



TAXVICE

Practice note

Voorsorteren voor
de overdracht van
een onderneming
door middel van een
bv-structuur

www.sdu.nl/taxvice/bedrijfsoverdracht

Publicatiedatum: januari 2020

Sdu

Voorsorteren voor de overdracht van een onderneming door middel van een bv-structuur

Bij een overdracht of opvolgingssituatie is er veelal de wens dat de onderneming zonder belastingheffing kan worden overgedragen. Er zijn echter een aantal veelvoorkomende structuren waarbij een overdracht of opvolging zonder belastingheffing niet mogelijk is. Indien de overdrager zijn onderneming zonder heffing wil overdragen, moet er tijdig worden voorgesorteerd door middel van een herstructurering. In veel gevallen zit men met een 'harde' driejaarstermijn waarna de onderneming pas kan worden overgedragen. Deze notitie gaat in op de overwegingen en voorwaarden voor vier veelvoorkomende situaties waarbij moet worden voorgesorteerd.

Wetgeving/wettelijk kader

Art. 15.1a Wet BRV 1970 - Vrijstellingen - levering

Art. 15.1q Wet BRV 1970 - Vrijstellingen - cultuurgrond (vanaf 1-1-2007)

Art. 14a Wet Vpb 1969 - Juridische splitsing

Art. 3.92 Wet IB 2001 - Ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden

Art. 3.62 Wet IB 2001 - Doorschuiving bij staking door overlijden

Art. 3.95 Wet IB 2001 - Bepaling van het resultaat

Art. 14c Wet Vpb 1969 - Doorschuifregeling bij ontbinding

Art. 3.98 Wet IB 2001 - Doorschuiving bij ontbinding van de vennootschap

Art. 3.92 Wet IB 2001 - Ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden

Art. 3.2 Wet IB 2001 - Belastbare winst uit onderneming

Art. 3.99 Wet IB 2001 - Overgang werkzaamheid in onderneming

Besluit BLKB 2015/1346M - Bedrijfsopvolgingsregeling in de schenkbelasting

Art. 4.17c Wet IB 2001 - Uitzondering bij overdracht krachtens schenking

Art. 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting - Bezitsperiode voor het overlijden, onderscheidenlijk voor de schenking

Jurisprudentie

Hoge Raad 13 mei 2016, NTFR 2016/1357 - Overgang van tbs-regeling naar onderneming kan geruisloos

Gerechtshof Amsterdam 14 februari 2017, NTFR 2017/958 - Bij toekenning van terugwerkende kracht aan vof tellen de in dienstbetrekking verrichte uren mee voor het urencriterium

Hoge Raad 10 oktober 2008, NTFR 2008/2179 - Motief voor aandelenfusie beoordelen op moment van obligatoire fusieovereenkomst

Veelvoorkomende situaties waarbij moet worden voorgesorteerd

Veelvoorkomende situaties waarbij moet worden voorgesorteerd zijn:

1. overdracht van een bv waarin de onderneming, vastgoed en beleggingen van de dga zitten;
2. overdracht en opvolging van TBS-vastgoed aan de bv die wordt overgedragen;
3. opvolging bij een bv-structuur;
4. opvolging bij een bv-structuur waarbij vastgoed wordt achtergehouden.

Bij de situaties 1 en 2 moet er tijdig worden voorgesorteerd. Indien er wordt geschoven met vastgoed, speelt er veelal een harde driejaarstermijn. Dit betekent dat de onderneming na de herstructurering voor een periode van drie jaar niet kan worden overgedragen zonder dat er alsnog belasting wordt geheven.

Bij een opvolgings situatie binnen de familie kan er na een herstructurering veelal snel worden geschonken aan de kinderen. Er hoeft in dit geval niet te worden gewacht.

