

Hoge Raad geeft uitsluitsel over heffing overdrachtsbelasting bij verwerving belang in een onroerende-zaaklichaam

Inleiding

Op 15 oktober 2004 heeft de Hoge Raad een voor de praktijk belangrijk en gunstig arrest gewezen over de heffing van overdrachtsbelasting ter zake van de verkrijging van participaties in een maatschap die ten doel heeft het beleggen van vermogen in, kort gezegd, onroerende zaken.¹ De uitspraak van de Hoge Raad staat diametraal tegenover de gecasseerde uitspraak van het Hof Arnhem, welke uitspraak voor de praktijk verstrekkende consequenties zou hebben gehad, indien deze door de Hoge Raad zou zijn bevestigd.² Voor het begrip van de casus zullen wij eerst ingaan op de artikelen van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (Wet BR) die een belangrijke rol speelden: artikel 2 lid 2 en artikel 4 Wet BR. Vervolgens bespreken wij de casus, de uitspraak van het hof en het arrest van de Hoge Raad. Daarna gaan wij kort in op een aantal praktijkaspecten. Wij sluiten af met een conclusie.

Artikel 2 lid 2 en artikel 4 Wet BR

Algemeen

De beschrijving van artikel 2 lid 2 en artikel 4 Wet BR hierna (overigens in omgekeerde volgorde daar art. 4 Wet BR reeds bestond op het moment dat art. 2 lid 2 Wet BR werd ingevoerd) zal voor de lezer die niet dagelijks met de overdrachtsbelasting te maken heeft enigszins cryptisch zijn, maar het zal het begrip van de casus zeker ten goede komen. Wij raden de lezer dan ook aan de nu volgende alinea's niet de laatste te laten zijn die van deze bijdrage worden gelezen.

De overdrachtsbelasting strekt ertoe de verkrijging van onroerende zaken te belasten met 6% overdrachtsbelasting. Deze wordt geheven van de verkrijger van de onroerende zaak. De heffing van overdrachtsbelasting zou eenvoudig kunnen worden voorkomen door onroerende zaken in te brengen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De verkrijging van de aandelen zou zonder nadere regeling niet kunnen worden aangemerkt als de verkrijging van een onroerende zaak. Hierdoor zou de onroerende zaak door middel van een overdracht van de aandelen in feite zonder heffing van overdrachtsbelasting van eigenaar kunnen wisselen.

Artikel 4 Wet BR

In verband met het vorenstaande kent de Wet BR zogenoemde 'fictieve onroerende zaken'. Dit concept wordt

nader uiteengezet in artikel 4 Wet BR. Op grond van artikel 4 lid 1 onderdeel a Wet BR worden lidmaatschapsrechten en aandelen onder bepaalde voorwaarden gelijkgesteld met onroerende zaken. Het gaat, kort gezegd, om de volgende voorwaarden:

1. Er dient sprake te zijn van een lichaam in de zin van artikel 4 lid 10 Wet BR (zie hierna).
2. Het lichaam moet een in aandelen verdeeld kapitaal hebben.
3. Het lichaam dient het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van onroerende zaken te beogen.
4. De bezittingen van het lichaam moeten hoofdzakelijk bestaan uit onroerende zaken.

Artikel 4 lid 10 Wet BR bevat een ruime omschrijving van het begrip lichamen. Onder lichamen dienen in dit kader te worden verstaan verenigingen, andere rechtspersonen, vennootschappen en doelvermogens. Onder vennootschappen dient te worden verstaan hetgeen daaronder valt overeenkomstig de civielrechtelijke betekenis. Met betrekking tot de eis van het hebben van een in aandelen verdeeld kapitaal geldt dat dit begrip voor de overdrachtsbelasting zuiver formeel moet worden bezien. Dat de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap een in aandelen verdeeld kapitaal hebben, moge duidelijk zijn. Dit volgt immers uit artikel 2:64 BW respectievelijk artikel 2:175 BW. Voor andere lichamen, zoals een maatschap, is het minder duidelijk of sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat voor de toepassing van de overdrachtsbelasting een lichaam een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, indien er sprake is van participaties die een evenredig recht geven op een aandeel in het kapitaal.

Op grond van het voorgaande kan als lichaam in de zin van artikel 4 Wet BR dus heel wel hebben te gelden een maatschap, een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een fonds voor gemene rekening.

