

# Nieuwe regels voor onroerendezaaklichamen

Belastingplan 2011 / Kamerstukken II 2010-2011, 32 504

Het regime voor onroerendezaaklichamen in de overdrachtsbelasting wordt verrijkt met nieuwe antimisbruikwetgeving. Het huidige art. 4 Wet BRV, dat dateert uit 2000 en bedoeld was om 'gaten' in de toenmalige regeling definitief te dichten, vertoont inmiddels de nodige slijtage. Werden in 2008 al constructies met soort aandelen aangepakt, thans volgt in het Belastingplan 2011 onder meer een aanscherping van de bezitsei. Voortaan geldt de status van onroerendezaaklichaam (verder: OZL) bij meer dan 50%-vastgoedbezit en telt buitenlands vastgoed ook mee als 'besmet' bezit. Hiernaast veranderen de regels voor consolidatie en wordt oneigenlijke bezitsverwatering aangepakt. En passant wordt zelfs een geheel nieuw belastbaar feit ingevoerd; het verkrijgen van rechten op aandelen. Hiermee wordt heffing mogelijk bij een verkrijging van aandeelhoudersrechten die niet gepaard gaat met een verkrijging van aandelen.



Mr.dr. R.A. Wolf

## 1. EEN KORTE GESCHIEDENIS

De geschiedenis van het huidige art. 4 Wet BRV begint in 2000. In dat jaar werd het toenmalige art. 4, dat nog dateerde uit 1970, vervangen door een nieuw regime. Met de nieuwe wettelijke regeling werd beoogd een einde te maken aan toen florierende constructies, zoals 'dubbeldekkers', 'uitsmeer'- en 'oppompconstructies'.<sup>1</sup> De nieuwe regeling was echter niet zo waterdicht als de wetgever voor ogen stond. Door gebruik te maken van soort aandelen<sup>2</sup> bleef het mogelijk om zeggenschap over te dragen zonder heffing van overdrachtsbelasting. In 2008 werd art. 4 aangepast<sup>3</sup> om ook deze constructies onmogelijk te maken.<sup>4</sup>

Toch kruipt het bloed in de vastgoedsector blijkbaar waar het niet gaan kan. In het Belastingplan 2011 constateert het kabinet in ieder geval dat nog steeds constructies bestaan waarmee overdrachtsbelasting wordt ontweken bij overdracht van belangen in OZL's. Deze constructies worden nu met diverse maatregelen bestreden. Het aldus voorgestelde lekvrij maken van de overdrachtsbelasting moet structureel € 150 miljoen aan extra belastinginkomsten opleveren.

## 2. DE NIEUWE BEZITSEIS

Onder de huidige wet kan een lichaam pas OZL zijn als het bezit voor ten minste 70% uit Nederlands vastgoed bestaat ten tijde van de verkrijging van de aandelen, of op enig moment in de twaalf maanden voor dit verkrijgingstijdstip. Deze voorwaarde staat bekend als de *bezitsei*.

Onder de voorgestelde regels wordt al aan de bezitsei voldaan als meer dan 50% van het bezit onroerende zaken zijn. Bovendien gaat buitenlands vastgoed als onroerende bezitting meetellen. Wel gaat de aanvullende voorwaarde gelden

dat ten minste 30% van al de bezittingen uit Nederlandse onroerende zaken bestaat.

Volgens de memorie van toelichting past deze uitbreiding van de belastinggrondslag beter bij het uitgangspunt dat economisch gelijke gevallen fiscaal gelijk behandeld moeten worden. Het voortaan in aanmerking nemen van buitenlandse onroerende zaken verdedigt het kabinet met een beroep op het beëindigen van concurrentievervalsing. Onder de huidige regelgeving kunnen lichamen die alleen in Nederlandse onroerende zaken handelen in een slechtere positie komen dan lichamen die tevens in buitenlandse onroerende zaken handelen. Een argument dat mij minder overtuigt en dat mijns inziens de echte reden voor deze wijziging verhuult. Het zal de wetgever toch vooral gaan om het afsnijden van de mogelijkheid om met buitenlands vastgoedbezit de OZL-status te ontlopen.

