

THE POWER OF
BEING UNDERSTOOD

NIEUWE ONTWIKKELINGEN INZAKE BEDRIJFSOPVOLGING BIJ VASTGOED-BV'S

Na het arrest van 15 april jl. zijn er opnieuw belangwekkende ontwikkelingen te melden ten aanzien van de toepassing van de BOF op vastgoed-bv's. Afgelopen maand zijn drie uitspraken verschenen waarin de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (BOF) op een vastgoed-bv centraal stond. Een van deze uitspraken had betrekking op de overdrachtsbelasting en is van groot belang voor de praktijk.

Bij de overdracht krachtens schenking of erfrecht van de aandelen in een vastgoed bv kan men in de meeste gevallen geen beroep doen op de fiscaal voordelige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, kortweg genaamd BOF. De BOF geldt namelijk alleen als sprake is van ondernemingsvermogen en de fiscus is van mening dat vastgoed geen ondernemingsvermogen is. Dit betekent bijvoorbeeld dat, bij de overgang van een vastgoedportefeuille in geval van overlijden, de totale belastingheffing kan oplopen tot 40%, terwijl de belastingheffing in potentie slechts enkele procenten bedraagt als het om ondernemingsvermogen gaat. Dit kan leiden tot liquiditeitsproblemen waardoor het voortbestaan van het bedrijf in gevaar kan komen. Bij een schenking is bovendien overdrachtsbelasting verschuldigd door de verkrijger(s). Dit heeft te maken met de regeling voor vastgoedlichamen in de overdrachtsbelasting; een verkrijging die leidt tot een substantieel belang in een vastgoed-bv is ook belast met overdrachtsbelasting. Deze regeling is oorspronkelijk bedoeld om te voorkomen dat men de overdrachtsbelasting ontgaat door vastgoed onder te brengen in een vennootschap en vervolgens de aandelen in deze vennootschap verkoopt.

Toepassing van de BOF

Zowel het gerechtshof in Den Bosch als het gerechtshof in Den Haag hebben een uitspraak gedaan over de kwalificatie van een vastgoedportefeuille voor de toepassing van de BOF. In beide uitspraken ging het kort gezegd om een verkrijging van aandelen in een vastgoed-bv. De Belastingdienst was in beide gevallen van mening dat de vastgoed-bv geen onderneming drijft zodat de verkrijgers van de aandelen dus niet voor de toepassing van de BOF in aanmerking kwamen. Beide gerechtshoven waren het eens met de Belastingdienst. Na een reeks van positieve uitspraken zijn dit dus twee uitspraken waarin de BOF niet wordt toegekend op een verkrijging van aandelen in een vastgoedvennootschap. Dit betekent overigens geen koerswijziging. Deze uitspraken laten vooral zien dat iedere casus anders is en steeds op zijn eigen merites moet worden beoordeeld. Het is dan ook van groot belang om vooraf een zorgvuldige inschatting te maken of het zinvol is om te procederen. Bovendien is het zaak om tijdens een procedure de bewijsvoering goed op orde te hebben en de rechters heel goed uit te leggen op grond van welke argumenten sprake is van een onderneming.

De overdrachtsbelasting-zaak

Een andere en zeer interessante uitspraak betreft een uitspraak van rechtbank Noord-Nederland over de vraag of bij een schenking van aandelen ook een beroep kan worden gedaan op een overdrachtsbelastingvrijstelling. Als men namelijk met succes weet te bepleiten dat de BOF van toepassing is op de verkrijging van aandelen in een vastgoed-bv, zijn de verkrijgers van de aandelen in principe namelijk nog steeds overdrachtsbelasting verschuldigd. Dit vraagstuk speelt overigens alleen bij schenkingen en niet bij verervingen; in dat laatste geval is geen overdrachtsbelasting verschuldigd. De vraag is dan of men in zo'n geval ook een beroep kan doen op een bedrijfsopvolgingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. Deze vrijstelling geldt volgens de overdrachtsbelastingwetgeving indien er sprake is van een schenking van vastgoed dat tot het ondernemingsvermogen behoort. Strikt genomen geldt deze vrijstelling echter niet voor de situatie dat het ondernemingsvastgoed zich in een bv bevindt. Het gevolg is dat een verkrijging van aandelen in een vastgoed-bv in geval van een schenking waarop de BOF van toepassing is, wel is belast met overdrachtsbelasting. De Hoge Raad heeft in het verleden echter geoordeeld dat heffing van overdrachtsbelasting bij de verkrijging van aandelen in vastgoedlichamen achterwege moet blijven als op de rechtstreekse verkrijging van het onderliggende vastgoed een vrijstelling van toepassing is. Dit geldt bijvoorbeeld als aandelen worden verkregen in vennootschappen die vastgoed bezitten dat zich nog 'in de btw-sfeer' bevindt. Een rechtstreekse aankoop van dat vastgoed is vrijgesteld van overdrachtsbelasting en dus mag de fiscus ook niet heffen als dat vastgoed via een aandelenverkrijging wordt aangekocht. Deze regel kan ook worden toegepast op de verkrijging van aandelen in vastgoedvennootschappen die in aanmerking komen voor de toepassing van de BOF, omdat het vastgoed als ondernemingsvermogen kwalificeert. Wel is van belang dat het hier een uitspraak betreft van de rechtbank. De verwachting is dan ook dat deze zaak tot de Hoge Raad wordt uitgeprocedeerd. Het is dus op dit moment nog niet 100% zeker dat men daadwerkelijk gebruik kan maken van deze uitspraak. Ook is van belang dat altijd eerst de horde moet worden genomen dat het vastgoed als ondernemingsvermogen kwalificeert.

Voor meer informatie kunt u uiteraard contact opnemen met de Real Estate Desk van RSM of uw eigen RSM-adviseur.

