *d.d.* 12 mei 2015, oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat het begrip onderneming de aanwezigheid veronderstelt *“van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die is gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Bij exploitatie van onroerende zaken geldt in dat verband*

*dat de in dat kader te verrichten of verrichte arbeid qua aard en omvang meer moet hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat (vgl. HR 7 oktober 1981, nr. 20733, BNB 1981/299, HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319 en HR 9 oktober 2009, nr. 43035, ECLI:NL:HR:2009:BI0481)”.*

44. Het hof toetste de voorgelegde casus als volgt:

- in eerste instantie oordeelt het Hof dat sprake moet zijn van een doelstelling om een rendement te behalen dat het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaat. Volgens het Hof moet daarbij rekening worden gehouden met zowel het directe rendement (i.e. de nettohuuropbrengst afgezet tegen de actuele waarde van de panden), alsook met de waardeinstijging van vastgoed;
- ten tweede dient bij de beoordeling verder ook rekening te worden gehouden met financiering en niet met algemene gegevens zoals de Nederlandse Vastgoedindex 2009, omdat daarbij geen rekening wordt gehouden met financiering (wat het rendement kan beïnvloeden). Tussen de belastingplichtige en de fiscus was discussie ontstaan over de manier waarop het rendement diende te worden berekend, maar de fiscus was het er wel mee eens dat het jaarlijks rendement moet worden geraamd op 20 %, indien rekening wordt gehouden met financiering met een groot deel vreemd vermogen en indien ervan uitgegaan werd dat er geen vennootschapsbelasting zou zijn geheven (wat het uiteindelijk rendement nog verder deed oplopen tot boven de 30 %). Het Hof stelt daarover: *“Wat er ook zij van hetgeen door de Inspecteur in dit verband is gesteld, ook van een jaarlijks rendement van 20 % kan naar het oordeel van het Hof reeds worden gezegd dat dit het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat”*;
- ten slotte diende het Hof te oordelen of de arbeid die werd verricht, normaal vermogensbeheer te boven ging. De inspecteur hield bij de beoordeling alleen rekening met werknemers die in loondienst werden tewerkgesteld. Het hof stelde daarover: *“Gelet op de diverse afdelingen (...), de kennis en de ervaring van de werknemers, de verbouwingen die weliswaar werden uitbesteed, maar waarop wel toezicht werd gehouden en op het inhuren op projectbasis van externe deskundigen (...), volgt het Hof de conclusie van belanghebbende dat de arbeid qua aard meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Met betrekking tot de omvang van de arbeid merkt het Hof op dat de Inspecteur ten onrechte alleen de door eigen werknemers verrichte arbeid in de beschouwing betreft. Naar het oordeel van het Hof moet ook rekening worden gehouden met de uitbestede*

*werkzaamheden waarbij toezicht werd gehouden en met de externe deskundigen die op projectbasis werden ingehuurd voor advisering”.*

45. In zijn beslissing van 15 april 2016 oordeelde de Hoge Raad dat het Hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige kan de Hoge Raad de uitspraak niet toetsten omdat het een feitenkwestie betrof. Ten slotte oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het Hof ook voldoende gemotiveerd was.

46. Ook na het arrest van het Hof en de Hoge Raad blijft de beoordeling van de exploitatie van vastgoed als onderneming in hoofdzaak een feitenkwestie, zodat met voormelde uitspraak, de discussies ook in de Nederlandse praktijk niet definitief zijn beslecht.<sup>78</sup> Niettemin kan het Nederlandse toetsingskader als inspiratie dienen. ROZENDAL merkt op dat het, wat hem betreft, mogelijk moet zijn om “op objectieve wijze vast te stellen welke (beheers)werkzaamheden in het algemeen gepaard gaan met de exploitatie van vastgoed”. Daarbij zou een onderscheid moeten worden gemaakt tussen situaties van “externe inhuur” waarbij een investeerder een aannemer inhuurt (bv. een schilder) die werkzaamheden verricht onder toezicht van de investeerder. Deze werkzaamheden worden aan de investeerder toegerekend omdat hij het risico neemt. In deze situatie blijft de vastgoedinvesteerder zelf het risico dragen en toezicht houden op de uitgevoerde werken. Anders is het indien de investeerder het beheer van vastgoed volledig uitbesteed aan bijvoorbeeld een vastgoedmakelaar die het onroerend volledig zelfstandig beheert in ruil voor een bepaalde vergoeding (bv. in functie van de ontvangen huur). De vastgoedmakelaar levert in dit geval een kant-en-klare dienst en neemt het volledige beheer uit handen. In dat geval zou gesteld kunnen worden dat niet langer sprake is van een vastgoedonderneming in hoofde van de vastgoedinvesteerder.

47. Verder, en dat is ook een interessante gedachte, merkt ROZENDAL op dat vastgoedondernemingen in het bijzonder worden geconfronteerd met een hoge graad van illiquiditeit. Dit probleem zou zich voor vastgoedvennootschappen nog scherper stellen indien de bestaande Nederlandse bedrijfsopvolgingsfaciliteit zou worden gewijzigd (*i.e.* versoerd of aangescherpt). Aangezien de Nederlandse regelgeving *ab initio* wenste te voorkomen dat ondernemingen ingevolge schenking of vererving in liquiditeitsproblemen zouden komen, pleit hij onder meer voor een versoepeling van de doorschuifregeling in de Nederlandse inkomstenbelasting voor vastgoeddactiviteiten (en dus een herziening van de wijzigingen die in 2010 werden doorgevoerd).