Overigens, net zoals bij in Nederland gelegen onroerende zaken wordt onder buitenlandse onroerende zaken ook verstaan rechten op deze zaken alsmede economisch eigendom op deze zaken of rechten.

Niet onvermeld mag blijven dat de nieuwe bezitsei feitelijk een terugwerkende kracht heeft van twaalf maanden. De status van OZL is immers gekoppeld aan het voldoen aan de bezitsei (en doeleis) op het moment van overdracht of op enig moment in de twaalf voorafgaande maanden. Een lichaam waarvan de bezittingen thans voor 60% uit kwalificerende onroerende zaken bestaan, is onder de huidige wet geen OZL. Per 1 januari 2011 (de beoogde ingangsdatum van het Belastingplan 2011) verwerft een dergelijk lichaam automatisch de OZL-status. Deze OZL-status wordt ook verworven indien het lichaam in de tussenliggende periode onroe-

rende zaken heeft afgestoten en op 1 januari 2011 niet meer voldoet aan het 50%-criterium (de nieuwe bezitseis). Het lichaam heeft immers, gezien op 1 januari 2011, in de voorafgaande twaalf maanden op enig moment aan de (nieuwe) bezitseis voldaan.

### 3. OOK BUITENLANDS BEZIT TELT MEE VOOR DOELEIS

De OZL-status wordt pas verworven als tegelijkertijd zowel aan de bezitseis als de doeleis is voldaan. De doeleis houdt in dat de kernactiviteiten van het betreffende lichaam bestaan uit het verkrijgen, vervreemden van onroerende zaken, beperkte rechten daarop of de economische eigendom daarvan.<sup>5</sup> Gaat het onder de huidige wet enkel om in Nederland gelegen onroerende zaken, onder de nieuwe regels tellen alle onroerende zaken (of rechten of economische eigendom) waar ook ter wereld mee.

### 4. CONSOLIDATIE GEKOPPELD AAN CONCERNBELANG

Voor de wetwijziging van 2000 werd veelvuldig gebruik gemaakt van zogenoemde dubbeldekkerstructuren. Met deze constructies kon het volledige belang bij een OZL belastingvrij overgaan. Hiervoor werden de onroerende zaken ondergebracht in een dochtervennootschap, die werd gefinancierd met een lening van de moeder. Vervolgens werden de aandelen in de moeder overgedragen. Het bezit van de moeder bestond uit de deelneming in de dochter ('onroerend') en de roerende vordering op de dochter. Uit het non-consolidatiearrest van de Hoge Raad uit 1986<sup>6</sup> volgde dat de deelneming in de dochter in aanmerking genomen moest worden voor de werkelijke waarde. Deze waarde was laag, want de dochter was grotendeels gefinancierd met vreemd vermogen (de lening van de moeder). De aandelen van de moeder konden dan zonder heffing van overdrachtsbelasting overgaan.

Het huidige art. 4, lid 4, Wet BRV stelt paal en perk aan deze structuren; als sprake is van een belang van een derde, dan is consolidatie verplicht. Onderlinge vorderingen en schulden tussen moeder en dochter vallen tegen elkaar weg en de onroerende zaken van de dochter tellen mee als relevant bezit voor de moeder.

Thans constateert het kabinet dat deze antimisbruikwetgeving omzeild kan worden door een belang in een dochter uit te smeren tussen groepsvennootschappen. De memorie van toelichting geeft hier het voorbeeld van een moedervernootschap A bv met twee dochters (B bv en C bv) die ieder een 25%-belang houden in een OZL X bv. Het onroerendezaaklichaam is grotendeels gefinancierd met vreemd vermogen. Een koper wil een 50%-belang in OZL X bv verwerven. Bij aankoop van de aandelen OZL X bv van B bv en C bv is overdrachtsbelasting verschuldigd. Als echter de aandelen B bv en C bv worden aangekocht (en daarmee feitelijk een 50%-belang in OZL X bv), volgt geen heffing. Consolidatie is immers niet aan de orde, nu beide vennootschappen ieder voor zich een belang van minder dan een derde in het OZL hebben.

