

Enige overwegingen bij de keuze tussen directe en indirecte onroerendgoedtransacties

Inleiding

Verkrijging van onroerend goed in Nederland wordt door velen niet direct geassocieerd met het ondernemingsrecht, maar in de huidige, commerciële, vastgoedpraktijk is dat beeld achterhaald. Steeds meer internationale partijen bewegen zich op de Nederlandse vastgoedmarkt, waaronder een aanzienlijk aantal institutionele beleggers. Mede door de sterk toegenomen populariteit van vastgoed als beleggingscategorie, ziet men in de praktijk steeds meer dat niet alleen bij verwerving van 'single assets', maar ook van omvangrijkere onroerendgoedportefeuilles regelmatig de afweging gemaakt wordt of men direct het onroerend goed wenst te verwerven, dan wel dat men kiest voor de overname van een vennootschap – meestal een BV –, die op haar beurt het onroerend goed in eigendom heeft.

Hoewel de Nederlandse vastgoedmarkt uiteraard een relatief gering transactievolume kent ten opzichte van bijvoorbeeld Duitsland of de Verenigde Staten, moet worden opgemerkt dat alleen al in 2006 voor ongeveer EUR 10 miljard Nederlandse onroerendgoedtransacties hebben plaatsgevonden (cijfers PropertyNL). Bij vele van deze onroerendgoedtransacties dienen, met name vanuit fiscaal oogpunt, bij de verwerving keuzes te worden gemaakt met betrekking tot de acquisitiestructuur, ook met het oog op een mogelijke toekomstige verkoop.

Vanzelfsprekend beoogt deze bijdrage geen uitputtend overzicht te geven van alle aspecten die een rol spelen bij de keuze tussen het direct dan wel indirect verwerven van onroerend goed, maar deze bijdrage dient meer als een globaal overzicht van een aantal aandachtspunten, zowel voor de verwerving als voor de mogelijke verkoop in de toekomst.

Met inachtneming van het vorenstaande zal hierna een overzicht worden gegeven van diverse aandachtspunten die een rol kunnen spelen bij de afweging tussen directe verwerving en indirecte verwerving van onroerend goed.

Afwegingen bij de directe dan wel indirecte verwerving van onroerend goed

Zoals dat vaak het geval is bij acquisitiestructurering zijn regelmatig de eerste 'prikkel' fiscaal van aard. Allereerst volgen hierna dan ook enige fiscale beschouwingen rondom de directe versus de indirecte onroerendgoedtransacties. Daarna wordt stilgestaan bij een aantal civiele aandachtspunten.

Fiscale aspecten¹

Vanuit fiscaal oogpunt zijn er legio – doorgaans doorslaggevende – redenen om voor de directe of indirecte route te kiezen. Een aantal in het oog springende aspecten zijn:

Vennootschapsbelasting

Zowel in Nederland als in het buitenland gevestigde entiteiten kunnen aan Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen zijn voor inkomsten uit hun Nederlands onroerend goed. In dit artikel zal slechts de positie van in Nederland gevestigde entiteiten worden behandeld.

Een directe overdracht van het onroerend goed zal zowel voor de verkoper als voor de koper andere gevolgen hebben voor de vennootschapsbelasting dan een overdracht van de aandelen in een onroerendgoedvennootschap.

Bij een directe overdracht van het onroerend goed moet de verkopende vennootschap het verschil (de stille reserve) tussen de verkoopprijs en de – veelal lagere – fiscale boekwaarde tot haar winst rekenen. Belastingheffing over deze winst bij een directe verkoop van het onroerend goed kan de verkopende vennootschap echter onder omstandigheden uitstellen door een herinvesteringsreserve te vormen. Indien deze herinvesteringsreserve niet gevormd kan worden, is het voor de verkopende vennootschap veelal voordeliger de aandelen van een (onroerendgoed)vennootschap te verkopen in plaats van direct het onroerend goed. De reden daarvoor is dat als sprake is van een verkoop van de aandelen, de winst die daarbij gerealiseerd wordt door de verkopende vennootschap, veelal onder de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld zal zijn van vennootschapsbelasting. Het voordeel van de indirecte verkoop bestaat dus uit de belastingheffing die over de hiervoor bedoelde stille reserve verschuldigd zou zijn bij een directe verkoop. Dit voordeel wordt vaak door verkrijger en vervreemder gedeeld in de vorm van een korting op de koopprijs van de aandelen.