Het uitgangspunt is dat er in de onderneming stille reserves/goodwill aanwezig zijn. Verder wordt er vastgoed binnen de onderneming geëxploiteerd (bedrijfspan). Hierbij wordt uitgegaan van het feit dat er geen sprake is van vastgoed dat zelfstandig kwalificeert voor een vrijstelling in de zin van art. 15 Wet BRV 1970, zoals cultuurgronden of 'nieuw' onroerend goed waarbij de samenloopregeling met de btw kan gelden. Verder wordt het vastgoed 'gebruikt' binnen de onderneming (een bedrijfspan). Bij overdracht van het vastgoed is er dus 6% overdrachtsbelasting verschuldigd.

Voor de werking van de genoemde faciliteiten kunnen de overwegingen van herstructurering worden geraadpleegd. In de overwegingen voor de herstructureringsfaciliteiten is een overzicht opgenomen

Overdracht bv-structuur met vastgoed

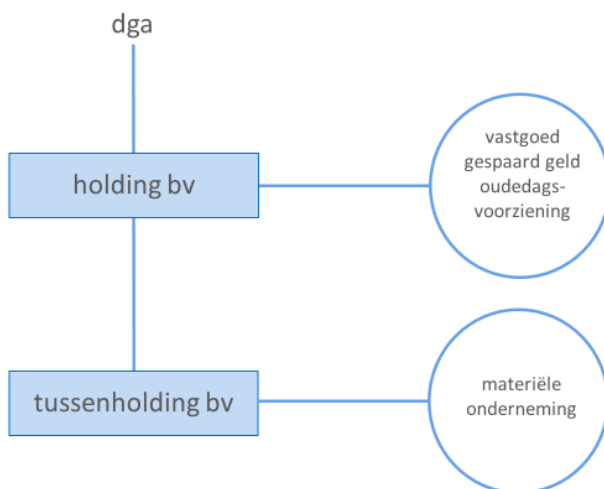
Indien de bv-structuur bestaat uit één bv waarin de onderneming, oudedagsvoorziening en vastgoed zijn gesitueerd, zal er bij een overdracht veelal een afrekening ontstaan. De dga wenst zijn oudedagsvoorziening immers achter te houden en niet over te dragen aan de overnemer. Om deze afrekening te voorkomen, moet er worden voorgesorteerd.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



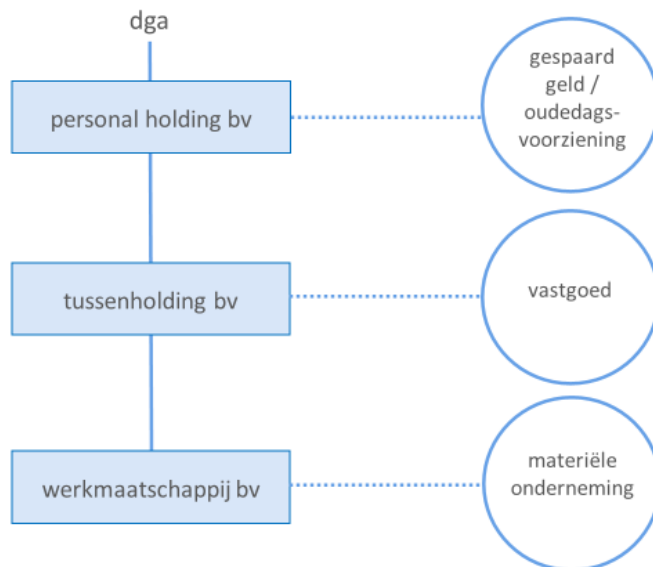
Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de onderneming in een aparte werkmatschappij zit, maar het vastgoed samen met de oudedagsvoorziening in de holding zit.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Bij overdracht van de aandelen van de werkmatschappij is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Mocht het vastgoed los worden meeverkocht, dan is er overdrachtsbelasting verschuldigd en moet er worden afgerekend over de eventuele stille reserves van het vastgoed.

In deze gevallen kan het beste een drietrapsraket worden gecreëerd. Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Juridische (af)splitsing

De drietrapsraket kan het beste worden vormgegeven door de holding-vennootschap juridisch af te splitsen in de zin van art. 14a Wet Vpb 1969 naar een nieuw op te richten dochtervennootschap. Dit heeft drie voordelen:

1. geen Vpb-afrekening over de stille reserves;
2. een 'zachte' driejaarstermijn bij een eventuele overdracht. Deze geldt ook voor de overdrachtsbelasting;
3. (in principe) voldoen aan de bezitstermijn voor de BOR.

