

Casestudie Monumentenvrijstelling: aandelentransacties nog altijd 'ongelijk behandeld'?!

Wet BRV

Met het verschijnen van de uitspraak van de Hoge Raad van 23 februari 2007¹ en het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 oktober 2007² zou men verwachten dat de regeling omtrent de monumentenvrijstelling in de overdrachtsbelasting nu geheel duidelijk is. Echter, de praktijk is weerbarstig. In dit artikel zullen wij aan de hand van een actuele praktijkcasus enige knelpunten signaleren, waarbij duidelijk wordt dat er nog steeds verschillen in behandeling bestaan tussen een directe en een indirecte verkrijging van monumenten. Vervolgens geven wij enkele aanbevelingen om de gesignaleerde knelpunten op te lossen.



mr. S.X. de
Lange MRE



mr. H.J.A. van
der Meer

1. THEORETISCH KADER OVERDRACHTSBELASTING

In art. 15, lid 1, onder p, Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: Wet BRV) is een vrijstelling opgenomen voor de verkrijging van monumentenpanden in de zin van de Monumentenwet 1988. Om de vrijstelling te kunnen toepassen worden eisen gesteld aan het monument en aan de verkrijgende rechtspersoon. De achtergrond van de vrijstelling is om de verkrijging van monumenten door de bedoelde rechtspersonen te faciliteren gezien het belang dat met de instandhouding van monumenten is gediend. Hieronder zullen wij in hoofdlijnen ingaan op de eisen die worden gesteld aan de monumenten en aan de rechtspersonen.

1.1. Kwalificerende monumenten

Niet alle monumentenpanden vallen onder de vrijstelling. Het moet gaan om rijksmonumenten die zijn ingeschreven in een register krachtens de Monumentenwet 1988, zijnde een register van beschermde monumenten. Dit volgt uit art. 6, lid 1, Uitv.besl. BRV. Een onroerende zaak die als beschermd dorps- of stadsgezicht is ingeschreven in de Monumentenwet 1988 wordt niet als rijksmonument bestempeld. Ook gemeentemonumenten komen niet in aanmerking voor de vrijstelling.

Met de uitspraak van 23 februari 2007 van de Hoge Raad is komen vast te staan dat de verkrijging van aandelen in een monumentenrechtspersoon – een zogenoemde fictieve onroerende zaak – onder omstandigheden kan kwalificeren voor de vrijstelling. Hierdoor wordt het dus mogelijk om naast een directe verkrijging van monumenten, ook de verkrijging middels aandelen in een monumentenrechtspersoon (indirecte verkrijging) te scharen onder de vrijstelling. Dit is een aanzienlijke verruiming. Tot slot is met de publicatie van het besluit van 11 oktober 2007 komen vast te staan dat ook de verkrijging van een onverdeeld aandeel

of een appartementsrecht in een rijksmonument valt onder de vrijstelling. Ook dit is een verruiming voor de praktijk.³

1.2. Kwalificerende rechtspersoon/verkrijger

Naast de eisen die worden gesteld aan het monument worden eveneens eisen gesteld aan de verkrijgende rechtspersoon om voor de vrijstelling in aanmerking te komen. Op basis van de thans geldende wettekst moet het gaan om een in Nederland gevestigde rechtspersoon. Daarnaast moet de rechtspersoon naar het oordeel van de minister hoofdzakelijk, dat wil zeggen voor ten minste 70%, de instandhouding van kwalificerende monumenten ten doel hebben. Deze doeleis moet worden vastgelegd in de statutaire doelomschrijving van de rechtspersoon.

In de praktijk zal het hierboven genoemde *hoofdzakelijkheids-criterium* worden getoetst aan de hand van de activa van de rechtspersoon. De Belastingdienst is van mening dat aan het hoofdzakelijkheids-criterium wordt voldaan, indien de activa van de verkrijger voor ten minste 70% bestaan uit kwalificerende rijksmonumenten. Wij gaan ervan uit dat de toets moet plaatsvinden op basis van de waarde in het economische verkeer van de activa. Hoe precies moet worden omgegaan met aandelen in een te verwerven monumentenrechtspersoon op de balans van de verkrijger is niet duidelijk. Wij zijn van mening dat de waarde van deze aandelen in ieder geval worden aangemerkt als kwalificerende activa voor de toetsing van het hoofdzakelijkheids-criterium. Wij zien voorts nog geen aanwijzing of wettelijke basis om de activa van de monumentenrechtspersoon zelf toe te rekenen aan de verkrijgende rechtspersoon. Vergelijk in dit kader art. 4, lid 4, Wet BRV, waarin dit wel het geval is.

