

FISCALE SIGNALLEN

Jaargang 2010, nummer 1

In het eerste nummer van onze nieuwsbrief in 2010 geven wij een aantal signalen die voor u van belang kunnen zijn. Geheel fiscaal zijn deze signalen deze keer niet. Na het fiscale wetgevingsgeweld van Prinsjesdag 2009 waaraan wij in onze vorige nieuwsbrief uitgebreid aandacht hebben besteed, willen wij nu ook voor u stilstaan bij enkele ontwikkelingen die civielrechtelijk van belang zijn.

Een nieuw en terugkerend onderdeel van onze nieuwsbrief wordt de 'Opinie'. Hierin geven wij onze mening over een fiscale actualiteit.

OPINIE: ONHANDIGE WETGEVING

Vanaf 2010 is er veel veranderd voor de directeur-groootaandeelhouder (dga). Er is een nieuwe doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting voor het schenken van aanmerkelijkbelangaandelen in een bv (of nv) gekomen. De doorschuifregeling in de inkomstenbelasting bij vererving van aanmerkelijkbelangaandelen is aangepast. Ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet bij schenking en vererving van aanmerkelijkbelangaandelen zijn aangepast.

Voor alle faciliteiten geldt dat er slechts een beroep op kan worden gedaan als de bv een materiële onderneming drijft. Dus in beginsel komt slechts in de bv aanwezig ondernemingsvermogen in aanmerking voor de faciliteiten. De waarde van de aandelen moet dan ook worden gesplitst in een deel dat toerekenbaar is aan in de bv aanwezig ondernemingsvermogen en een deel dat toerekenbaar is aan in de bv aanwezig beleggingsvermogen.

De (nieuwe) faciliteiten hebben tot gevolg dat het aantrekkelijker is geworden om al tijdens leven de bedrijfsopvolging te regelen en niet te wachten tot het overlijden.

In de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de nieuwe Successiewet is op het laatste moment door een amendement (nr. 79) een onhandige wijziging aangebracht. Oorspronkelijk was voorgesteld dat 90% van het ondernemingsvermogen dat wordt geschonken of vererft, zou zijn vrijgesteld van schenk- of erfbelasting.

Door het inmiddels beruchte amendement is dit gewijzigd in een (voorwaardelijke) vrijstelling van 100% voor zover het ondernemingsvermogen niet meer bedraagt dan € 1.000.000 en 83% over het meerdere. Deze vrijstelling geldt vanaf 2010. De vrijstelling van 100% voor de eerste miljoen euro is afhankelijk van de waarde van de zogenoemde 'objectieve onderneming' en moet niet worden beoordeeld vanuit de verkrijger. Een aantal gestileerde voorbeelden.

Voorbeeld 1

Stel dat twee verkrijgers (bijvoorbeeld een zoon en een dochter) elk de helft van de aandelen in een bv met een onderneming met een totale waarde van €2 miljoen verkrijgen krachtens schenking of vererving. Dan hebben zij elk recht op een 100% vrijstelling van €500.000 (50% x 1.000.000) en over het meerdere 83% (83% x 500.000).

Voorbeeld 2

In het geval van een holding met aandelen in werkmaatschappijen mag onder voorwaarden het vermogen van de werkmaatschappijen worden geconsolideerd. Stel dat een holding de aandelen heeft in vijf actieve en ondernemende werkmaatschappijen met elk een waarde van €1 miljoen. Dan is de holding €5 miljoen waard. Als de aandelen in de holding vervolgens worden geschonken of vererven, dan geldt de 100% vrijstelling slechts voor €1 miljoen. Van de overige €4 miljoen is 83% vrijgesteld. Over de rest moet schenk- of erfbelasting worden betaald bij de verkrijger. Als een kind de verkrijger van de aandelen is, dan kost dat globaal 20% (het ouder-kindtarief) x 17% x 4 miljoen = €136.000 schenk- of erfbelasting.¹

Voorbeeld 3

Stel dat er geen holding tussen zou zitten, maar dat de aandelen in de vijf actieve werkmaatschappijen rechtstreeks in handen zijn van de ouder. Dan heeft de ouder rechtstreeks vijf ondernemingen. Als die aandelen in de vijf direct gehouden, actieve werkmaatschappijen vervolgens worden geschonken of vererven, geldt in beginsel wel vijf keer een vrijstelling van €1 miljoen. Dus geen belasting bij de verkrijger!

