



WEDEROM GUNSTIGE UITSPRAKEN VOOR VASTGOED-FAMILIEBEDRIJVEN OP HET GEBIED VAN DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEIT

De afgelopen jaren hebben zich belangwekkende ontwikkelingen voorgedaan op het gebied van de bedrijfopvolgingsfaciliteit (hierna: BOF) voor vastgoedfamiliebedrijven. Recent zijn er twee nieuwe uitspraken verschenen over de toepassing van de BOF; Hof Den Haag heeft in juli uitspraak gedaan over de kwalificatie van een vastgoedportefeuille als onderneming en Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in augustus geoordeeld over de toepassing van een overdrachtsbelastingvrijstelling bij schenking van aandelen in een vastgoed-bv.

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 BOF. Deze faciliteit is namelijk alleen van toepassing op ondernemingsvermogen en de fiscus is van mening dat vastgoed geen ondernemingsvermogen is. Het gevolg is dat bij de overgang van aandelen in een bv met een vastgoedportefeuille, bijvoorbeeld 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. Inmiddels hebben de fiscale rechters, waaronder de Hoge Raad al diverse keren geoordeeld dat de exploitatie van vastgoed wel degelijk als een onderneming kan kwalificeren.

Hof Den Haag: kwalificatie vastgoedportefeuille

In deze zaak draaide het om een vennootschap die zich bezighield met een combinatie van projectontwikkeling, bouwactiviteiten en verhuuractiviteiten. In het kader van een schenking van aandelen in 2014 deed men een beroep op de BOF. De rechtbank brengt, net als de inspecteur,

een knip aan in de activiteiten van de vennootschap. Het verhuurde vastgoed kwalificeerde volgens de rechtbank niet als ondernemingsvermogen, maar wel het vastgoed dat op het moment van de schenking in 2014 nog tot de bouw- en ontwikkelingstak behoorde. Op dit deel was de BOF echter alsnog niet van toepassing. Om bij een schenking voor de BOF in aanmerking te komen moet de onderneming namelijk ook al vijf jaar worden gedreven. Het vastgoed dat op het moment van de schenking in 2014 nog tot de bouw- en ontwikkelingstak behoorde was echter gebouwd in de periode 2012-2014. Omdat de vijfjaarsperiode op het moment van de schenking nog niet was volgemaakt, oordeelde de rechtbank dat de BOF alsnog niet van toepassing was.

Het Hof oordeelt echter anders, namelijk dat alle activiteiten kwalificeren als een onderneming. Dit geldt dus niet alleen voor de project-ontwikkeling en de bouwactiviteiten maar ook voor de verhuuractiviteiten. Uit de stukken die de belastingplichtigen als bewijs hebben overlegd, blijkt voorts dat de verhuuractiviteiten bestaan uit diverse administratieve, technische en commerciële

beheerswerkzaamheden en een zeer groot deel van de beschikbare arbeidscapaciteit vergen. Voor het Hof werd hiermee inzichtelijk dat de arbeid uitgaat boven het normale vermogensbeheer en dat daarmee ook een hoger rendement wordt nagestreefd dan het bij normaal vermogensbeheer behorende rendement.

Bovendien oordeelt het Hof dat de belastingdienst en de rechtbank de bezitstermijn van vijf jaar onjuist hebben toegepast. Omdat sprake is van het drijven van een onderneming, doet niet terzake dat de vijfjaarstermijn niet is volgemaakt ten aanzien van de afzonderlijke onroerende zaken die tot de bouw- en ontwikkelingstak behoren.

Hof Arnhem-Leeuwarden: toepassing overdrachtsbelastingvrijstelling

Behalve de rechtstreekse verkrijging van vastgoed, is ook de verkrijging van een substantieel belang in een vennootschap met meer dan 50% vastgoedbezittingen die zich bezighoudt met vastgoedexploitatie belast met overdrachtsbelasting. Op deze manier worden 'directe' en 'indirecte' verkrijgingen zoveel mogelijk gelijk behandeld. Als een ondernemer zijn onderneming en het bijbehorende vastgoed schenkt, dan kan een vrijstelling voor bedrijfsoverdrachten worden toegepast. Deze vrijstelling ziet echter alleen op de 'directe' overdracht van de onderneming en het vastgoed en is strikt genomen niet van toepassing op de overgang van aandelen in een vennootschap waarin de onderneming en het vastgoed zich bevinden (een 'indirecte' overdracht). Als bij een schenking van aandelen de BOF kan worden toegepast, is dus toch nog overdrachtsbelasting verschuldigd.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt nu echter dat de zogenoemde doorkijkbenadering moet worden toegepast. Op basis van deze benadering moet bij de toepassing van een vrijstelling door de BV heen worden gekeken. Als het vastgoed bij een directe verkrijging in aanmerking komt voor een overdrachtsbelastingvrijstelling, dan moet deze vrijstelling ook worden toegepast bij een verkrijging van aandelen (een indirecte verkrijging). In 2016 had de rechtbank al geoordeeld dat de overdrachtsbelastingvrijstelling van toepassing was en het Hof bevestigt dit nu. Het wachten is nu op een definitief oordeel van de Hoge Raad.

Beide uitspraken zijn goed nieuws voor vastgoed-familiebedrijven en bevestigen wederom, dat men bij een beroep op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in geval van vastgoedexploitatie niet op voorhand kansloos is, ondanks de starre houding van de fiscus. Wil men kans van slagen hebben, dan is het wel van groot belang een zorgvuldige analyse te maken van de feiten en omstandigheden. De bewijslast om aan te tonen dat vastgoed-exploitatie als onderneming kwalificeert blijft zwaar en ligt volledig bij de belastingplichtige.

Vragen?

Wij hebben ruime ervaring met bedrijfsopvolgingstrajecten bij vastgoed-exploitatie en wij kunnen u daarin uiteraard bijstaan. Heeft u vragen naar aanleiding van deze informatie of wilt u graag advies, neem dan contact op met uw RSM-adviseur.