De verplichte vestigingsplaats van de verkrijgende rechtspersoon wordt met ingang van 1 januari 2009 overigens niet meer gesteld.⁴ Dit betekent dat ook buitenlandse rechtspersonen de monumentenvrijstelling kunnen toepassen, mits

wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden. Het opheffen van de verplichte vestigingsplaats houdt direct verband met het feit dat deze voorwaarde mogelijk een verboden directe of indirect discriminatie naar nationaliteit zou inhouden.⁵

Tot slot dient de rechtspersoon bovenbeschreven doel voor ten minste 25 jaar na te streven. Dit kan worden opgemaakt uit art. 6, lid 2, onder b, Uity. besl. BRV. Hier is namelijk opgenomen dat de vrijstelling wordt teruggenomen, wanneer binnen een tijdvak van 25 jaar volgende op de verkrijging van het monument, de verkrijger niet meer hoofdzakelijk de instandhouding van monumenten ten doel heeft. Deze – zoals wij die noemen – *continuïteitseis* kan in de praktijk tot oneffenheden leiden.

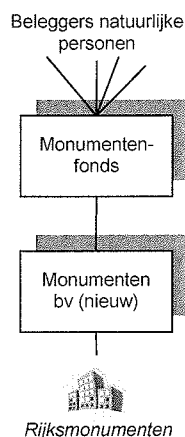
1.3. Bevoegdheid Belastingdienst

De Belastingdienst Oost/Brabant, kantoor Den Bosch is door de staatssecretaris van Financiën gemandateerd om een rechtspersoon aan te wijzen als monumentenrechtspersoon. De Belastingdienst zal daarbij voornamelijk toetsen of de rechtspersoon hoofdzakelijk de instandhouding van monumenten ten doel heeft. Hierbij is het van belang dat de (concept)statuten van de rechtspersoon op juiste wijze worden vormgegeven. Indien reeds sprake is van een bestaande monumentenvennootschap is de toets van de Belastingdienst bij een verkrijging in beginsel niet nodig.

2. PRAKTIJKCASUS⁶, KNELPUNTEN EN OPLOSSINGEN

2.1. Casus

De volgende casus doet zich in onze praktijk voor. Een initiatiefnemer van beleggingsproducten die actief is op de particuliere beleggingsmarkt is voornemens een Monumentenfonds te lanceren. Hiertoe zal een nieuw beleggingsvehikel worden geformeerd dat zal investeren in rijksmonumenten. De beleggingen in rijksmonumenten worden ondergebracht in een nieuw op te richten Monumenten bv. De beoogde fondsstructuur laat zich als volgt weergeven:



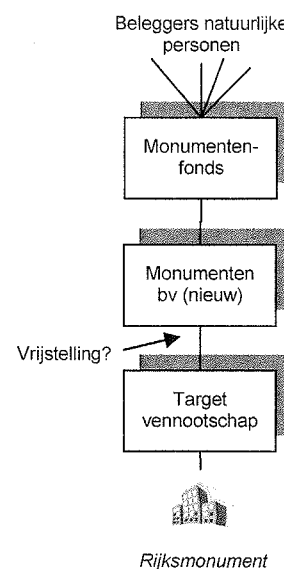
De te verwerven rijksmonumenten worden aangeboden in de vorm van een aandelentransactie. Oftewel, een indirecte verkrijging van de rijksmonumenten door middel van de verkrijging van de aandelen in een monumentenrechtspersoon, een fictieve onroerende zaak in de zin van art. 4 Wet BRV. Dit betekent dat de Monumenten bv de aandelen zal verkrijgen in een andere monumentenrechtspersoon (hierna: target vennootschap).