Het nadeel van een juridische afsplitsing (of een dubbele indien er sprake is van één bv die wordt omgebouwd naar een drietrapsraket) zijn de hoge structureringskosten. Over het algemeen is een splitsing duurder dan bijvoorbeeld een aandelenfusie of een bedrijfsfusie.

Aandelenfusie

Mocht er geen oudedagsvoorziening aanwezig zijn in de zin van een lijfrente of pensioen, dan is het ook mogelijk om via een aandelenfusie een nieuwe holding boven de huidige holding te plaatsen. De overtollige liquide middelen kunnen dan door de bestaande holding worden uitgekeerd aan de nieuwe holding. Vervolgens kan door een juridische afsplitsing of bedrijfsfusie de onderneming uitzakken uit de bestaande holding.

Zachte driejaarstermijn

Bij een juridische splitsing is er sprake van een zachte driejaarstermijn. Indien er op het moment van de splitsing zakelijke overwegingen aanwezig waren en de aandelen worden binnen drie jaar verkocht, is er in beginsel alsnog vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting verschuldigd. De overdrager heeft echter de mogelijkheid tegenbewijs te leveren. Indien op het moment van herstructureren geen potentiële koper is, dan kan er toch worden verkocht. De Hoge Raad heeft op

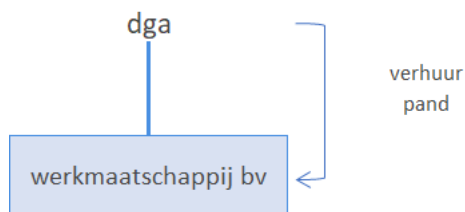
10 oktober 2008 (zaaknummer 43.409) geoordeeld dat enkel een bloot verkoopvoornemen onvoldoende is om te spreken van belastingontwijking. Het is echter verstandig om dit soort situaties af te stemmen met de Belastingdienst. Indien er een verkoop gaat plaatsvinden binnen drie jaar na herstructurering, kan er bij de Belastingdienst een beschikking worden aangevraagd waardoor de faciliteit die in eerste instantie is verleend bij de herstructurering niet wordt teruggenomen.

Voorsorteren met TBS-vastgoed

Indien een holding de aandelen van een werkmaatschappij wil verkopen, waarbij deze vastgoed huurt van de dga, is er altijd sprake van afrekenen door de dga over dit vastgoed. Ook moet de overnemer overdrachtsbelasting betalen.

Indien het vastgoed wordt verhuurd aan de bv, is er op basis van art. 3.92 Wet IB 2001 sprake van een terbeschikkingstelling. Het gevolg is dat de huur, afschrijving, verzekering, onderhoud, etc. zijn belast in box 1.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Dit betekent echter ook dat de waardeinstijging c.q. -daling is belast in box 1. Indien TBS-vastgoed inclusief de aandelen van de bv wordt verkocht of geschonken, moet de dga verplicht afrekenen in de inkomstenbelasting over de stille reserves. Alleen bij overlijden van een dga kent de TBS een doorschuiffaciliteit voor de stille reserves (art. 3.62 jo. 3.95 Wet IB 2001).

Voor de overdrachtsbelasting is er bij een TBS-vastgoed geen vrijstelling. Derhalve is er bij de overdracht dus overdrachtsbelasting verschuldigd. Uitzondering is weer een overlijden.

Om de afrekening in de IB en de overdrachtsbelasting te voorkomen, kan er op twee manieren worden voorgesorteerd.

Geruisloze terugkeer

Indien er sprake is van een opvolging door een familielid kan men ervoor kiezen om de onderneming uit de bv te halen en om te zetten in een IB-onderneming. Dit kan door een geruisloze terugkeer in de zin van art. 14c Wet Vpb 1969. Hiervoor kan worden verwezen naar het thema 'Geruisloze terugkeer'. Doordat de onderneming verder wordt voortgezet als IB-onderneming, wordt het TBS-vastgoed verplicht ondernemingsvermogen (art. 3.98 Wet IB 2001). Er is op verzoek dan geen afrekening.