---

<sup>78</sup> A. ROZENDAL, *l.c.*, (824) 828.



## V. WAT NU TE DENKEN VOOR DE PRAKTIJK?

48. De Nederlandse (economische) benadering is inspirerend voor rechtspractici op zoek naar argumenten om voor te leggen aan de fiscus en/of de rechtbank over de kwalificatie van vastgoedactiviteiten en meer in het bijzonder bij de verhuur van vastgoed.

Wij zien alvast volgende argumenten:

- ook verhuur van vastgoed veronderstelt ondernemingsrisico. Dit risico wordt genomen met het oog op winstmaximalisatie. Het risicogehalte van een vastgoedonderneming wordt onder meer gekenmerkt door het aantrekken van vreemd vermogen met het oog op vastgoedinvesteringen, teneinde zo een hoger rendement te behalen dat wat normalerwijze te verwachten is bij passief beheer van onroerend goed. Voor veel vastgoedbedrijven kan ongetwijfeld worden aangetoond (i) wat de in het verleden behaalde rendementen zijn en (ii) welke de toekomstige rendementsverwachting<sup>79</sup> is, rekening houdend met de rendementsverwachting van een passieve belegging in vastgoed. De data van de concrete cliënt kunnen allicht worden getoetst met empirische data die voorhanden zijn in de vastgoedsector inzake rendement op basis van het type vastgoed dat wordt geëxploiteerd;
- bij de beoordeling of sprake is van de inzet van arbeid, bijvoorbeeld in het kader van het te leveren tegenbewijs, zou rekening moeten worden gehouden met (i) arbeid op zelfstandige basis, inclusief de activiteiten van de bestuurder/zaakvoerder/werkend vennoot, (ii) arbeid in loondienst, inclusief interimarbeid, (iii) activiteiten van externe onderaannemers zolang deze activiteiten gebeuren onder het toezicht van bijvoorbeeld het bestuur/management van de vastgoedonderneming die alle strategische beslissingen inzake de uit te voeren werkzaamheden neemt en ook de risico's draagt.

49. Kortom, de economische benadering uit de Nederlandse rechtspraak is inspirerend. Een en ander blijft echter een feitenkwestie: er zullen uiteraard twijfelgevallen blijven en dat is in Nederland allicht niet anders. Het feit dat er geregeld Nederlandse rechtspraak is inzake de kwalificatie van vastgoedondernemingen als onderneming bewijst dit des te meer. Echter, de ad-hocbenadering zoals blijkt uit de laatst gepubliceerde omzendbrief 2015/2 van de Vlaamse Belastingdienst, biedt weinig houvast: enerzijds neemt Vlabel het standpunt in dat de verhuur van onroerende goederen geen economische activiteit is, maar anderzijds wordt toch een uitzonde-

<sup>79</sup> Dit heeft ook invloed op de waardering van de familiale vennootschap.

ring voorzien voor verhuur binnen de groep (teneinde als het ware indirect tot een vorm van rechtsvormneutraliteit te komen).

Een economische benadering zou allicht meer aangewezen zijn. Met betrekking tot de invulling van het te leveren tegenbewijs kan Vlabel zelf een pragmatisch beleid voeren en is geen wijziging van het decreet nodig. Echter, ook het decreet zelf is aan herziening toe: neutraliteit over de wijze waarop economische activiteiten (of het nu vastgoedactiviteiten zijn of andere) worden uitgeoefend is o.i. van belang, zowel voor familiale ondernemingen als voor familiale vennootschappen. Daaraan gekoppeld zou de economische activiteit bij voorkeur, zoals in het Waalse Gewest, op geconsolideerd niveau moeten worden getoetst. Het vermoeden op basis van de boekhoudkundige parameters, waarbij als het ware een versterkte bewijsplicht geldt dat een economische activiteit wordt uitgeoefend, zou dienen te worden verfijnd maar mag, wat ons betreft, behouden blijven. Het is ergens wel te begrijpen dat de decreetgever op basis van bepaalde parameters, die als graadmeter fungeren voor de aan/afwezigheid van een economische activiteit, een versterkte bewijsplicht invoert. Ook dit vermoeden zou steeds op geconsolideerde wijze moeten worden getoetst. Bij de invulling van het tegenbewijs zou het evenwel nuttig zijn om de belastingplichtige op basis van andere parameters (zoals het rendement, de risicograad) toe te laten het tegenbewijs te leveren en niet *per se* – zoals nu het geval is – bepaalde vastgoedactiviteiten (zoals de verhuur van vastgoed) per definitie uit te sluiten als economische activiteit. Verder zou het ook mogelijk moeten zijn om een gedeelte van het ondernemingsvermogen van een familiale vennootschap in aanmerking te laten komen voor het gunstregime (wat nu ook niet het geval is: ofwel komen de aandelen in aanmerking, ofwel niet). Bij holdings is bijvoorbeeld voorzien dat de vrijstelling of de vermindering wordt toegepast ten belope van de waarde van de actieve dochtervennootschappen.

In het algemeen, maar dit gaat het bestek van deze bijdrage te buiten, kan men zich overigens afvragen in welke mate een vrijstelling/verminderd tarief gerechtvaardigd is in het licht van de doelstellingen van de regeling. Daarbij zou niet alleen rekening moeten worden gehouden met de maatschappelijk rol van familiale ondernemingen maar allicht ook met de graad van (il)liquiditeit van het vermogen. Naast vrijstellingen/verminderingen zijn er ook andere alternatieven denkbaar in geval van (il)liquide vermogen, zoals (tijdelijk) betalingsuitstel.