Vanuit de verkoper gezien is dit een logische stap. Behoudens het feit dat de verkoper niet hoeft af te rekenen over de fiscale boekwinst bij vervreemding voor vennootschapsbelastingdoeleinden, voorkomt de vervreemding van de aandelen dat mogelijk niet meer wordt voldaan aan de continuïteitseis. Immers, als gevolg van het niet voldoen aan de continuïteitseis kan de geclaimde monumentenvrijstelling alsnog worden teruggenomen, met alle gevolgen van de overdrachtsbelasting voor de verkoper.

2.2. Knelpunten

Voor de verkrijging van de fictieve onroerende zaak wil de verkrijger (Monumenten bv) de monumentenvrijstelling inroepen. Aangezien Monumenten bv een nieuw opgerichte rechtspersoon is – die nog geen monumentenbelegging bezit – zal een formele aanwijzing als ‘monumentenrechtspersoon’ noodzakelijk zijn voor de toepassing van de vrijstelling. Zoals wij in paragraaf 1.2 en 1.3 hebben beschreven, wordt door de Belastingdienst in Den Bosch getoetst aan de statutaire doelomschrijving en of de activa van de rechtspersoon voor ten minste 70% bestaan uit rijksmonumenten. De Belastingdienst stelt dat dit cumulatieve eisen zijn.

Deze laatste voorwaarde levert in deze casus volgens de Belastingdienst een probleem op. Het betreft hier namelijk een nieuw opgerichte monumentenrechtspersoon. De activazijde van Monumenten bv bevat derhalve (nog) geen rijksmonumenten. Bovendien zal de eerste verkrijging bestaan uit een fictieve onroerende zaak. Met betrekking tot dit laatste punt stelt de Belastingdienst zich op het standpunt dat een rechtspersoon die slechts aandelen houdt of gaat houden in een monumentenrechtspersoon niet voldoet aan het hoofdzakelijkheids criterium, met als enige motivering dat de monumentenrechtspersoon op het moment van verkrijging van de aandelen geen onroerende zaken in eigendom heeft. Dat betekent dat nog steeds een onderscheid wordt aangebracht tussen een rechtstreekse verkrijging van rijksmonumenten en een indirecte verkrijging van rijksmonumenten door middel van aandelen in een monumentenrechtspersoon. Immers: de eerste directe verkrijging van een onroerende zaak door een nieuw opgerichte vennootschap kwalificeert wél voor de vrijstelling. Het standpunt van de Belastingdienst lijkt strikt en onbegrijpelijk. Dit ondanks de zeer duidelijke uitspraak van de Hoge Raad van 23 februari 2007. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:



Volgens de Belastingdienst moet art. 15, lid 1, onder p, Wet BRV strikt worden toegepast en is het voor Monumenten bv niet mogelijk aandelen in een monumentenrechtspersoon vrijgesteld van overdrachtsbelasting te verkrijgen indien Monumenten bv (de verkrijgende vennootschap) nog geen rijksmonument als activum op de balans houdt. Alleen een rechtspersoon die via rechtstreekse levering een rijksmonument heeft/verkrijgt, komt voor de status van monumentenrechtspersoon en daarmee voor de vrijstelling in aanmerking.