Opgemerkt dient te worden dat, indien de verkopende vennootschap een verlies zou leiden bij de verkoop van het onroerend goed en de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn, het voor de verkopende vennootschap aantrekkelijker kan zijn het onroerend goed direct te verkopen. De directe verkoop zou dan een aftrekbaar verlies opleveren, terwijl bij een indirecte verkoop het verlies – door de deelnemingsvrijstelling – niet aftrekbaar is.

Indien de onroerendgoedvennootschap in de jaren voorafgaand aan de verkoop verliezen geleden heeft, dan kan een directe overname van het onroerend goed als voordeel hebben dat de verkopende vennootschap de verkoopwinst kan verrekenen met de verliezen van de voorgaande jaren, terwijl de koper het pand tegen de koopprijs op de balans kan zetten om hier vervolgens op af te schrijven. Indien de onroerendgoedvennootschap de voorgaande jaren verliezen geleden heeft en er geen winst met de verkoop behaald wordt, kan het voordeliger zijn de onroerendgoedvennootschap te

verkopen; toekomstige winsten behaald met het onroerend goed zouden dan, in principe, met de in de vennootschap aanwezige verliezen kunnen worden verrekend, mits het onroerend goed niet als belegging aangehouden wordt.

Een ander belangrijk verschil voor de koper is gelegen in de mogelijkheid op het onroerend goed af te schrijven. In tegenstelling tot de indirecte overdracht van onroerend goed, heeft een directe overdracht van het onroerend goed voor de verkrijger als voordeel dat deze het onroerend goed tegen de koopprijs op de fiscale balans kan zetten en daar vervolgens op af kan schrijven. Deze afschrijvingen zullen de winst verlagen. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat als gevolg van de herziening van de vennootschapsbelasting per 2007, de afschrijving van onroerend goed grofweg beperkt is tot 50% van de WOZ-waarde in het geval het onroerend goed in eigen gebruik is of tot 100% van de WOZ-waarde in het geval het onroerend goed ter belegging wordt aangehouden. Zowel bij een directe als bij een indirecte verkrijging van het onroerend goed moeten de kosten die aan de verwerving gerelateerd zijn (zoals overdrachtsbelasting), als onderdeel van de kostprijs worden geactiveerd. In geval van de directe overdracht worden deze kosten als onderdeel van de kostprijs van het onroerend goed geactiveerd en kan er in principe op deze kosten worden afgeschreven (met inachtneming van bovengenoemde beperkingen). In geval van een indirecte overdracht maken deze kosten deel uit van de kostprijs van de deelneming en kan er niet op afgeschreven worden.

In het kader van het vorenstaande merken wij nog op dat een CV of VOF voor toepassing van de vennootschapsbelasting als fiscaal transparant aangemerkt kan worden indien voor de overdracht van een participatie toestemming van alle andere vennoten vereist is. In dat geval zal in fiscale zin de overdracht van een participatie in de CV of VOF als een directe overdracht van het onroerend goed worden beschouwd.

Omzetbelasting

De directe overdracht van onroerend goed is in principe vrijgesteld van omzetbelasting tenzij – globaal genomen – (1) er sprake is van een onroerende zaak die nog niet of uiterlijk twee jaar daarna voor het eerst in gebruik genomen is (denk aan bouwterreinen en nieuw vervaardigd onroerend goed), of (2) de verkrijger en vervreemder opteren voor een met omzetbelasting belaste levering. Dat laatste zal slechts mogelijk zijn indien de verkrijger het onroerend goed voor ten minste 90% zal gebruiken voor met omzetbelasting belaste prestaties.

Bij de directe overdracht van onroerend goed dient de zogenoemde ‘herzieningstermijn’ in acht te worden genomen. Gedurende die herzieningstermijn, die aanvangt in het boekjaar waarin het onroerend goed (belast met omzetbelasting) wordt verkregen tot en met de negen daaropvolgende jaren, is de aftrek van de in rekening gebrachte omzetbelasting nog niet definitief. Mocht ge-

1. Met dank aan mr. M. Kloes, fiscalist bij Loyens & Loeff.

durende de herzieningstermijn het gebruik van het onroerend goed wijzigen van een belast gebruik voor de omzetbelasting naar een gebruik dat vrijgesteld is voor de omzetbelasting (en vice versa, voor zover het onroerend goed bij de verwerving deels al voor vrijgestelde prestaties werd aangewend), dan moet de eerder in aftrek gebrachte omzetbelasting worden herzien.

De overdracht van aandelen (de indirecte verkrijging van onroerend goed) is vrijgesteld van omzetbelasting. Bij een overdracht van aandelen behoudt de overgenomen vennootschap het onroerend goed, als gevolg waarvan de positie van de overgenomen vennootschap voor wat betreft de omzetbelasting ongewijzigd wordt voortgezet. Op deze manier wijzigt onder meer de herzieningstermijn niet.