Dit kan ertoe leiden dat men gaat overwegen om de holdingstructuur weer te ontmantelen. Met inachtneming van bepaalde wachttermijnen kan dat voor de vrijstelling inderdaad tot het gewenste effect leiden. Er kunnen echter vele goede, niet louter fiscale, redenen zijn waarom er ooit een holdingstructuur is gecreëerd. Dit wordt nu eigenlijk min of meer 'bestraft' door het niet te verklaren verschil met de situatie waarin geen holdingstructuur is gecreëerd. De staatssecretaris bagatelliseerde dit verschil. De oorspronkelijk voorgestelde vrijstelling van 90% van het ondernemingsvermogen werkte rechtvaardiger uit. In de voorbeelden 2 en 3 zou dan in beide situaties 90% van € 5 miljoen zijn vrijgesteld, zijnde €4,5 miljoen. Over €0,5 miljoen zou dan belasting moeten worden betaald.

Het voorgaande is een voorbeeld van ongelukkige wetgeving. De politieke druk waaronder en de snelheid waarmee het fiscale wetgevingsproces tegenwoordig plaatsvindt, veroorzaken steeds meer van dergelijke ongelukken. Een nadeel kan echter ook een voordeel hebben. Door het amendement geldt voor ondernemingen tot €1 miljoen een volledige vrijstelling.

¹ In het voorbeeld is gemakshalve afgezien van overige vrijstellingen, latenties en het tariefopstapje van 10% over de eerste 118.000 euro van de belaste verkrijging.

WIJZIGINGEN VOOR MAATSCHAPPEN EN VENNOOTSCHAPPEN ONDER FIRMA'S (VOF'S)

Het wetsvoorstel personenvennootschappen ligt nu bij de Eerste Kamer. Volgens de laatste berichten gaat de nieuwe wet niet eerder in dan op 1 januari 2011. Na inwerkingtreding verandert de wetgeving voor maatschappen en vof's. De wijzigingen betreffen vooral het Burgerlijk Wetboek. De fiscale wijzigingen zijn interessant voor maatschappen of vof's met onroerende zaken op de balans. Zij doen er verstandig aan om binnen een jaar na inwerkingtreding in actie te komen.

Wijzigingen Burgerlijk Wetboek

Benaming

Allereerst wijzigt de benaming. Een vof en een openbare maatschap worden straks een openbare vennootschap genoemd. De commanditaire vennootschap zal als variant van de openbare vennootschap blijven bestaan. De stille maatschap wordt straks een stille vennootschap genoemd. Bij een stille maatschap/vennootschap treedt men niet onder een gemeenschappelijke naam naar buiten.

Aansprakelijkheid

Bij de openbare vennootschap is iedere vennoot in beginsel hoofdelijk en voor het geheel verbonden. Iedere vennoot kan dus met zijn vermogen voor het geheel van een schuld van de openbare vennootschap worden aangesproken. Dit was al zo voor de vof, maar is nieuw voor de maatschap. De maten van een maatschap worden geconfronteerd met een verzwaarde aansprakelijkheid. Onder het huidige recht zijn maten niet voor het geheel, maar slechts voor gelijke delen aansprakelijk.

Ingeval een openbare vennootschap een 'opdracht' heeft uit te voeren, wordt de hoofdelijke aansprakelijkheid belangrijk genuanceerd. Indien de aansprakelijkheid namelijk voortvloeit uit een tekortkoming bij het uitvoeren van een opdracht, is alleen de vennoot aan wie de fout kan worden toegerekend hoofdelijk aansprakelijk. Van een 'opdracht' is sprake wanneer het – grof gezegd – gaat om een overeenkomst in de dienstensector. Denk aan overeenkomsten met een advocaat, notaris, architect, arts, consultant of accountant.

Rechtspersoonlijkheid

Vennoten in een openbare vennootschap kunnen ervoor kiezen om een vennootschap rechtspersoonlijkheid te laten verwerven. In dat geval staat het vermogen van de vennootschap formeel op naam van de vennootschap. Dit vergemakkelijkt de juridische formaliteiten bij toe- en uittrading en de opvolging van vennoten.

