

Fiscaliteiten

Mw. Mr. M.J. Hoogeveen

In deze rubriek wordt een arrest van de Hoge Raad besproken omtrent de vorming van een vervangingsreserve bij de aan- en verkoop van appartementen. Verder wordt ingegaan op een Besluit van de staatssecretaris omtrent de financiering van doorlopende pensioenopbouw gedurende de pre-pensioenperiode.

Vervangingsreserve niet toegestaan (Hoge Raad, 26 april 2000, nummer 35.399).

Casus

Belanghebbende X BV verwerft, bezit, beheert, exploiteert en vervreemdt onroerende zaken. X BV kocht in 1986, 1987 en 1992 appartementencomplexen in verhuurde staat. Meteen na aankoop van de complexen stelt zij de huurders in staat om het appartement te kopen. Verder verkoopt zij de vrijgekomen appartementen waarvan de huur is beëindigd. Eind 1996 was van het ene complex de helft en van het andere 40% van de appartementen verkocht. X BV stelt dat zij de appartementen koopt met het oogmerk van belegging en dat de appartementen daarom bedrijfsmiddelen zijn. Belanghebbende wil dan ook voor de boekwinsten een vervangingsreserve vormen. De inspecteur staat vorming van de vervangingsreserve niet toe omdat hij van mening is dat de appartementen geen bedrijfsmiddel zijn, maar bestemd zijn voor de voorraad.

Beslissing

Volgens het hof is gebleken dat integraal voortgezette verhuur van de appartementen zou leiden tot een jarenlange negatieve cashflow. Hieruit leidt het hof af dat X BV de complexen heeft gekocht

om de appartementen per stuk te verkopen (uit te ponden). De complexen zijn dan geen bedrijfsmiddel maar voorraad. Dat X BV bepaalde appartementen gedurende de duur van haar bezit, welke kan oplopen tot een groot aantal jaren, 'noodgedwongen' verhuurt en aldus exploiteert, heeft niet tot gevolg dat deze het karakter van voorraad verliezen. Vorming van een vervangingsreserve is niet mogelijk.

De Hoge Raad bevestigt zonder nadere motivering het oordeel van het hof dat geen vervangingsreserve mogelijk is bij uitponding van appartementencomplexen.

Aantekening

Een vervangingsreserve mag, mits de BV een vervangingsvoornemen heeft, worden gevormd voor de boekwinst die bij vervreemding van een bedrijfsmiddel wordt gemaakt. Uiteraard is dit niet toegestaan in het geval de winst wordt gemaakt met de verkoop van voorraad (handelsactiviteiten). De vraag waarop in deze casus antwoord moet worden gegeven, is dus wanneer sprake is van voorraad en wanneer van een bedrijfsmiddel. Het onderscheidende element bij deze rechtsvraag is of het appartement bestemd is voor de omzet (voorraad) of voor de bedrijfsuitoefening (in casu de exploitatie van onroerende zaken). De beantwoording van deze rechtsvraag is uiteraard afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit het gedrag van X BV en de beschikbare feiten blijkt dat X BV de appartementen met geen ander doel heeft gekocht dan deze weer met winst door te verkopen. De winst wordt veelal bereikt door de aankoop in verhuurde staat, gevolgd door verkoop in onverhuurde staat. Als de zittende huurder het appartement niet wil kopen, zal X BV wachten met verkoop totdat het appartement leeg komt. Dit betekent dat het enige tijd kan duren voordat een appartement verkocht zal gaan worden. Met het hof ben ik van mening dat

Mw. Mr. M.J. Hoogeveen is verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Katholieke Universiteit Brabant en inspecteur bij de Belastingdienst te Hilversum.

de verhuur van de appartementen in afwachting van de verkoop, niet bewerkstelligt dat daarmee de appartementen het karakter van voorraad verliezen; zelfs niet als de periode van verhuur lange tijd duurt. Het feit dat gedurende de eerste jaren een negatieve cashflow ontstaat, acht ik overigens van weinig belang. Het sterkt wellicht de stelling van de inspecteur dat sprake is van voorraad, maar niet meer dan dat. Doorslaggevend moet zijn de uit de gedragingen volgende intentie waarmee X BV de appartementen heeft gekocht. In casu zijn de appartementen bestemd voor de handel. Daarmee is de conclusie van het hof en de Hoge Raad juist.

Financiering van doorlopende pensioenopbouw gedurende de prepensioenperiode. Besluit staatssecretaris van Financiën, 31 maart 2000, nr. 2000/972

Gedurende de periode dat een werknemer met prepensioen is, kan de pensioenopbouw worden voortgezet. De pensioenregeling wordt daarmee niet onzuiver. Het is de vraag hoe deze pensioenopbouw gefinancierd moet c.q. kan worden. De staatssecretaris heeft over deze financiering op 31 maart jl. een Besluit uitgevaardigd, dat eerst op 23 mei via Internet naar buiten is gebracht. De staatssecretaris heeft als volgt besloten:

- 1 een eenmalige storting van een koopsom bij een verzekeringsmaatschappij op het moment van ingang prepensioen is toegestaan;
- 2 financiering gedurende de actieve pensioen maakt de pensioenregeling onzuiver omdat de afgefinancierde rechten bij ontslag meer bedragen dan een tijdsevenredig opgebouwd pensioen;
- 3 vorming van een voorziening ten laste van de fiscale jaarwinst is toegestaan, mits de behoorlijke kans bestaat dat de werknemer van de mogelijkheid van prepensioen gebruikmaakt.

Aantekening

De staatssecretaris heeft formeel gelijk indien hij stelt dat de pensioenregeling in fiscale zin onzuiver wordt als tijdens de actieve periode reeds tot affinanciering wordt overgegaan. Nadeel is echter wel dat nu geen affinanciering plaatsvindt de rechten van de werknemer niet zijn veiliggesteld. In elk geval zal de werknemer er op moeten toezien dat de affinanciering alsnog plaatsvindt op het moment dat hij met prepensioen gaat. Nu de staatssecretaris stelt dat de onzuiverheid zit in het geval de werknemer tussentijds ontslag neemt, zou wellicht de onzuiverheid voorkomen kunnen worden als bij de afstorting van de premies wordt bepaald dat de rechten die hiermee samenhangen

de werknemer alleen ten goede komen op het moment dat hij met prepensioen gaat. Aangezien hier geen zekerheid over bestaat, raad ik aan hier toe niet over te gaan dan na overleg met de inspecteur. Het onder punt 3 genomen besluit is geheel in overeenstemming met de jurisprudentie op dit gebied. De kosten horen weliswaar thuis in de actieve periode, maar dan alleen indien en voorzover de behoorlijke kans bestaat dat de werknemer met prepensioen zal gaan. Vergelijk bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad BNB 1985/1 (VUT-arrest) waarin een werkgever een reserve wilde vormen vanwege het feit dat hij uitgaven zou gaan doen op het moment waarop zijn werknemers met de VUT zouden gaan. De Hoge Raad oordeelde dat jaarlijkse reservering was toegestaan omdat de kosten zijn toe te rekenen aan het jaar waarin de arbeid wordt verricht. De hoogte van de reservering hing af van de blijfkans, de deelnamekansen en de sterftekansen.