

LTB 2023/36

## Bedrijfsopvolging en vrijstelling overdrachtsbelasting: lang leve de doorkijkarresten of kwam de kater later?

Mr. J.F.V.N. Verploegen, datum 31-07-2023

Datum	31-07-2023
Auteur	Mr. J.F.V.N. Verploegen <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS708548:1
Vakgebied(en)	Belastingrecht algemeen (V)

Bij de verkrijging van aandelen in een onroerendezaakrechtspersoon (ozr) in de zin van art. 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) is in beginsel overdrachtsbelasting (ovb) verschuldigd. Naar de letterlijke tekst van de WBR is een vrijstelling van overdrachtsbelasting op grond van art. 15 WBR niet van toepassing op de verkrijging van aandelen of certificaten. Al in 2007 oordeelde de Hoge Raad dat binnen het systeem van de WBR een vrijstellingsbepaling ook ziet op verkrijging van aandelen die als gevolg van de wetsfictie als onroerende zaak worden aangemerkt. Lang was onduidelijk of dit ook gold voor de vrijstelling bij bedrijfsoverdracht als bedoeld in art. 15 lid 1 aanhef en onderdeel b WBR. Arresten van de Hoge Raad, met name de arresten van 30 november 2018, gaven aan dat de doorkijkbenadering van toepassing is op deze vrijstelling. Latere jurisprudentie en standpunten van de Belastingdienst leert ons dat er aan de doorkijkarresten grenzen zijn.

### Toepasbaarheid vrijstelling art. 15 lid 1 aanhef en onderdeel b WBR algemeen

In art. 15 lid 1 onder b WBR is een vrijstelling opgenomen voor de verkrijging van onroerende zaken in het kader van bedrijfsopvolging in de familiesfeer. Het dient te gaan om:

- verkrijging van onroerende zaken die behoren tot en dienstbaar zijn aan de onderneming van een ondernemer;
- waarbij wordt verkregen door een of meer kinderen, pleegkinderen, kleinkinderen, broers, zussen, halfbroers of -zussen of pleegbroers of -zussen, of hun echtgenoten of geregistreerde partners;
- terwijl de onderneming wat betreft de bedrijfsvoering, in haar geheel (al dan niet in fasen) door de verkrijger(s) wordt voortgezet.

De onroerende zaken moeten dienstbaar zijn aan de onderneming. Het woongedeelte van een boerderij deelt bijvoorbeeld niet in de vrijstelling, omdat dit woongedeelte niet dienstbaar is aan de onderneming. Wel dienstbaar aan de onderneming is een woning die door een werknemer wordt bewoond (Hoge Raad 2 februari 1983, *BNB* 1983/139). Een gedeelte dat door een ander wordt bewoond maar dat objectief gezien niet als woning kan worden aangemerkt deelt ook in de vrijstelling (Hoge Raad 23 januari 1985, *ECLI:NL:HR:1985:AW8358*).

Het begrip 'onderneming' moet ruim worden opgevat. Het bevat niet alleen de objectieve onderneming, zoals een eenmanszaak, maar ook de subjectieve onderneming, zoals een deelgerechtigdheid in een vennootschap

onder firma. Ik verwijs naar het begrip zoals omschreven in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 mei 2018, nr. 2018-50125, onderdeel 1.1. Een onderneming wordt gedefinieerd als een objectieve onderneming of subjectieve onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 met inbegrip van het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen.

Het doel van de vrijstelling is het niet onnodig door de fiscaliteit belemmeren van bedrijfsoverdrachten binnen familieverband tijdens leven om zo de versnippering van de onderneming bij vererving tegen te gaan. In dat kader zou toepassing van de vrijstelling bij verkrijging van aandelen of certificaten passend kunnen zijn.