Let op: De keuze van rechtspersoonlijkheid heeft geen enkele invloed op de aansprakelijkheid van de vennoten met hun privévermogen naast de vennootschap.

Voor het verwerven van rechtspersoonlijkheid is een notariële akte noodzakelijk.

Fiscale aspecten

Winstbelasting

Op het gebied van de heffing van de belasting over de winst van de openbare of stille vennootschap verandert er niets. De winst van de vennootschap wordt rechtstreeks toegerekend aan de vennoten en aldaar belast. Deze fiscale transparantie blijft ook gelden ingeval de vennootschap civielrechtelijk rechtspersoonlijkheid heeft gekregen.

Overdrachtsbelasting

Op het gebied van de overdrachtsbelasting (= 6% heffing bij verkrijging van onroerende zaken) treedt wel een belangrijke wijziging op.

Bij toe- of uittreden van vennoten spelen thans vaak problemen bij de te betalen overdrachtsbelasting, ingeval de vennootschap onroerende zaken (bedrijfspan, kantoor en dergelijke) op de balans heeft staan.

Onder de nieuwe wetgeving kunnen deze problemen worden vermeden door te kiezen voor een vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De omzetting naar een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid is vrijgesteld van overdrachtsbelasting, mits deze omzetting binnen een jaar na inwerkingtreding van de wet heeft plaatsgevonden. Toe- en uittreding van vennoten kan vervolgens in beginsel zonder heffing van overdrachtsbelasting plaatsvinden. Dit is een belangrijk voordeel van de nieuwe wetgeving.

Actiepunt: maatschappen of vof's met onroerende zaken doen er verstandig aan om binnen een jaar na de inwerkingtreding van de wet zich om te vormen naar een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid.

NAAR EEN FLEXIBELE BV

De regels om een bv op te richten worden eenvoudiger. De bv als rechtsvorm moet hierdoor aantrekkelijker worden. Het wetsvoorstel ligt thans bij de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel past in een reeks voorstellen om het ondernemingsrecht te moderniseren. De datum van inwerkingtreding is nog niet bekend.

Voorgestelde wijzigingen

Meest in het oog springt de afschaffing van het minimumkapitaal van €18.000. Voor startende ondernemers wordt dit veelal als een belemmering gezien. Een bv kan in de toekomst met een zeer gering kapitaal worden opgericht.

Bij inbreng van een eenmanszaak in de bv of andere stortingen op aandelen (niet in geld) is niet langer een accountantsverklaring vereist. De bestuurders kunnen zelf volstaan met een beschrijving en waardering van de inbreng op de aandelen.

Aan aandelen kunnen verschillende rechten worden toegekend. Zo kan er onderscheid worden gemaakt tussen aandelen met en aandelen zonder stemrecht. Door deze wijziging is certificering van aandelen minder snel nodig. Ook kan aan bepaalde aandelen meervoudig stemrecht worden toegekend, eventueel beperkt voor specifieke besluiten. Veelal wordt dit tot op heden in de aandeelhoudersovereenkomst vastgelegd. Ook kunnen aandelen met beperkte winstrechten worden uitgegeven. Zelfs aandelen zonder winstrecht zijn mogelijk.

Een bv die wordt overgenomen, mag geen zekerheid stellen ten behoeve van degene die haar heeft overgenomen. Dit verbod komt in het wetsvoorstel te vervallen. De financieringsmogelijkheden bij bedrijfsopvolging worden hierdoor verruimd. De wetgever vindt de bescherming van crediteuren nog steeds van groot belang. Zo mag er alleen dividend worden uitgedeeld als er voldoende vrije reserves zijn. Hoewel een groot aantal formaliteiten vervalt, moet het bestuur van de bv wel een uitkeringstoets doen alvorens dividend uit te keren, kapitaal terug te betalen of eigen aandelen in te kopen. De bv moet haar schulden kunnen betalen. In de uitkeringstest moet worden gekeken naar liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit. Indien bestuurders deze regels negeren, riskeren zij hoofdelijke aansprakelijkheid.