Personenvennootschap met eigen bv

Het alternatief is dat de dga een personenvennootschap aangaat met de eigen bv. Dit heeft gevolgen voor het TBS-vastgoed:

- i. Het vastgoed gaat over van de TBS-sfeer van art. 3.92 Wet IB 2001 naar de winstsfeer van art. 3.2 Wet IB 2001.

- ii. Bij die sfeerovergang vindt volgens een arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2016 (nr. 15/02667) een geruisloze doorschuiving plaats ingevolge art. 3.99 Wet IB 2001 (zgn. ‘uitgroei van een werkzaamheid tot een onderneming’).
- iii. De ‘nieuwe’ boekwaarde van het vastgoed in de winstfeer wordt nu gevormd door de ‘oude’ boekwaarde volgens de TBS-balans.

Het is belangrijk dat de dga slechts het gebruik en genot van dat vastgoed inbrengt, niet het economische belang of de juridische eigendom. Dit, omdat bij inbreng van het economische belang of de juridische eigendom overdrachtsbelasting verschuldigd wordt.

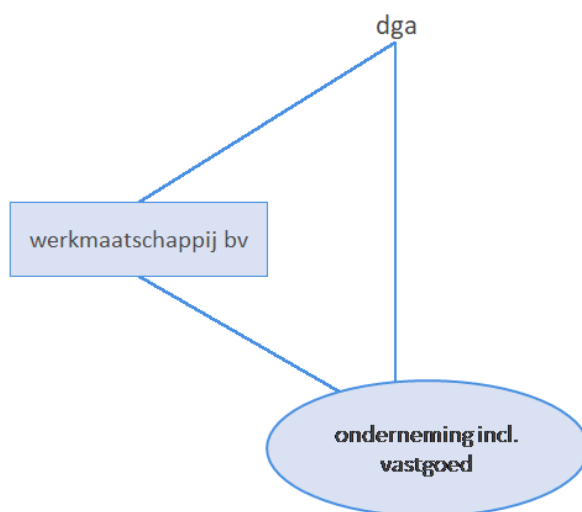
Vervolgens zou ervoor kunnen worden gekozen om het vof- of maatschapsbelang inclusief het voormalige TBS-vastgoed in te brengen in de bv-structuur. In dat geval kan na een periode van drie jaar alsnog het vastgoed zonder overdrachtsbelasting en zonder afrekening in de inkomstenbelasting worden overgedragen.

Let op. De Belastingdienst beschouwt een dergelijke structuur als belastingontwijking. Volgens de wet is er geen bezwaar om het aangaan van de personenvennootschap spoedig te laten volgen door een geruisloze omzetting in de bv-structuur. Indien dit echter snel na elkaar gebeurt, zal de Belastingdienst de stelling innemen dat er sprake is van *fraus legis* en alsnog proberen te heffen over de stille reserves in het pand, dan wel overdrachtsbelasting te heffen.

- iv. Een belangrijk aandachtspunt is de vermogensetikettering van de aandelen van de bv. Het is de bedoeling dat de aandelen kwalificeren als privévermogen en dus opgenomen worden in box 2. Indien deze aandelen moeten worden gekwalificeerd als verplicht ondernemingsvermogen, vallen ze in box 1 en ontstaat dubbele heffing. Eerst Vpb-heffing over de winst van de bv; bij een uitkering uit de bv is deze belast in box 1 tegen het progressieve tarief.