Het lichaam dient bovendien het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van onroerende zaken te beogen. Dit criterium wordt ook wel aangeduid als de 'doel-eis'. Het gaat bij deze eis vooral om de feitelijke activiteiten van een lichaam waarbij de statutaire doelomschrijving van een lichaam slechts een indicatie vormt voor de activiteiten. Gekeken wordt of het lichaam hoofdzakelijk – voor 70% of meer – onroerende zaken bezit of heeft bezeten in een bepaalde referentieperiode, die dienstbaar zijn geweest aan de exploitatie van of handel in onroerende zaken. Hierbij zijn slechts de activa van het lichaam van belang; naar de passiva wordt niet gekeken.

Indien een lichaam aan de voorwaarden 1 tot en met 4 voldoet, wordt het lichaam een 'onroerende-zaaklichaam' genoemd. Op grond van artikel 4 lid 3 Wet BR geldt dat de verkrijging van een belang in een onroerende-zaaklichaam slechts belast is, indien de verkrijger voor ten minste een

1. HR 15 oktober 2004, nr. 38.879.

2. Hof Arnhem 28 oktober 2002, nr. 00/01452.

derde gedeelte van het geplaatste kapitaal onmiddellijk of middellijk gerechtigde is c.q. wordt.

Artikel 2 lid 2 Wet BR

Het begrip verkrijging, waarbij voor de heffing van overdrachtsbelasting wordt aangesloten, ziet zowel op de juridische als op de economische eigendomsverkrijging. De verkrijging van economische eigendom als belastbaar feit is ingevoerd, omdat in de praktijk veelvuldig het economische belang in onroerende zaken werd overgedragen zonder dat de juridische eigendom, die veelal weinig tot niets waard is, werd overgedragen. Dit leidde niet tot de heffing van overdrachtsbelasting. Hier heeft de wetgever in 1995 rigoureuus een einde aan gemaakt door de invoering van artikel 2 lid 2 Wet BR, op basis waarvan de economische eigendomsverkrijging een belastbaar feit is geworden.³ Sinds de invoering van artikel 2 lid 2 Wet BR levert dus zowel de juridische eigendomsverkrijging als de economische eigendomsverkrijging van een onroerende zaak een belastbaar feit op voor de overdrachtsbelasting.

Onder economische eigendom wordt op grond van artikel 2 lid 2 Wet BR verstaan:

‘Een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde.’

De wetgever heeft bewust gekozen voor een ruime formulering van het begrip economisch eigendom. Als gevolg van deze ruime formulering is niet geheel duidelijk welke criteria een doorslaggevend rol spelen bij het bepalen of er sprake is van een overdracht van economisch eigendom. In ieder geval dient het samenstel van rechten en verplichtingen een belang bij de onroerende zaak te vertegenwoordigen en het belang dient ten minste enig risico van waardeverandering te omvatten. In dit kader rijst de vraag in hoeverre de bevoegdheid over een onroerende zaak te beschikken, een voorwaarde is voor economisch eigendom. Een andere belangrijke vraag is of het verkrijgen van een belang in een maatschap, een vennootschap onder firma of een fonds voor gemene rekening die louter onroerende zaken bezit, een belastbaar feit oplevert voor de overdrachtsbelasting. Er wordt immers een rechtstreeks belang verkregen in de onroerende zaak, omdat noch een maatschap, noch een vennootschap onder firma, noch een fonds voor gemene rekening rechtspersoonlijkheid bezit, als gevolg waarvan zij/het geen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen kan zijn.

3. Wet van 18 december 1995, Stb. 1995, 659. Deze wet had terugwerkende kracht tot 31 maart 1995, 18.00 uur.

De verkrijging van een bepaald percentage van de economische eigendom van een onroerende zaak valt ook onder de gehanteerde begripsomschrijving. Dit geldt zowel voor de situatie waarin een gedeelte van de volledige economische eigendom wordt overgedragen, als voor de situatie waarin een samenstel van rechten en verplichtingen wordt overgedragen, waarbij de volledige economische eigendom wordt benaderd. In geval van de verkrijging van een gedeelte van de economische eigendom is de heffingsgrondslag een percentage van de volledige eigendom, dan wel de hogere tegenprestatie.