## De poort van art. 4 WBR

Het doel van art. 4 WBR is het voorkomen van ongewenst gebruik van een rechtspersoon om door middel van het tussenschuiven van lichamen de heffing van overdrachtsbelasting te ontgaan. Op grond van deze bepaling worden aandelen in een ozr gelijkgesteld met onroerende zaken als bedoeld in art. 2 WBR. Er is sprake van fictieve onroerende zaken. Van een ozr is sprake, indien een rechtspersoon voldoet aan de zogenoemde bezits- en doeleis.

Aan de bezitseis is voldaan, indien 50% van de bezittingen van de ozr op basis van waarde in het economisch verkeer bestaat uit onroerende zaken, die voor ten minste 30% in Nederland zijn gelegen.

De doeleis bepaalt dat de onroerende zaken als geheel genomen geheel of voor ten minste 70% dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van deze onroerende zaken. Bij de beoordeling of is voldaan aan de bezits- en doeleis moet verder rekening worden gehouden met de zogenoemde referentieperiode en de toerekeningsbepaling op grond van art. 4 lid 4 aanhef en onderdeel a WBR. De verkrijging van een belang in een ozr is belast met overdrachtsbelasting indien is voldaan aan het verkrijgingsvereiste:

- Voor een natuurlijk persoon geldt het verkrijgingsvereiste van art. 4 lid 3 onderdeel a WBR. Er is ingevolge deze bepaling bij een natuurlijk persoon sprake van een belastbaar feit indien hij als gevolg van de verkrijging van aandelen in een ozr (al dan niet tezamen met zijn echtgenoot) voor meer dan 7% belang heeft én een belang van ten minste een derde gedeelte tezamen met zijn echtgenoot en bepaalde in de wet omschreven familieleden.
- Voor een rechtspersoon geldt op grond van art. 4 lid 3 onderdeel b WBR dat sprake is van een belastbaar feit indien deze als gevolg van de verkrijging een belang van ten minste een derde gedeelte heeft in een ozr.

## Ontwikkeling doorkijkarresten algemeen

Het eerste van belang zijnde doorkijkarrest van de Hoge Raad was van 23 februari 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AU8559). In dit geval ging het over een monumentenlichaam in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel p WBR (oud). Dit lichaam kreeg alle aandelen in een bv, die als enig activum een monument had. De Hoge Raad oordeelde dat de (inmiddels vervallen) monumentenvrijstelling van toepassing was op de verkrijging van aandelen in deze ozr. De Hoge Raad erkende dat naar de letterlijke tekst van de WBR de vrijstelling niet van toepassing was, aangezien de verkregen aandelen niet konden worden ingeschreven in het Monumentenregister. Het systeem van de WBR bracht volgens de Hoge Raad mee dat onder verkrijging van monumenten in het kader van deze vrijstelling tevens moet worden verstaan de verkrijging van aandelen die als gevolg van art. 4 WBR als onroerende zaak worden aangemerkt. Het was niet duidelijk of deze uitspraak ook gevolgen had voor de andere vrijstellingen genoemd in art. 15 WBR, zoals de toen recent vernieuwde cultuurgrondvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel q WBR. Overtoom en Seerden zagen mogelijkheden voor analoge toepassing en publiceerden hierover in *LTB* 2017/10 respectievelijk *LTB* 2019/24. Daarbij baseerden zij zich mede op latere doorkijkuitspraken in verband met art. 15 lid 1 onderdeel a en onderdeel b WBR die hierna nog aan bod zullen komen.