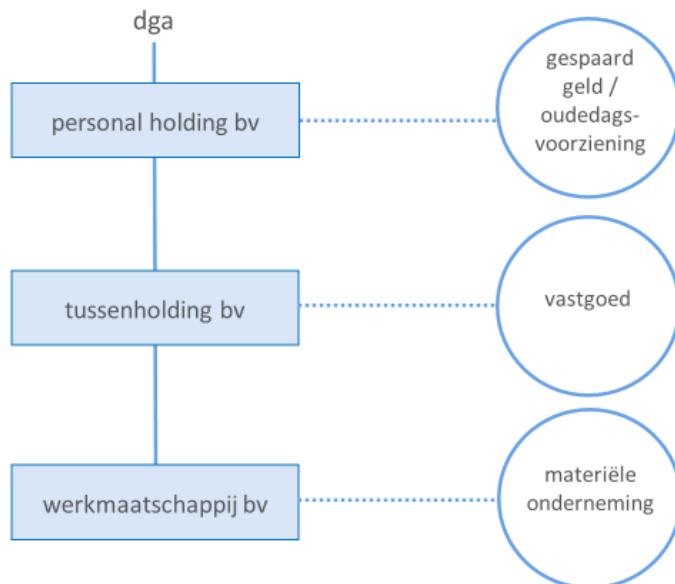
Om ervoor te zorgen dat de aandelen privévermogen kunnen vormen, moet er ook ten minste 10% ‘beleggingsvermogen’ zijn opgenomen in de bv. Men creëert hierdoor keuzevermogen en de aandelen kunnen dan in box 2 worden opgenomen. Voor een nadere toelichting kan worden verwezen naar de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 14 februari 2017 (nr. 15/1532, *NRFT* 2017/958).

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Opvolging bij een bv-structuur

Indien een dga zijn aandelen (deels) wil schenken aan een familielid moet hij voorafgaand voorsorteren om de BOR optimaal te kunnen benutten.



Bedrijfsopvolgingsregeling

In de voornoemde structuur zitten in de holding vermogensbestanddelen die de dga wenst achter te houden. Indien de holding de aandelen van de vastgoed-bv gaat schenken aan zijn opvolger is er voor de schenkbelasting geen probleem. Voor deze schenking is door de staatssecretaris van Financiën in het besluit van 16 november 2015 (nr. BLKB 2015/1346M) goedgekeurd dat de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenkbelasting van toepassing is. Met andere woorden: de vrijstelling van ruim € 1.000.000 is van toepassing. Het meerdere is voor 83% vrijgesteld van schenkbelasting. Voor meer informatie over de bedrijfsopvolgingsregeling kunnen de faciliteiten van de BOR worden bekeken (zie de overwegingen bij de fiscale faciliteiten voor de bedrijfsopvolging bij de bv).

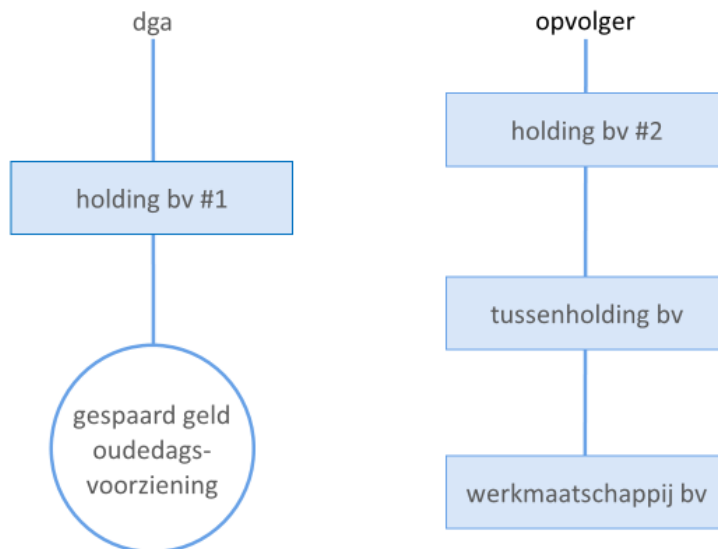
Verkapt dividend

Voor de inkomstenbelasting is er echter wel een probleem. Door het schenken van de aandelen van de vastgoed-bv door de holding, is er sprake van een verkapt dividend aan de dga voor de waarde van deze aandelen. Vervolgens schenkt de dga de aandelen van de vastgoed-bv aan de opvolger. Men kan dus in de inkomstenbelasting geen gebruik maken van de doorschuifafaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001.