*Wij zijn nog niet alleen?*⁴

Casus

De casus was, voorzover relevant, als volgt. Vier besloten vennootschappen hebben ieder participaties in een maatschap (hierna: de Maatschap) verkregen. Geen van deze vennootschappen verkreeg meer dan een derde gedeelte van de participaties in de Maatschap. De Maatschap heeft tot doel het beleggen van vermogen in onroerende zaken. De juridische eigendom van de onroerende zaken waarin door de Maatschap werd belegd, was in handen van een stichting die als bewaarder optrad.

De vraag die zich in dit verband voordeed, was of de verkrijging van een 32%-participatie in de Maatschap onderworpen was aan de heffing van overdrachtsbelasting. Ja, zei de inspecteur, namelijk omdat belanghebbende met deze verkrijging een direct belang heeft verkregen in de economische eigendom van de onroerende zaak in de zin van artikel 2 lid 2 Wet BR. Nee, zei belanghebbende, omdat hij van mening was dat nu hij slechts 32% van het in aandelen verdeelde kapitaal van de Maatschap verkreeg, er geen sprake was van een verkrijging van een substantieel belang (een derde of meer) als bedoeld in artikel 4 lid 3 Wet BR. Nu, aldus belanghebbende, artikel 4 Wet BR een *lex specialis* is van artikel 2 lid 2 Wet BR, is artikel 2 lid 2 Wet BR niet van toepassing.

Belanghebbende en inspecteur waren het er in de onderhavige casus over eens dat de Maatschap een in aandelen verdeeld kapitaal had en dat de aandelen in de Maatschap konden worden aangemerkt als aandelen in een onroerendezaaklichaam. Dit hield verband met de volgende bepaling die in het maatschapscontract was opgenomen:

‘Artikel 1

In deze bepalingen wordt verstaan onder: (...)

participatie: de inbreng van een vennoot in de maatschap van een bedrag van een miljoen gulden in contanten of een veelvoud daarvan, welke de vennoot een met zijn inbreng ten opzichte van de totale inbreng in de

4. Zeer vrij naar H. Mulisch: ‘Wij zijn onder elkaar’, in: *De Procedure*, Amsterdam: De Bezige Bij 1998.

maatschap evenredige aanspraak op het vermogen van de maatschap verschaft; (...).'

Hof Arnhem

Het Hof Arnhem ging in zijn overwegingen expliciet in op de totstandkoming van de Wet BR. Het hof stelde dat artikel 4 Wet BR al bestond op het moment dat artikel 2 lid 2 aan de Wet BR werd toegevoegd in 1995. Het hof overwoog dat door middel van de ruim geformuleerde economische-eigendomsverkrijging de wetgever kennelijk heeft aanvaard dat het binnen het systeem van de wet voorkomt, dat een verkrijging van eenzelfde zaak op hetzelfde tijdstip in beginsel twee belastbare feiten oplevert. Nu belanghebbende geen participatie van een derde of meer verkreeg van het nominaal gestorte kapitaal van de maatschap, deed zich geen belastbaar feit voor als bedoeld in artikel 4 Wet BR. Dit liet volgens het hof echter onverlet dat belanghebbende door deelname in het vermogen van de Maatschap een direct economisch (deel)belang verkreeg in de onroerende zaak, waarvan de juridische eigendom bij de stichting berustte en waarvan de economische eigendom in handen van de maten gezamenlijk was.

Het hof ging uit van een zekere overlap die bestaat tussen artikel 2 lid 2 en artikel 4 Wet BR, maar liet het argument van belanghebbende dat artikel 4 Wet BR een *lex specialis* is van de *lex generalis* artikel 2 lid 2 Wet BR voor wat het was. Het hof concludeerde dat de verkrijging van een belang in de Maatschap een belastbaar feit was voor de overdrachtsbelasting.

Hoge Raad

Belanghebbende heeft vervolgens cassatie ingesteld. Het eerste cassatiemiddel was gericht tegen het oordeel van het hof dat belanghebbende een direct economisch (deel) belang had verkregen in de onroerende zaken van de Maatschap en dus rechtstreeks onder de werking van artikel 2 lid 2 Wet BR viel. Hiervoor werd als voornaamste argument aangevoerd dat belanghebbende niet zelfstandig over de onroerende zaak kon beschikken. Het maatschapscontract bepaalde namelijk dat slechts bij eenstemmigheid van de vennoten kon worden besloten tot verkoop van de onroerende zaak. Het tweede middel was gericht tegen het oordeel van het hof dat artikel 4 Wet BR de toepassing van artikel 2 lid 2 Wet BR niet uitsluit.