2.3. Oplossingen

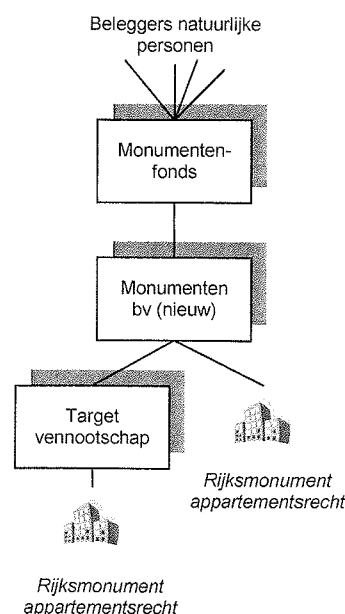
Om toch de vrijstelling te kunnen inroepen kan het volgende worden overwogen. Het Monumentenfonds kan op zoek gaan naar een lege, reeds bestaande en aangewezen monumentenrechtspersoon in plaats van om zelf een nieuwe op te richten. In de praktijk blijkt dat deze lege monumentenrechtspersonen niet of nauwelijks voorhanden zijn, mede door het grote risico van het niet kunnen voldoen aan de continuïteitseis. Weliswaar is in het besluit van 11 oktober 2007 een tegemoetkoming opgenomen met betrekking tot deze continuïteitseis. De vrijgestelde overdrachtsbelasting wordt niet *direct* alsnog verschuldigd bij de vervreemding van het laatste monument, onder de voorwaarde dat de monumentenrechtspersoon binnen zes maanden opnieuw een rijksmonument verkrijgt. Echter, het risico te blijven zitten met een lege monumentenrechtspersoon en het daardoor niet kunnen voldoen aan de continuïteitseis is te groot.

Ook het verwerven van een willekeurig rijksmonument door Monumenten bv direct gevolgd door een vervreemding daarvan zal naar de visie van de Belastingdienst niet voldoende zijn om Monumenten bv rechtsgeldig aan te merken als monumentenrechtspersoon. Volgens de Belastingdienst past dit niet binnen de gestelde continuïteitseis. Immers, vóór de verkrijging van het monument staat de vervreemding daarvan reeds vast. De Belastingdienst geeft hiermee impliciet aan dat de intentie ten tijde van de verkrijging van belang is. De intentie van 'handel' laat zich niet verenigen met de continuïteitseis, aldus de Belastingdienst. Hieruit leiden wij derhalve af dat de verkrijging moet plaatsvinden met het oogmerk om de onroerende zaak in eigendom te behouden.

Tot slot kan worden gedacht om het beoogde rijksmonument te splitsen in appartementsrechten. Na de splitsing in appartementsrechten kan – vooruitlopend op de aandelenlevering – één appartementsrecht aan Monumenten bv worden geleverd. Op grond van het besluit van 11 oktober 2007 komt de verkrijging van een appartementsrecht in een rijksmonument eveneens in aanmerking voor monumentenvrijstelling. In onze casus bleek dat binnen het rijksmonument zelfstandige eenheden waren te onderscheiden, waardoor een splitsing in appartementsrechten goed mogelijk was.⁷ Na de directe levering van het ene appartementsrecht vond de indirecte levering plaats, met op de balans van de vennootschap het andere appartementsrecht.

Naast de vereiste medewerking van de verkoper en de eventuele verkrijging van de benodigde splitsingsvergunning brengt een splitsing en rechtstreekse levering ook de nodige kosten met zich mee. En wat te denken als het rijksmonu-

ment op grond staat dat door de gemeente is uitgegeven in erfpacht? Daarnaast heeft de rechtstreekse levering ook fiscale gevolgen voor de target vennootschap, zoals de realisatie van de stille reserve in het appartementsrecht. Allemaal zaken waar rekening mee dient te worden gehouden. Na de aandelenlevering ziet de structuur er als volgt uit.



Bovenstaande suggesties zijn echter niet echte oplossingen, maar meer kunstgrepen om toch te kunnen voldoen aan het gehanteerde beleid dat slechts een aanwijzing als monumentenrechtspersoon kan plaatsvinden na een eerste rechtstreekse verkrijging van een rijksmonument. Dit kan naar onze mening niet de bedoeling zijn van de wetgever en leidt slechts tot extra kosten bij de verkrijger.

