

Als een directeur-groootaandeelhouder overlijdt of aandelen schenkt, dan heeft dat veel fiscale gevolgen. Deze gebeurtenis kan zo maar leiden tot een onverwacht hoge aanslag vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en – uiteraard – de erfbelasting. De belastingschuld die hieruit volgt, kan een bedreiging zijn voor de continuïteit van de onderneming. Daarom kent de fiscale wetgeving twee belangrijke regelingen om dit af te wenden.

Indien door overlijden/schenken inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn, kan de belastingclaim in beginsel worden doorgeschoven naar de erfgenamen. Dit staat bekend als de doorschuifregeling. Deze laten wij verder nu buiten beschouwing, maar ook hier rommelt het in de verte.

Voor de schenk- en erfbelasting bestaat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (hierna: BOF) en die ligt nu nadrukkelijk onder vuur.

Onder de BOF is een verkrijging van een onderneming vrijgesteld van schenk- of erfbelasting tot een ondernemingswaarde van ruim € 1,1 miljoen (2020). Is de waarde van de onderneming hoger, dan is van het meerdere 83% vrijgesteld. Effectief betekent dit dat de schenk- en erfbelasting wordt verlaagd voor kinderen tot op 3,4% waar het normale tarief 20% bedraagt. Hieruit wordt duidelijk dat het al of niet kunnen toepassen van de BOF een groot financieel belang kent.

Vandaar dat toepassing van de BOF is gebonden aan strenge voorwaarden.

Bezitsperiode

Een van de voorwaarden is dat de onderneming tenminste vijf jaar (bij schenking) en één jaar (bij overlijden) in bezit is van de ondernemer. De bezitsei is bedoeld om te voorkomen dat schenker/erfgenaam een onderneming koopt en schenkt waarna de verkrijger de onderneming direct weer verkoopt. In de praktijk zien wij startende ondernemers met een leeftijd boven de 70 jaar.

Jurisprudentie

Recent heeft de Hoge Raad zich tot tweemaal toe uitgesproken over de bezitsei.

In de eerste zaak (Hoge Raad 29-05-2020, ECLI:NL:HR:2020:990) ging het om een ondernemer die zijn financieel adviesbureau dreef door middel van een BV. Op enig moment voert hij een herstructurering uit en draagt aandelen in een hypotheekadviesbureau over aan een holding, waarvan hij ook weer 100% aandeelhouder was. Feitelijk veranderde weinig tot niets.

Drie jaar later besluit hij de aandelen in de holding als gift over te dragen aan zijn bedrijfsopvolger.

Hierop was volgens de ondernemer de BOF van toepassing omdat zijn holding indirect een actieve onderneming dreef. De verandering in de structuur had materieel niets om het lijf aldus de ondernemer.

De inspecteur stelde zich op het formele standpunt dat het adviesbureau nog geen vijf jaar was gedreven voor rekening van de holding. Dat de onderneming eerder ook voor rekening van vader werd gedreven deed volgens de inspecteur niet ter zake.

Ondanks dat de ondernemer al vele jaren werkzaam was in het hypotheekadviesbureau, begon op het moment van de verkoop aan de eigen BV een nieuwe bezitsperiode te lopen, aldus de inspecteur.

De Hoge Raad was het met de inspecteur eens. In voetbaltermen: 1-0 voor de inspecteur.

In een andere zaak (Hoge Raad 29-05-2020, ECLI:NL:HR:2020:867), kocht een BV een onderneming van een derde. Deze onderneming ging volledig in op de bestaande onderneming van de kopende BV.

Vervolgens schonk de ondernemer de aandelen aan zijn kinderen. De inspecteur stelde dat de BOF niet van toepassing was en stuurde een navorderingsaanslag schenkbelasting.

Omdat de laatste onderneming minder dan vijf jaar geleden was gekocht, moest over de waarde van deze onderneming erfbelasting worden betaald aldus de Belastingdienst. De kinderen van de ondernemer waren het daarmee niet eens.

De Hoge Raad besliste dat de toestand van de onderneming op het moment van de schenking doorslaggevend is. Als dan meer dan vijf jaar een onderneming wordt gedreven, dan doet niet ter zake dat daar relatief kort geleden nog activa aan zijn toegevoegd. Als de gekochte onderneming om het moment van de schenking volledig is opgegaan in de bestaande onderneming, dan is de BOF toch van toepassing. De stand is daarmee weer 1-1.

Praktijk

In de praktijk merken wij een strenge opstelling van de Belastingdienst waar het gaat om toepassing van de BOF. Dat wordt bevestigd in de zaken waar de Hoge Raad zich over boog. Waarom is de Belastingdienst zo streng?

Een afwijzing kan daarvoor gevonden worden in de notitie 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel'.

In dit rapport van het ministerie van Financiën staat dat twijfels bestaan over de proportionaliteit van de regeling. Het verschil tussen ondernemingsvermogen en ander vermogen is te groot, aldus het ministerie. Verder wordt in het rapport het hoge 'cadeau-gehalte' van de regeling aangehaald. Met het cadeau-gehalte wordt bedoeld dat de regeling van toepassing is ongeacht of de bedrijfsopvolging tot financiële problemen zou leiden.

De ambtenaren vervolgen met een aantal vergaande suggesties zoals:

1. Een drastische verlaging van de vrijstelling (83% wordt 25%);
2. Aftopping op een ondernemingswaarde van maximaal € 5.000.000; en
3. Door verhuurd vastgoed altijd uit te sluiten van deze faciliteit.

Afsluiting

Het beeld ontstaat dat het ministerie aan het voorsorteren is op een versobering van de BOF.

De kans is aanwezig dat deze versobering ineens en zeer plots wordt ingevoerd om te voorkomen dat ondernemers anticiperen op deze wetgeving en nu nog snel gebruik maken van de huidige BOF. Dit beeld hing al enige tijd boven de markt, maar nu worden de bedreigingen naar de mening van Cervus meer concreet.