Het tweede van belang zijnde doorkijkarrest van de Hoge Raad was dat van 10 juni 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ7580). In dit geval ging het over het toepassen van de samenloopvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel a WBR. Het betrof de verkrijging van een ozr waarvan de activa voor meer dan 70% bestonden uit aandelen in een bv, waarvan de bezittingen voor meer dan 70% bestonden uit bouwterreinen, die ten tijde van de verkrijging niet als bedrijfsmiddel in gebruik genomen waren in de zin van art. 11 lid 1 onderdeel a onder 1 Wet OB 1968. De verkrijger van de aandelen was het er niet mee eens dat zij overdrachtsbelasting was verschuldigd met betrekking tot de verkrijging van de aandelen. De Hoge Raad stelde de verkrijger in het gelijk en oordeelde dat de verkrijging van de aandelen is vrijgesteld van overdrachtsbelasting. De Hoge Raad overwoog:

*“Met deze wetsfictie is niet beoogd de verkrijging van aandelen in een onroerendezaaklichaam onder de heffing van overdrachtsbelasting te brengen voor zover de verkrijging van een onroerende zaak van dat lichaam zelf buiten de heffing van overdrachtsbelasting zou blijven vanwege de vrijstellingsbepaling (...).”*

Ingeval men zou interpreteren dat de Hoge Raad hier bedoeld heeft dat de verkrijging van aandelen in een ozr moet worden vergeleken met de rechtstreekse overdracht van de onroerende zaak door het lichaam, zou toepassing de doorkijkbenadering niet gelden voor art. 15 lid 1 aanhef en onderdeel b WBR. Gelukkig oordeelde de Hoge Raad anders in zijn arresten van 30 november 2018, die hierna worden besproken.

Overigens is een conceptwetsvoorstel geïntroduceerd dat ervoor moet zorgen dat de samenloopvrijstelling geen toepassing vindt bij de verkrijging van een belang in een ozr. Dit geldt echter niet wanneer de betreffende onroerende zaken of de rechten waaraan deze zijn onderworpen gedurende twee jaar na verkrijging voor 90% of meer gebruikt worden voor btw-belaste handelingen. Korthedshalve wordt verwezen naar de Voorjaarsnota 2023 ([Kamerstukken II, 2022/23, 36 350, nr. 1](#)) en de Kamerbrief van 23 juni 2023, nr. 2023-0000143537, omdat dit onderwerp buiten de kaders van dit artikel blijft.

De derde serie doorkijkarresten betreft de arresten van de Hoge Raad van 30 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2110 en ECLI:NL:HR:2018:2200) en heeft betrekking op de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR.

Het betrof hier schenkingen van aandelen in een ozr door een ouder in privé aan een kind in privé. Omdat het hier een ozr was waarbinnen een materiële onderneming werd gedreven en het kind na de verkrijging van de aandelen in de ozr de onderneming zou voortzetten wat de bedrijfsvoering betrof, bestond geen rechtvaardiging om de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR niet toe te passen, aldus de Hoge Raad.

Verder oordeelde de Raad nog als volgt:

*“2.3.4. De artikelen 4 en 10 WBR bewerkstelligen dat de verkrijging van aandelen in, kort gezegd, onroerendezaaklichamen wordt belast als werden de betrokken onroerende zaken zelf verkregen. De in dit geval aan de orde zijnde fictie van artikel 4, lid 1, letter a, WBR heeft geen verdere strekking dan te verhinderen dat door middel van het tussenschuiven van rechtspersonen de heffing van overdrachtsbelasting wordt ontgaan. Met die fictie is niet beoogd de verkrijging van aandelen in een onroerendezaaklichaam onder de heffing van overdrachtsbelasting te brengen voor zover de verkrijging van een onroerende zaak van dat lichaam zelf buiten de heffing van overdrachtsbelasting zou blijven vanwege een vrijstelling ingevolge artikel 15 WBR.”*

Belangrijk hierbij is dat de Hoge Raad refereert aan de vrijstellingen van art. 15 WBR in het algemeen, waarmee de poort voor toepassing van alle vrijstellingen op de verkrijging van een belang in een ozr wagenwijd open lijkt te staan.

Verder zegt de Hoge Raad m.i. dat de doorkijkbenadering niet geldt als er sprake is van fraus legis, door te stellen dat deze niet geldt als er een bv wordt tussengeschoven om overdrachtsbelasting te ontgaan.