De Hoge Raad komt, zoals gezegd, tot een uitspraak die diametraal tegenover die van het hof staat. Dit neemt niet weg dat ook de Hoge Raad overweegt dat de verkrijging van een belang in een maatschap tot het vermogen waarvan een onroerende zaak behoort, onder de werking van artikel 2 lid 2 Wet BR valt. Het eerste cassatiemiddel faalt dus. De Hoge Raad stelt uitdrukkelijk dat voor het kwalificeren van een rechtsverhouding als economische mede-eigendom niet is vereist dat elk van de deelgenoten zelfstandig enige beschikkingsmacht over de onroerende zaak kan uitoefenen. Daarnaast wordt impliciet door de Hoge Raad aange-

geven dat een belang in een onroerende-zaaklichaam zonder rechtspersoonlijkheid een direct economisch belang in de onderliggende onroerende zaak oplevert.

De Hoge Raad erkent echter wel de regel van de *lex specialis* versus de *lex generalis* en het tweede middel slaagt dan ook. De Hoge Raad overweegt daarbij dat artikel 4 Wet BR een anti-ontgaansbepaling is. Gezien het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen om voor de belastbaarheid op grond van artikel 4 Wet BR aan te knopen bij de verwerving van een belang van een derde of meer, overweegt de Hoge Raad dat het kennelijk niet de bedoeling is geweest iedere verkrijging die in beginsel onder artikel 4 Wet BR zou vallen, te belasten met overdrachtsbelasting. Dit uitgangspunt heeft, aldus de Hoge Raad, ook nog te gelden na invoering van artikel 2 lid 2 Wet BR, nu uit de wetsgeschiedenis bij dat wetsartikel geen ander uitgangspunt blijkt. De *lex specialis* sluit toepassing van de *lex generalis* uit.

Op grond van het hiervoor overwogene komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de verkrijging van aandelen in de Maatschap slechts belast is, indien belanghebbende een belang van een derde of meer in de Maatschap zou hebben verkregen, hetgeen niet het geval is nu belanghebbende 32% verkrijgt.

Praktijkaspecten

In de inleiding gaven wij reeds aan dat het hiervoor besproken arrest belangrijk en gunstig is voor de praktijk. Dit was eigenlijk nog een understatement. Indien de Hoge Raad belanghebbende in het ongelijk had gesteld, waren de gevolgen bijzonder ingrijpend geweest. Een deel van de beursgenoteerde vastgoedfondsen bestaat namelijk uit fondsen voor gemene rekening. Daarnaast bestaat er een groot aantal vastgoedmaatschappen en commanditaire vennootschappen. De overdracht van participaties in dergelijke entiteiten zou in dat geval een belastbaar feit hebben opgeleverd voor de overdrachtsbelasting, aangezien dergelijke entiteiten geen rechtspersoonlijkheid bezitten. Dit zou derhalve tot een onwerkbaar situatie leiden met een overvloed aan aangiften overdrachtsbelasting. Interessant in dit verband zou geweest zijn wat de Belastingdienst had willen ondernemen ten aanzien van in het verleden overgedragen participaties in dergelijke fondsen dan wel aandelen in maatschappen en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid. Op grond van artikel 20 lid 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) geldt ter zake van de verkrijging van de economische eigendom van onroerende zaken namelijk een naheffingstermijn van twaalf jaar. Daarbij komt dat het niet voldoen aan de verplichting om binnen een bepaalde termijn te verzoeken om een uitnodiging tot het doen van aangifte ex artikel 6 lid 3 AWR, een strafbaar feit oplevert (art. 68 lid 1 onderdeel a AWR).

Een vraag die zich in verband met dit arrest nog voordoet, is in hoeverre de uitkomst budgettaire gevolgen zal hebben. Naar het zich laat aanzien, werd tot op heden ter zake van de

verkrijging van aandelen in niet rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten welke kwalificeren als onroerende-zaaklichaam, geen dan wel nagenoeg geen aangifte overdrachtsbelasting gedaan. Wat dat betreft, zullen de budgettaire gevolgen, indien deze er al zijn, derhalve gering zijn.