Opgemerkt dient nog te worden dat als een onroerend goed deel uitmaakt van een overgedragen onderneming of een zelfstandig deel daarvan, ook bij de directe overdracht van het onroerend goed – in het kader van de overdracht van die onderneming – de herzieningstermijn, onder voorwaarden, kan doorlopen.

Overdrachtsbelasting

Bij een directe verwerving van onroerend goed is in principe 6% overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van het onroerend goed. In geval van een levering die van rechtswege belast is met omzetbelasting is onder de zogenoemde samenloopregeling een vrijstelling van overdrachtsbelasting mogelijk.

Ook indien een rechtspersoon, al dan niet samen met verbonden personen of lichamen, voor meer dan een derde – of een natuurlijk persoon voor meer dan 7% – van het geplaatste aandelenkapitaal middellijk of onmiddellijk aandeelhouder wordt van een zogenoeten ‘artikel 4-vennootschap’, is overdrachtsbelasting verschuldigd. Van een ‘artikel 4-vennootschap’ is – blijkens artikel 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer – sprake indien (1) meer dan 70% van de bezittingen van de vennootschap bestaat uit onroerend goed of aandelen in een andere ‘artikel 4-vennootschap’ (waarbij een referentieperiode van één jaar geldt, inhoudende dat indien een lichaam op enig moment in het jaar voorafgaande aan het tijdstip van de verkrijging van de aandelen voldeed aan de beziteis (dan wel na te melden doeleis), het lichaam op het moment van de verkrijging ook aan de beziteis (dan wel doeleis) voldoet, en (2) het onroerend goed voor meer dan 70% dienstbaar is aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren daarvan (waarbij eveneens een referentieperiode van één jaar geldt). Vennootschappen die derhalve meer dan 30% aan andere bezittingen hebben of hun onroerend goed voor meer dan 30% voor andere doeleinden gebruiken, vallen dus niet onder deze bepaling. Daarnaast wordt, door het creëren van structuren met vennootschappen bij het indirect verwerven van onroerend goed, in de huidige praktijk een poging gedaan om de hiervoor vermelde kernpunten van vermeld artikel 4 op andere wijze te omzeilen.

Inkomstenbelasting

Zowel Nederlandse als buitenlandse individuen kunnen aan Nederlandse inkomstenbelasting onderworpen zijn voor inkomsten uit hun Nederlands onroerend goed. Voor de belastingpositie moet onderscheid worden gemaakt tussen onroerend goed dat door de eigenaar in gebruik genomen wordt, en onroerend goed dat ter belegging aangehouden wordt. Tevens moet onderscheid worden gemaakt tussen onroerend goed dat in privé en onroerend goed dat in de onderneming gehouden wordt. Afhankelijk van bovengenoemde omstandigheden zullen de inkomsten uit het onroerend goed in box 1, 2 of 3 in de inkomstenbelasting worden betrokken. Wij zullen hier in dit artikel niet nader op ingaan.

Civiele aspecten

De navolgende aspecten op civiel gebied verdienen aandacht bij de afweging om voor de directe of de indirecte route te kiezen.

Aansprakelijkheden

Een van de eerste aandachtspunten zijn de risico's verbonden aan de verkrijging van het onroerend goed of de aandelen. Bij de overdracht van het onroerend goed zelf spelen alleen aansprakelijkheden uit hoofde van het onroerend goed een rol. Bij de overdracht van aandelen kunnen zich daarnaast nog andere aansprakelijkheden voordoen die in het geheel geen betrekking op het onroerend goed hebben, zoals pensioenrechten, arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten met de vennootschap in zijn algemeenheid, fiscale naheffingen, boetes, kortom: de historie van de vennootschap.

Complexiteit transactie documentatie

Door de verhoogde risico's voor aansprakelijkheden zal een eventueel uit te voeren *due diligence* bij een indirecte transactie omvangrijker zijn. Hier staat tegenover dat bij de verkoop en levering van een omvangrijke onroerendgoedportefeuille de eigenlijke overdracht eenvoudiger is, indien de aandelen van de vennootschap, die het onroerend goed houdt, worden overgedragen, in plaats van alle onroerende goederen afzonderlijk.