## Latere jurisprudentie in het kader van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR

Uit latere (lagere) jurisprudentie volgt dat er grenzen zijn aan de toepassing van de doorkijkarresten in het kader van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR. De meest van belang zijnde uitspraken worden hierna besproken.

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:8020). Hierin werd geoordeeld dat de vrijstelling niet van toepassing is in de situatie waarbij onroerende zaken werden verkregen door een bv waarvan de aandelen werden gehouden door de kinderen van de overdrager. De bv die de aandelen verkreeg, behoorde niet tot de kring van verkrijgers die genoemd staan in art. 15 lid 1 onder b WBR. De gedachte achter de doorkijkarresten is dat deze beperkt dienen te blijven tot situaties waarin bij de verkrijging van aandelen, enkel vanwege de toepassing van de fictie van art. 4 lid 1 onder a WBR, overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, terwijl deze niet verschuldigd zou zijn indien de verkrijger de onroerende zaak zelf zou hebben verkregen uit hoofde van een vrijstelling van art. 15 WBR. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor.

Rechtbank Noord-Nederland 27 juli 2020 (ECLI:NL:RBNNE:2020:2730). Hierin werd eveneens geoordeeld dat de vrijstelling niet van toepassing is indien aandelen in een bv worden verkregen door een bv waarvan de aandelen worden gehouden door (een van) de in art. 15 lid 1 onder b WBR genoemde kring van personen, met eenzelfde motivering.

Hof Den Haag 29 april 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:883). Hierin ging het over de overdracht van een onroerende zaak door een bv aan een andere bv. Meer specifiek betrof het de overdracht van een onroerende zaak door Vastgoed BV waarvan de aandelen (indirect) werden gehouden door de ouder, aan X BV waarvan de aandelen werden gehouden door de schoonzoon van de ouder. De verkregen onroerende zaak, een winkelruimte, was verhuurd aan en in gebruik bij de onderneming van de dochtervennootschap (Werk BV) van X BV. De aandelen in Werk BV waren gefaseerd in de jaren 2002 en 2007 verkregen van Y BV (de holdingvennootschap van de ouder), waarin V in 1996 zijn onderneming met bijbehorend pand had ingebracht. Volgens het hof past een dubbele doorkijkbenadering niet bij het doel en de strekking van de vrijstelling. De Hoge Raad heeft deze uitspraak op 22 april 2022 in cassatie bevestigd (ECLI:NL:HR:2022:643).

Rechtbank Zeeland-West-Brabant (5 december 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:7527). Hierin werd de situatie behandeld waarin een bv, waarvan de aandelen worden gehouden door de ouder, de aandelen van A BV, zijnde een art. 4 WBR-vennootschap, overdraagt aan X BV waarvan de (certificaten van) aandelen worden gehouden door de zonen van de ouder. De rechtbank oordeelt dat in dit geval de aandelen in A BV niet zijn verkregen door de zonen, maar door X BV. De doorkijkarresten bieden geen aanknopingspunt voor het in zijn geheel wegdenken van alle rechtspersonen betrokken bij de transactie en dus ook niet voor het wegdenken van X BV. Doel en strekking van de vrijstelling zien daar niet op.

Rechtbank Gelderland 23 januari 2023 ECLI:NL:RBGEL:2023:292. Hierbij ging het over de situatie dat de zoon alle aandelen hield in bv X. De ouders brengen hun onderneming in in bv Y, die deze doorinbrengt in bv Z. Vervolgens worden 95% van de aandelen in bv Z overgedragen aan bv X en volgt er een afsplitsing van bv Y. De onroerende zaken gingen daardoor behoren tot een nieuwe holding en er volgt een schenking van aandelen in deze holding aan zoon. De opzet van deze constructie is het ontgaan van art. 4 WBR. Mocht deze opzet niet lukken dan zou sprake zijn van een overdracht van een onderneming in fasen. De materiële onderneming werd echter niet gedreven in de bv waarvan de aandelen werden geschonken, zodat de vrijstelling niet werd toegekend, ook al betrof het hier een oZR volgens de rechtbank.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de doorkijkbenadering in het licht van de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR beperkt kan worden toegepast. De aandelen in de oZR moeten rechtstreeks toebehoren aan de vervreemder en de verkrijger die behoren tot de kring van personen, genoemd in deze vrijstelling.