Het voorgaande roept vervolgens de vraag op of de wetgever, wellicht ter voorkoming van eventuele toekomstige derving van 's Rijks inkomsten, zal overgaan tot een wetswijziging. Dit is met name interessant in het licht van het wetsvoorstel vaststelling titel 7.13 van het BW.⁵ Op grond van dit wetsvoorstel kunnen een openbare vennootschap (de opvolger van de huidige openbare maatschap en vennootschap onder firma) en een commanditaire vennootschap opteren voor rechtspersoonlijkheid. In de memorie van toelichting is aangegeven dat aan het al dan niet hebben van rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap en de commanditaire vennootschap geen gevolgen zullen worden verbonden ten aanzien van de fiscale transparantie van dergelijke vennootschappen.⁶ Deze fiscale transparantie houdt, kort gezegd, in dat niet de vennootschap onderworpen is aan vennootschapsbelasting, maar dat de participanten rechtstreeks voor de winst van de vennootschap in de belastingheffing worden betrokken. Echter, aan de keuze voor rechtspersoonlijkheid zullen wel gevolgen worden verbonden voor de heffing van overdrachtsbelasting.⁷ Hieruit ontstaat, voorzover wij nu begrijpen, dan het volgende beeld:

1. Met betrekking tot de openbare vennootschap en de commanditaire vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid geldt, voor zover zij een onroerende-zaaklichaam zijn, voornamelijk hetgeen volgt uit het besproken arrest van de Hoge Raad.
2. Met betrekking tot de openbare vennootschap en de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid gaat vermoedelijk gelden dat deze worden gelijkgesteld met de huidige rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen. Een samenloop tussen artikel 2 lid 2 Wet BR en artikel 4 Wet BR is niet mogelijk; slechts artikel 4 Wet BR is van toepassing.
3. Met betrekking tot de reeds rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen wijzigt er niets ten opzichte van de huidige situatie: slechts artikel 4 Wet BR is van toepassing.

Zou de wetgever derhalve al willen overgaan tot een wetswijziging naar aanleiding van het arrest, dan zal met name de vraag van belang zijn hoe zich dit verhoudt tot de situatie onder 2 hiervoor. Immers, een openbare vennootschap dan wel commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt, voorzover het zich nu laat aanzien, fiscaal behandeld als had de vennootschap geen rechtspersoonlijkheid, behalve ten aanzien van de heffing van de over-

drachtsbelasting. Mocht derhalve de wetgever de wet zodanig wijzigen dat bij de verkrijging van een aandeel in een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid sprake is van de verkrijging van economische eigendom, dan valt dit effect eenvoudigweg te omzeilen door de personenvennootschap te laten opteren voor rechtspersoonlijkheid. Fiscaal verandert er niets behalve voor de overdrachtsbelasting. Daarvoor zal gaan gelden dat geen sprake meer kan zijn van de verkrijging van economische eigendom bij de participanten met betrekking tot de door de personenvennootschap gehouden onroerende zaken. Zou dit anders zijn, dan ontstaat een wel zeer bijzonder verschil in behandeling ten opzichte van de nu reeds rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen; daar kan namelijk nooit sprake zijn van de verkrijging van economische eigendom door de aandeelhouder van door die rechtspersoon gehouden onroerende zaken, juist ten gevolge van die rechtspersoonlijkheid.

Conclusie

Met het arrest van de Hoge Raad is duidelijkheid ontstaan over hoe om te gaan met samenloop tussen artikel 2 lid 2 en artikel 4 Wet BR. De overdracht van participaties in een maatschap die kwalificeert als onroerende-zaaklichaam, is slechts belast op grond van artikel 4 Wet BR. Dit betekent dat alleen indien er een belang van een derde of meer wordt verkregen, overdrachtsbelasting verschuldigd is. Wij zijn van mening dat het oordeel van de Hoge Raad, gezien de wetsgeschiedenis, de juridisch juiste uitkomst is. Gezien het feit dat grote aantallen beleggers via maatschappen, commanditaire vennootschappen en fondsen voor gemene rekening in Nederland in vastgoed beleggen, is deze uitkomst de voor de praktijk meest wenselijke. Wij zijn daarom van mening dat de wetgever niet moet overgaan tot aanpassing van de wet.

*Mr. J.B.C. Kin
Mr. J.W. Rompen
Allen & Overy*

5. Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 2.

6. Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 6.

7. Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 6.