Deze uitsmeer-dubbeldekker variant wordt op de korrel genomen in een nieuw art. 4, lid 4, onderdeel a. Consolida-

tie geldt nog steeds vanaf een belang van een derde in een dochter, maar voortaan tellen ook de belangen van concernlichamen en grootaandeelhouders mee. Bij een grootaandeelhouder gaat het dan om een natuurlijk persoon die al dan niet tezamen met zijn echtgenoot of zijn bloed- en aanverwanten in de rechte linie een belang heeft in het lichaam waarvan de aandelen overgaan van ten minste 90%.

De voorgestelde wettekst neemt niet alleen het belang in aanmerking ten tijde van de verkrijging, maar tevens elk belang dat de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen tezamen met concernlichamen/grootaandeelhouder 'heeft bezeten'. Er wordt derhalve ook rekening gehouden met belangen die voorafgaand aan de verkrijging al zijn afgestoten. In de memorie van toelichting wordt ter zake opgemerkt:

'De ingevoerde referentieperiode van een jaar heeft als doel te voorkomen dat bij een volgtijdelijke verkoop van de aandelen B bv en C bv toch geen consolidatie hoeft plaats te vinden. Indien immers de aandelen B bv op enig moment verkocht worden daalt het belang dat de relevante groep in OZL X bv heeft tot 25%, namelijk slechts de aandelen welke C bv in bezit heeft. Strikt genomen hoeft C bv haar belang in OZL X bv niet meer te consolideren. De referentieperiode zorgt ervoor dat C bv haar belang van 25% een jaar lang dient te consolideren.'<sup>7</sup>

De referentietermijn van een jaar waaraan de memorie van toelichting refereert, heb ik niet in de nieuwe wettekst kunnen ontdekken. In het huidige wetsvoorstel wordt enkel gesproken van: 'voor ten minste een derde gedeelte belang bezit of heeft bezeten', zonder dat hierbij enige termijn wordt genoemd. De referentieperiode voor het samentellen van belangen lijkt dan onbeperkt. Welke uitleg moet nu prevaleren?

### 5. BELANG BINNEN CONCERN

Zoals hiervoor uiteengezet, worden voortaan voor de consolidatiegrens ook de belangen van concernvennootschappen en grootaandeelhouders in aanmerking genomen. Voor het begrip concern wordt aangesloten bij de definitie van art. 5b, lid 2 Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.<sup>8</sup> Een concern wordt gevormd door een topholding tezamen met alle vennootschappen waarin deze topholding een belang heeft van ten minste 90%. De topholding zelf wordt gedefinieerd als de vennootschap waarin niet een andere vennootschap een belang heeft van ten minste 90%. Telkens moet een 'belang' vertegenwoordigd worden door het (on)middellijke bezit van aandelen. Onlangs besliste de Hoge Raad<sup>9</sup> dat bij certificering van aandelen het concernverband niet werd doorbroken:

'3.4.3. Van bezit van aandelen in de zin van deze bepaling is ook sprake bij bezit van certificaten van aandelen, indien het economische belang bij de aandelen berust bij de houder van de certificaten. De bewoordingen van deze bepaling staan een dergelijke uitleg toe, die ook aanvaard is bij diverse andere fiscale regelingen (zie onderdeel 8.12 van de conclusie van de Advocaat-Generaal). De strekking van de bepaling verzet zich hier niet tegen. Uit de Nota van toelichting bij het Besluit van 27 februari 1996, *Stb.* 144, waar-

bij artikel 5b van het Besluit is ingevoerd, valt niet af te leiden dat de besluitgever zou hebben bedoeld met de eis van (middellijk) aandeelhouderschap tevens de eis van volledige zeggenschap in de desbetreffende vennootschap te stellen (vergelijk HR 18 februari 1998, nr. 33.346, LJN: AA2451, BNB 1998/178). Opmerking verdient nog dat met ingang van het jaar 2008 in artikel 5b, lid 2, van het Besluit de eis van bezit van aandelen is vervangen door de eis van een belang, zonder dat uit de daarbij gegeven toelichting blijkt dat beoogd is hiermee de doelstelling van de regeling te wijzigen.'

Dit arrest lijkt aldus ook relevant voor de huidige concerndefinitie.

Overigens, de thans voorgestelde 'soepeler' consolidatieregels kunnen er ook toe leiden dat een lichaam onder de nieuwe wetgeving juist de status van OZL verliest, uiteraard met een wachttijd van een jaar. Ook niet-OZL-deelnemingen worden immers eerder geconsolideerd.