## Standpunten Belastingdienst

De Belastingdienst heeft onlangs in dit kader standpunten ingenomen.

Op de eerste plaats acht de Belastingdienst de vrijstelling van overdrachtsbelasting niet van toepassing op de verkrijging van certificaten van aandelen, omdat de verkregen certificaten van aandelen geen materiële onderneming vertegenwoordigen die door de kinderen wat de bedrijfsvoering betreft wordt voortgezet (KG:052:2022:12).

Dat de aandelen (mogelijk) op termijn zullen worden gedecertificeerd, dan wel dat de kinderen (al dan niet op termijn) zitting zullen nemen in de stichting administratiekantoor bestuur maakt dat niet anders. Er is geen sprake van een (gefaseerde) voortzetting van de bedrijfsvoering door middel van overdracht van aandelen, zo luidt het standpunt. Verder merkt de Belastingdienst op dat in het geval dat aandelen in een ozz met materiële onderneming worden verkregen die na de overdracht worden gecertificeerd, op de verkrijging van die aandelen de vrijstelling niet van toepassing is, dan wel de vrijstelling komt te vervallen, indien op het moment dat de certificering geschiedt door de verkrijger van de aandelen nog niet is voldaan aan de voortzettingseis.

De Belastingdienst neemt verder het standpunt in dat de vrijstelling niet kan worden toegepast indien een bezit van minder dan 100% van de aandelen in de ORZ wordt verkregen. Bijvoorbeeld indien de overdragende ouder slechts een belang van 40% bezit. Er wordt dan niet voldaan aan de eis dat via de aandelen de gehele onderneming wordt verkregen en voortgezet. Het belang van 40% wordt niet aangemerkt als een subjectieve onderneming (van de overdrager) (KG:052:2022:11).

Ten slotte neemt de Belastingdienst het standpunt in dat de vrijstelling slechts kan worden toegepast op de onroerende zaken die worden gebruikt in de onderneming van een 100%-deelneming van ozz waarvan 100% van de aandelen worden verkregen (KG:052:2023:3).

M.i. zijn deze standpunten van de Belastingdienst veel te eng geformuleerd gezien de doelstelling van de vrijstelling.

## Conclusie

Na de '30 november'-uitspraken leek de champagnefles te kunnen worden ontkurkt omdat alle vrijstellingen van art. 15 WBR konden worden toegepast op de verkrijging van een belang in een ozz. De kater komt altijd later, zo ook in dit geval. Lagere jurisprudentie lijkt uit te wijzen dat de toepassing van de vrijstelling van art 15 lid 1 onderdeel b WBR alleen kan worden toegepast bij de verkrijging van aandelen die rechtstreeks worden gehouden door en worden overgedragen aan de personen genoemd in deze vrijstelling, mits voldaan is aan de overige hierin gestelde vereisten. Overdracht van certificaten is in de ogen van de Belastingdienst een 'no-gozone'. Dit is wellicht lastig te begrijpen voor de economisch georiënteerden onder ons, maar transparantie heeft kennelijk zijn grenzen.

---

## Voetnoten

[1] Mr. J.F.V.N. Verploegen is als notaris verbonden aan Bruggink & Van Beek Notarissen te Wijchen, [j.verploegen@bvbnotarissen.nl](mailto:j.verploegen@bvbnotarissen.nl), [www.bvbnotarissen.nl](http://www.bvbnotarissen.nl).