Conclusie

Al met al biedt het wetsvoorstel voor ondernemers veel mogelijkheden. Jammer is wel dat met invoering van de uitkeringstoets veel onzekerheid dreigt te ontstaan in de praktijk. De criteria voor deze toets zijn immers door de wetgever (nog) niet concreet gemaakt. Een spoedige inwerkingtreding van het wetsvoorstel is evenwel toch gewenst. Overigens is voor de fiscale gevolgen van de flexibele bv nog maar zeer recent een wetsvoorstel ingediend.

VERKOOP OUDERLIJKE WONING MET VOORBEHOUD RECHT VAN BEWONING FISCAAL NIET MEER INTERESSANT

Vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Successiewet in 2010 kwam het veelvuldig voor dat de ouders de blote eigendom van de woning aan de kinderen verkochten. De ouders hadden dan zelf nog een 'recht van bewoning' en bleven in de woning wonen. Bij het overlijden van de ouders werd op basis van de Successiewet de woning geacht via het erfrecht te zijn verkregen, terwijl de eigendom in feite al bij de kinderen lag. De woning werd dus als 'fictieve verkrijging' in aanmerking genomen.

Op basis van een resolutie van het Ministerie van Financiën mocht voor de waarde van de woning worden aangesloten bij de waarde ten tijde van de verkoop aan de kinderen. De waardestijging ná verkoop aan de kinderen werd dus niet belast. Hierin lag ook het voordeel van deze constructie. Van de fictieve verkrijging mocht vervolgens ook nog de destijds betaalde koopsom worden afgetrokken inclusief gederfde rente.

Bij kwijtschelding van de koopsom mocht niet de koopsom, maar de verschuldigde overdrachtsbelasting inclusief gedeerde rente worden afgetrokken van het verschuldigde successierecht.

De resolutie is met ingang van 1 januari 2010 ingetrokken zonder overgangsregeling. Bij het overlijden van de ouders vanaf 1 januari 2010 wordt er dus niet meer gekeken naar de waarde ten tijde van de verkoop aan de kinderen, maar naar de actuele waarde (= WOZ-waarde).

Er is echter een aantal mogelijkheden om heffing te voorkomen:

1. het betalen van een jaarlijkse huur van 6% van de werkelijke waarde door de ouders aan de kinderen;

Let op: Als vóór 1 januari 2010 al een zakelijke huur werd betaald, geldt een overgangsmaatregel. Deze zakelijke huur kan worden voortgezet. De overeengekomen, zakelijke huur moet wel daadwerkelijk zijn én worden betaald, en waardevast zijn gehouden.

2. terugkoop van de blote eigendom van de kinderen. De ouders kopen de blote eigendom van de kinderen terug. De ouders kunnen dit bedrag rentedragend schuldig blijven. Over de koopsom is echter wel overdrachtsbelasting verschuldigd.

In sommige gevallen kan het ook verstandig zijn om de constructie maar in stand te laten. Dit is met name het geval indien de woning pas op latere leeftijd aan de kinderen is overgedragen. De werkelijke waarde en het opgeofferde bedrag inclusief oprenting zullen dan dicht bij elkaar liggen. Bij overdracht op jonge leeftijd kan het verschil tussen werkelijke waarde en opgeofferd bedrag dermate groot zijn, dat er veel successierecht moet worden betaald. De kosten van het terugdraaien van de constructie (= betalen overdrachtsbelasting) wegen dan wel op tegen de fictieve heffing.

Informeer in alle gevallen naar de passende oplossing voor uw situatie!

TOT SLOT

Voor meer informatie over voorgaande onderwerpen, kunt u uiteraard contact opnemen: contact@drjganzeveld.nl

Amsterdam, juli 2010

Mr. dr. J. Ganzeveld Fiscaal Juridisch Advies en Informatie B.V.

Alhoewel de in dit memorandum opgenomen algemene informatie met de grootst mogelijke zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaardt Mr. dr. J. Ganzeveld Fiscaal Juridisch Advies en Informatie B.V. geen enkele aansprakelijkheid voor de onvolledigheid of onjuistheid of de gevolgen daarvan. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate fiscale advisering waarbij de feiten en omstandigheden in de voorgelegde situatie worden onderzocht.