## 6. VERDACHT BEZIT BLIJFT BUITEN BESCHOUWING

De memorie van toelichting bij het Belastingplan 2011 meldt dat in de praktijk bepaalde bezittingen worden gecreëerd om te bewerkstelligen dat een lichaam niet aan de bezitsei voldoet. Dergelijk verdacht bezit blijft voortaan buiten beschouwing, zo volgt uit het nieuw voorgestelde art. 4, lid 4, onderdeel b en c.

Het gaat dan allereerst om vorderingen, van welke aard dan ook, die een te beoordelen lichaam<sup>10</sup> heeft op:

- verbonden lichamen, of;
- verbonden natuurlijke personen, of;
- de toekomstige verkrijger van de aandelen in het te beoordelen lichaam, of;
- met deze verkrijger verbonden lichamen, of;
- met deze verkrijger verbonden natuurlijke personen.

Deze correctie van de bezittingen moet plaatsvinden nadat een eventuele consolidatie is uitgevoerd. De betreffende vorderingen tellen echter wel voor de bezitsei mee, indien aannemelijk is dat deze voortvloeien uit een normale bedrijfsuitoefening die past bij de aard en de omvang het te beoordelen lichaam, de verkrijger of de met hen verbonden lichamen of natuurlijke personen. Uit de voorgestelde wettekst<sup>11</sup> blijkt dat de partij die zich op een dergelijke normale bedrijfsuitoefening wenst te beroepen – dat zal veelal de belastingplichtige zijn – zulks aannemelijk moet maken.

Hiernaast blijven roerende bezittingen van het te beoordelen lichaam buiten aanmerking voor zover het lichaam schulden heeft aan:

- verbonden lichamen, of;
- verbonden natuurlijke personen, of;
- de toekomstige verkrijger van de aandelen in het te beoordelen lichaam, of;
- met deze verkrijger verbonden lichamen, of;
- met deze verkrijger verbonden natuurlijke personen.

Het wetsvoorstel gaat uit van het vermoeden dat de betreffende bezittingen gefinancierd zijn met deze van 'verdachte' partijen verkregen financiering en dat de balans van het te beoordelen lichaam hiermee kunstmatig is 'opgepompt'.

Reden genoeg in ieder geval, om het betreffende bezit bij het toetsen van de bezitsei te negeren. Deze correctie wordt uitgevoerd nadat een eventuele consolidatie heeft plaatsgevonden. De betreffende bezittingen worden echter net als de vorderingen wél in aanmerking genomen als zij voortvloeien uit een normale bedrijfsuitoefening die past bij de aard en de omvang het te beoordelen lichaam, de verkrijger of de met hen verbonden lichamen of natuurlijke personen. Ook hier moet de partij die zich op een normale bedrijfsuitoefening beroept een dergelijke bedrijfsuitoefening aannemelijk maken.

De memorie van toelichting geeft een voorbeeld van een structuur waarop deze nieuwe bepaling zich klaarblijkelijk richt, met cursivering van mijn hand:

'Onder de tot dusverre bestaande regeling kon de heffing van overdrachtsbelasting voorkomen worden door het frustreren van de bezitsei, ondermeer door het creëren van vorderingen en schulden binnen een concern, bijvoorbeeld op de volgende wijze.

Voorafgaand aan de verkoop leent bv H € 8 miljoen aan bv 1.

Bv 1 krijgt daardoor een bankvordering alsmede een schuld aan bv H.

Bv 1 leent vervolgens de ontvangen gelden door aan bv 2. Bv 1 krijgt dus een vordering op bv 2, terwijl bv 2 een bankvordering verkrijgt, gefinancierd door een schuld aan zustermaatschappij bv 1.