Juridische splitsing

Om toegang te krijgen tot de faciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001 moet er worden geherstructureerd. De aandelen van de holding moeten worden geschonken; hier zit echter vermogen in dat de dga wenst achter te houden. De holding van de dga moet dan ook juridisch worden gesplitst in twee aparte holdingvennootschappen. De ene holding bevat het gespaarde geld en de oudedagsvoorziening. Deze blijven achter bij de dga. De andere holding bevat de aandelen van de vastgoed-bv (en dus indirect ook de aandelen van de werkmaatschappij). Vervolgens kunnen de

aandelen van deze holding in de vastgoed-bv worden geschonken aan de opvolger. In dat geval kan er gebruik worden gemaakt van de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting en van de faciliteiten in de schenkbelasting. Door art. 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting levert deze afsplitsing geen problemen op voor de bezitstermijn van de aandelen voor de BOR. Schematisch ziet de structuur er als volgt uit:



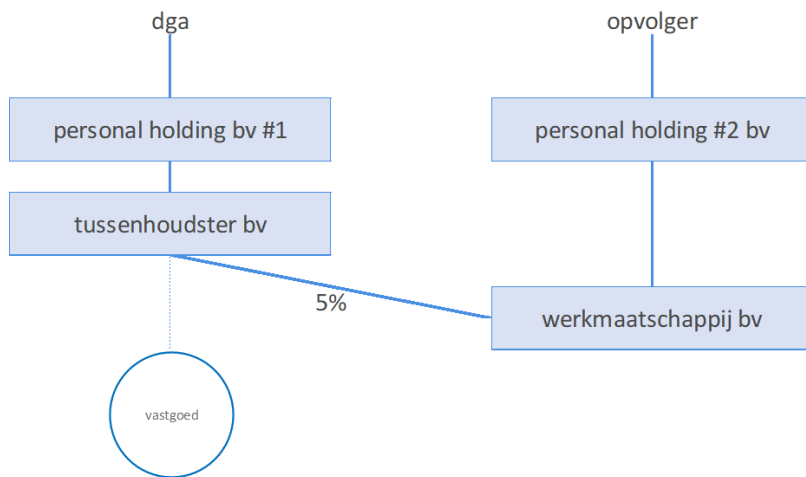
Opvolging bij een bv-structuur waarbij het vastgoed wordt achtergehouden

Indien de dga ervoor kiest om de vastgoed-bv achter te houden en het vastgoed dus te verhuren aan de werkmaatschappij van de opvolger, is het verstandig om de vastgoed-bv een belang van 5% te laten houden in de werkmaatschappij.

Bedrijfsopvolgingsregeling

In dat geval kwalificeert het vastgoed dat door de vastgoed-bv wordt verhuurd aan de werkmaatschappij voor de BOR. Het vastgoed wordt geëxploiteerd in een onderneming waarin de dga ten minste een aanmerkelijk belang heeft. De onderneming uit de werkmaatschappij kan voor 5% worden toegerekend. Dit is echter voldoende om het vastgoed te laten kwalificeren als ondernemingsvermogen. Bij een overlijden of schenken van de aandelen van de vastgoed-bv kan dan ook de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting en de vrijstelling in de schenk- of erfbelasting worden benut, mits aan de overige voorwaarden wordt voldaan.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Vraag een gratis demo aan van Taxvice

Deze practice note maakt onderdeel uit van de analysefase binnen Taxvice. Binnen de software-oplossing zijn de diverse items geïntegreerd, clickable en verwijzen ze naar rechtspraak, wetgeving en hulpmiddelen.

Aan de slag met Taxvice

Ben je nieuwsgierig geworden en wil je meer weten over Taxvice? **Vraag dan een gratis demo aan.** In de demo laten we je zien hoe de proces ondersteunings-software van Taxvice voor jou als fiscalist de juiste balans brengt tussen klantinventarisatie, analyse, advisering en uitvoering. Ook zoomen we in op de fiscale inhoud, de processen en datastromen die door middel van Taxvice bij elkaar komen.



Vraag een GRATIS en
vrijblijvende demo aan via
www.sdu.nl/taxvice