

Bedrijfsopvolgingsregeling van 35b e.v. Successiewet wederom van toepassing bij 'verhuur+'

October 12, 2017

Inleiding

Onlangs is een uitspraak gepubliceerd van het Gerechtshof Den Haag waarin de bedrijfsopvolgingsregeling van artikel 35b e.v. Successiewet (de 'BOR') van toepassing is verklaard bij de schenking van een certificaat van een aandeel in een vastgoed-BV in 2014¹. Deze uitspraak verdient aandacht, omdat deze uitspraak goed past in de serie van gewezen BOR-jurisprudentie ten aanzien van verhuuractiviteiten.

Ter opfrissing

Verhuuractiviteiten van een vastgoedlichaam kwalificeren in beginsel als normaal vermogensbeheer (beleggen), wat niet valt onder het toepassingsbereik van de BOR (overgang van ondernemingsvermogen) en daardoor (nagenoeg) geheel in de heffing van schenkbelasting worden betrokken. Omdat vastgoed doorgaans niet liquide is, zullen vermogensbestanddelen te gelde moeten worden gemaakt om een belastingschuld te voldoen. Dit kan zelfs een bedreiging voor het vastgoedlichaam vormen, terwijl uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de ratio van de BOR is het waarborgen van de continuïteit van verkregen ondernemingen.

Bij de overgang van ondernemingsvermogen krachtens schenking kan om toepassing van de BOR worden verzocht. Daarentegen wordt de overgang van beleggingsvermogen niet in de Wet Inkomstenbelasting en de Successiewet gefaciliteerd, hetgeen doorgaans leidt tot een hogere belastingheffing.

Door toepassing van de BOR bij de schenking van ondernemingsvermogen wordt een voorwaardelijke vrijstelling van schenkbelasting teweeggebracht. Daarbij is (afgerond) de eerste één miljoen euro van de totale waarde van het ondernemingsvermogen voor 100% vrijgesteld, en het meerdere voor 83%². Kort gezegd, er vindt slechts heffing plaats over 17% van de meerwaarde van één miljoen euro; dat is een flinke belastingbesparing. Deze voorwaardelijke vrijstelling wordt onvoorwaardelijk indien is voldaan aan alle vereisten: ondernemingsvermogen, bezitseis en voortzettingseis. Indien een van deze elementen wegvalt, vervalt daarmee ook de voorwaardelijke vrijstelling en zal alsnog een hogere heffing van schenkbelasting plaatsvinden.

Feiten en geschil

In 2014 wordt een certificaat van een (gewoon) aandeel in een vastgoed-B.V. (de 'B.V.') geschonken aan X. Tot het (geconsolideerde) vermogen van de B.V. behoren onroerende zaken met een waarde van ruim €24.000.000. De activiteiten van de B.V. en haar directe en indirecte deelnemingen bestaan uit projectontwikkeling, bouwactiviteiten (bouw, verbouw en afbouw van vastgoed) en verhuur van vastgoed (business centers, bedrijfsverzamelgebouwen en

stand-alone-units). In geschil is of de BOR uitsluitend van toepassing is op ondernemingsvermogen ten aanzien van de projectontwikkelings- en bouwactiviteiten of ook op de verhuuractiviteiten. Daarbij speelt de kwalificatie van deze verhuuractiviteiten als normaal vermogensbeheer (beleggingsactiviteiten) of ondernemingsactiviteiten een doorslaggevende rol; ondernemingsvermogen wordt namelijk wel door de BOR gefaciliteerd en normaal vermogensbeheer niet.

Materiële onderneming

Hoewel de Rechtbank³ oordeelt dat de verhuuractiviteiten kwalificeren als normaal vermogensbeheer en derhalve niet onder de reikwijdte van de BOR vallen, komt het hof tot een andere uitkomst.

Allereerst overweegt het hof (anders dan de Inspecteur en de Rechtbank) dat de B.V. met haar gehele vastgoedportefeuille een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid omvat, gericht op duurzame deelname aan het economisch verkeer met het oogmerk rendement te realiseren en dat dat rendement ook redelijkerwijs is te verwachten; kortom de activiteiten kunnen worden aangemerkt als een materiële IB-onderneming, hetgeen een vereiste is voor toepassing van de BOR.