Financiering

De financiering van een directe verkrijging is doorgaans eenvoudiger, aangezien tot zekerheid voor de nakoming van betalingsverplichtingen het onroerend goed zelf als onderpand kan dienen jegens de financier. Bij de verkrijging van de aandelen zal de financier doorgaans een zekerheidsrecht op zowel de aandelen als het door de overgenomen vennootschap gehouden onroerend goed wensen. Hier kan een spanningsveld ontstaan met het financieel steunverbod (art. 2:207c BW), aangezien de (tot het onroerend goed gerechtigde) vennootschap dan in beginsel zekerheid verstrekt in het kader van de verkrijging van aandelen in haar kapitaal.

Nachgründung

Uiteraard kan bij zowel de directe als de indirecte overdracht artikel 2:204c BW (*Nachgründung*) een rol spelen, indien verwerving plaatsvindt door een vennootschap die in een eerder stadium was opgericht door de vervreemder. Dit probleem doet zich in de praktijk met name voor indien de beide bij de transactie betrokken partijen voorafgaand aan de eigenlijke overdracht van het onroerend goed een structuur opzetten om overdrachtsbelasting te besparen.

Vergunningen

Bij de overdracht van aandelen blijven de vergunningen op naam van de over te dragen vennootschap staan en hoeven niet op de naam van de verkrijger te worden gesteld door middel van een procedure tot wijziging van de tenaamstelling. Bij de directe overdracht van onroerend goed zal doorgaans wel een wijziging van de tenaamstelling nodig zijn. Bij een dergelijke wijziging van de tenaamstelling van de vergunningen kan het nog voorkomen dat de vergunningverlenende instantie nieuwe voorwaarden aan de nieuwe eigenaar oplegt.

Subsidies

De voordelen van in het verleden verleende subsidies – die over het algemeen persoonlijk en niet overdraagbaar zijn – zijn reeds genoten. Deze voordelen zullen bij de overdracht van onroerend goed in het voorkomende geval door de vervreemder dienen te worden terugbetaald aan de subsidieverlenende instantie. Bij de overdracht van aandelen blijven verleende subsidies in beginsel in de vennootschap achter en komen derhalve (indirect) ten goede aan de verkrijger.

Toe- en uittreden

Bij (grote) participaties is het zowel voor het toe- als het uittreden eenvoudiger om de investeerders aandelen in een vennootschap toe te kennen dan een aandeel in het onroerend goed. In het laatste geval ontstaat een gemeenschap ex artikel 3:170 BW. Binnen een dergelijke gemeenschap hebben de participanten allemaal zeggenschap (naar rato van hun aandeel) en dienen alle participanten medewerking te verlenen aan beschikkingshandelingen. De flexibiliteit en slagvaardigheid ten aanzien van investeringen en desinvesteringen worden hierdoor aanzienlijk beperkt. Het heeft in die situatie sterk de voorkeur om de zeggenschap toe te kennen aan een bestuur en aandelen (of zelfs certificaten daarvan) in een vennootschap aan de participanten toe te kennen.

Persoonlijke omstandigheden verkrijger(s)

Bij een groep participanten waarvan natuurlijke personen deel uitmaken, kunnen zich nog andere problemen voordoen. Natuurlijke personen kunnen overlijden, scheiden of anderszins in hun beheers-/beschikkingsbevoegdheid worden beperkt, waardoor de overige participanten ineens met een andere partij en niet-zakelijke sentimenten geconfronteerd kunnen worden. Dit bezwaar is, in geval iedere participant 'slechts' aandelen in het kapitaal van de vennootschap bezit, beperkt tot die aandelen. Deze bezwaren kunnen

overigens deels worden ondervangen met overeenkomsten tussen de participanten, zoals bijvoorbeeld beheersregelingen ten aanzien van de activa, het verbinden van kwaliteitseisen aan het zijn van participant en uitkoopregelingen.

Naast de genoemde fiscale en civiele aspecten kan ook het publieke recht nog invloed hebben op de keuzemogelijkheden. Het voert echter te ver om dat ook in dit artikel te behandelen.

Slot

Bij de afwegingen die leiden tussen de uiteindelijke keuze voor een directe dan wel indirecte onroerendgoedtransactie, spelen, zoals blijkt, diverse aspecten een rol die bij iedere transactie in ogenschouw genomen zouden moeten worden. Deze afwegingen hebben zowel betrekking op de vervreemding als op de verwerving van onroerend goed. Uiteraard moeten de aard van de transactie en de hoedanigheid van partijen het wel mogelijk maken om een keuze te maken.

Uiteindelijk zullen – zoals zo vaak – ook hier de omstandigheden van het specifieke geval bij iedere afzonderlijke transactie bepalen welke van de genoemde aspecten de doorslag zal/zullen geven bij de keuze tussen 'direct' of 'indirect'.

Mr. G.E.H. ter Braak
Mr. R.A. Bol
Loyens & Loeff