3. AANBEVELINGEN

Zoals wij in paragraaf 2 hebben weergegeven wordt door de Belastingdienst bij het aanwijzen van een monumentenrechtspersoon nog steeds onderscheid aangebracht tussen een eerste rechtstreekse verkrijging van een rijksmonument en de eerste verkrijging van een fictieve onroerende zaak, zijnde aandelen in een monumentenvennootschap. Het standpunt van de Belastingdienst leidt er in de praktijk toe dat een rechtspersoon die een fictieve onroerende zaak verkrijgt slechts een beroep kan doen op de monumentenvrijstelling als de rechtspersoon zelf reeds een rijksmonument bezit. Dit standpunt is naar onze mening in strijd met de uitspraak van de Hoge Raad van 23 februari 2007.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest duidelijk aangegeven dat het systeem van de Wet BRV meebrengt dat onder 'verkrijging van monumenten' in de vrijstellingsbepaling tevens moet worden verstaan de verkrijging van aandelen die als gevolg van de wetsfictie als fictieve onroerende zaak worden aangemerkt. In feite wordt onder vigeur van de antimisbruikwetgeving, die art. 4 BRV is, juist een heffingsmogelijkheid gecreëerd. Wij bepleiten dan ook dat het beleid van de Belastingdienst op dit punt wordt aangepast zodat geen ongelijke behandeling meer ontstaat bij een eerste verkrijging door een nieuw aan te wijzen monumentenrechtspersoon.

In paragraaf 2 hebben wij weliswaar beschreven dat via een aantal kunstgrepen toch kan worden bereikt dat een nieuw opgerichte monumentenrechtspersoon gebruik kan maken van de vrijstelling. Echter, deze kunstgrepen zouden naar onze mening niet nodig moeten zijn.

Voorts zijn wij van mening dat de tegemoetkoming met betrekking tot de vervreemding van het laatste monument zoals opgenomen in het besluit van 11 oktober 2007 ook moet gelden voor een fictieve onroerende zaak. Meer in het algemeen daar waar in de wet of het besluit wordt gesproken van monumenten, moet ook een fictieve onroerende zaak (monumentenrechtspersoon) worden begrepen. Op dit punt zouden de wet en het besluit kunnen worden aangepast, nu er geen goede motivering te bedenken is voor deze ongelijke behandeling.

Verder verdient het aanbeveling om duidelijkheid te creëren op welke wijze een fictieve onroerende zaak moet worden meegenomen bij de toetsing of wordt voldaan aan het hoofdzakelijkheids criterium. Dat een monumentenrechtspersoon als rijksmonument worden beschouwd voor de toetsing aan het hoofdzakelijkheids criterium is evident. Wellicht dat een consolidatie van een fictieve onroerende zaak wenselijk is. In dat geval moet naar onze mening art. 4, lid 4 Wet BRV van overeenkomstige toepassing worden verklaard op art. 15, lid 1, onder p, Wet BRV.

Tot slot vinden wij het een gemis dat het besluit van 17 oktober 2007 slechts een tegemoetkoming geeft voor de continuïteitseis bij een juridische fusie. Naar onze mening zou een liquidatie van een monumentenrechtspersoon in bepaalde gevallen eveneens in aanmerking moeten komen voor de tegemoetkoming.

Een aandelentransactie van een monumentenvennootschap wordt nog immer niet gelijk behandeld. Door het arrest van de Hoge Raad en het besluit van de staatssecretaris van Financiën is het tij weliswaar gekeerd, maar wij zijn er nog niet.

Mr. S.X. de Lange MRE is als fiscalist werkzaam bij de Real Estate Group van PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs NV te Amsterdam.

Mr. H.J.A. van der Meer is werkzaam als advocaat bij de Real Estate & Construction Group van CMS Derks Star Busmann te Utrecht.

1 BNB 2007/167c*.

2 Besluit staatssecretaris van Financiën 11 oktober 2007, nr. CPP2007-1608M, *Stcrt.* 2007, 202 en 209.

3 Zie ook M. Wörsdörfer, 'Monumentale finale', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2008/02, p. 9-11.

4 Wetsvoorstel 31 404, Overige fiscale maatregelen II.

5 Zie ook S.X. de Lange, 'Wetsvoorstel 30 533 en enkele gevolgen voor beleggingsinstellingen in de vastgoedsector', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2008/3, p. 7-10.

6 Het betreft hier een vereenvoudigde praktijkcasus die in zijn geheel met de Belastingdienst is afgestemd.

7 Onder het begrip appartementsrecht zoals dit in art. 5:106, lid 3, BW is omschreven, dient te worden verstaan een aandeel in de eigendom van een onroerende zaak in welk aandeel is begrepen de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van de onroerende zaak die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als *afzonderlijk* geheel te worden gebruikt..