Arbeid+ met onmiskenbaar doel rendement+

Vervolgens oordeelt het hof dat het rendabel maken van de vastgoedportefeuille geschiedt naast de inzet van de productiefactor kapitaal, in het bijzonder door inzet van de productiefactor arbeid, welke naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft het duurzaam behalen van rendementen die bij normaal vermogensbeheer opkomende rendementen te boven gaan; in de BOR-jurisprudentie wordt deze dubbele toets gehanteerd bij de beoordeling van het meerwaardecriterium: arbeid+ met onmiskenbaar doel rendement+⁴. Indien voldaan is aan de toets van arbeid+ én rendement+ kwalificeren vastgoedactiviteiten als een materiële IB-onderneming, zodat de BOR van toepassing is bij bedrijfsopvolging.

Arbeid+

Het hof overweegt dat onweersproken is dat van de beschikbare arbeidscapaciteit van directie en staf 18% wordt toegerekend aan de projectontwikkelings- en bouwactiviteiten en 82% aan de verhuuractiviteiten. De verhuuractiviteiten bestaan uit:

- i. het zelf voeren van de regie over alle ontwikkelingen;
- ii. het intensief ook op de lange termijn gericht relatiebeheer (de dienstverleningsconcepten); en
- iii. de deelname in samenwerkingsverbanden.

Hierbij neemt het hof de jarenlange ervaring en expertise van een aantal werknemers van de B.V. in aanmerking. Bovendien stelt het hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn.

Rendement+

Verder overweegt het hof dat de BV in de jaren 2011 – 2015 door middel van haar business centers, bedrijfsverzamelgebouwen en stand-alone-units overtuigend hogere rendementen heeft gerealiseerd met respectievelijk 1,8%, 4,5% en 13,9% rendement, afgezet tegen zowel sector- en subsectorspecifieke

rendementscijfers als algemene rendementscijfers. Overigens oordeelt het hof dat in het verleden bepaalde (WOZ-)waardes van de onroerende zaken beperkt bruikbaar zijn bij de toets of in de toekomst een hoger rendement kan worden verwacht. Volgens het hof hoeft deze verwachting nog niet te zijn neergeslagen in reeds behaalde resultaten. Dit is ook logisch, aangezien met arbeid+ onmiskenbaar rendement+ moet worden nagestreefd (en niet zozeer moet worden behaald).

Verhuur+

Het hof overweegt dat X inzicht heeft geboden in:

- i. het bestaan van een directe band tussen de aanwending van de factor arbeid en het effect daarvan op het door X zelf nagestreefde en zelf gecreëerde hogere rendement; en
- ii. in de omstandigheid dat de productiefactor arbeid naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is (arbeid+), met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat (rendement+).

Het hof oordeelt aldus dat in casu sprake is van verhuur+, zodat de BOR van toepassing is.

Bezitseis

Ten aanzien van de onroerende zaken die zijn gebouwd in de jaren 2012-2014 oordeelt het hof (eveneens anders dan de rechtbank) dat wel is voldaan aan de bezitseis van artikel 35d SW, waardoor de BOR ook van toepassing is op deze onroerende zaken. Voor vervulling van de bezitseis is bij schenking van belang of al vijf jaren een onderneming wordt gedreven met het vermogen. Het hof overweegt dat de onroerende zaken tezamen met de andere activa en passiva deel uitmaken van een onderneming, waardoor voldaan is aan de bezitseis. Volgens het hof is niet gebleken dat het oogmerk bestond om met deze onroerende zaken een zelfstandige onderneming te drijven waardoor deze onroerende zaken niet onderworpen zouden zijn aan de bezitseis. Deze overweging is van belang voor de praktijk, aangezien deze argumentatie ook op kan gaan voor andere activa die korter dan vijf jaren tot het vermogen van de vennootschap behoren.

Conclusie

Kortom, deze uitspraak past goed in de serie van gewezen BOR-jurisprudentie ten aanzien van verhuuractiviteiten. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de kwalificatie van vastgoedexploitatie als ondernemingsvermogen altijd blijft afhangen van de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

1. Gerechtshof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429 ↩

2. Het exacte bedrag in 2017 is €1.063.479. ↩

3. Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9308. ↩

4. Hoge Raad 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757; HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731; Hoge Raad 15 april 2015, ECLI:NL:HR:2016:633. ↩

Your Key Contacts



Marnix Veldhuijzen

Partner, Amsterdam

D +31 20 795 34 10

M +31 6 46 23 31 27

Marnix.Veldhuijzen@dentons.com



Bas Bruynsteen

Associate, Amsterdam

D +31 20 795 30 41

M +31 6 11 60 46 56

bas.bruynsteen@dentons.com