Door de vordering van bv 1 op bv 2 bestaan de bezittingen niet meer grotendeels uit onroerende zaken. *Na afloop van de referentieperiode van 1 jaar kunnen de aandelen van bv 1 zonder heffing van overdrachtsbelasting worden verkregen* door bv X. Hetzelfde geldt voor de bezittingen van bv 2. De bankvordering van bv 1 leidt tot het niet meer voldoen aan de bezitsei omdat ook haar bezittingen niet meer grotendeels uit onroerende zaken bestaan. Het spreekt vanzelf dat indien de verkrijger van de aandelen i.c. bv X de betreffende gelden verstrekt, dit ook leidt tot het frustreren van de bezitsei.<sup>12</sup>

In 2000 betoogde de wetgever nog, wederom met mijn cursivering:

'Om te voorkomen dat in het zicht van de overdracht van de aandelen de activa door middel van kunstgrepen worden opgepompt met het oog op het vrij van overdrachtsbelasting overdragen, is een referentieperiode opgenomen. Indien een lichaam op enig moment in het jaar voorafgaand aan het tijdstip van verkrijging van de aandelen kwalificeerde als onroerende-zaaklichaam, kwalificeert het lichaam ook op het moment van de verkrijging. *Het opnemen van de referentieperiode laat natuurlijk de mogelijkheid tot bestrijding van constructies met een beroep op *fraus legis* buiten deze periode onverlet.*<sup>13</sup>

De in 2000 gepropageerde toepassing van *fraus legis* lijkt aldus achterhaald.<sup>14</sup>

## 7. VERKRIJGINGEN EERDER SAMENGETELD

Heffing van overdrachtsbelasting is aan de orde wanneer de verkrijger met inbegrip van de reeds aan hem toebehorende

aandelen en ingevolge dezelfde of een samenhangende overeenkomst te verkrijgen of verkregen aandelen een aanmerkelijk belang verkrijgt of uitbreidt.

Verkrijgingen binnen twee jaar door dezelfde verkrijger worden geacht voort te vloeien uit dezelfde of een samenhangende overeenkomst, zo bepaalt het huidige art. 4, lid 5, onderdeel b. Met het onderhavige voorstel wordt een dergelijke samenhang tevens verondersteld tussen alle verkrijgingen binnen twee jaar door:

- a. de verkrijger, en;
- b. de echtgenoot van de verkrijger, en;
- c. de bloed- en aanverwanten in de rechte linie van de verkrijger, en;
- d. een lichaam waarin de verkrijger al dan niet tezamen met zijn familie een geheel of nagenoeg geheel belang heeft.

Is de verkrijger een rechtspersoon, dan zijn de verkrijgingen binnen twee jaren door deze verkrijger en zijn concernvenootschappen 'samenhangend'.

## 8. VERKRIJGING VAN RECHTEN UIT AANDELEN

Dat de huidige wettekst mogelijkheden om door verschuiving van aandeelhoudersrechten overdrachtsbelasting te voorkomen, was al langer bekend. Zo bevestigde de Hoge Raad al in 1979 dat inkoop en de opvolgende intrekking van aandelen niet werden aangemerkt als een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. In 2006 suggereerde *Gassler* ter zake:

'De mogelijkheid om door intrekking van aandelen te bewerkstelligen dat belangen in onroerendezaaklichaam vrij van overdrachtsbelasting worden verkregen, zou de wetgever mijns inziens kunnen ondervangen door het intrekken van aandelen aan te merken als een verkrijging van aandelen voor zover die intrekking tot gevolg heeft dat bestaande aandeelhouders hun relatieve belang in het geplaatste aandelenkapitaal van het onroerendzaaklichaam zien vergroten.'<sup>15</sup>

Deze aanbeveling lijkt het kabinet nu op te volgen, zij het dat de in aanmerking te nemen wijzigingen in aandeelhoudersrechten zich niet beperken tot mutaties die voortvloeien uit het intrekken van aandelen. Het Belastingplan 2011 voegt in dit kader een elfde lid aan art. 4 toe:

'Onder aandelen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, en het derde lid worden mede verstaan rechten uit bestaande aandelen.'

Het belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting wordt aldus uitgebreid met een nieuwe categorie fictieve onroerende zaken: de rechten uit bestaande aandelen. Volgens de memorie van toelichting wordt hiermee beoogd om bepaalde wijzigingen van rechten uit bestaande aandelen te behandelen als een verkrijging van aandelen. Door met name het wetsvoorstel Flexibilisering bv-recht en de bijbehorende invoeringswet<sup>16</sup> wordt het, meer dan voorheen, mogelijk om via deze weg een belang in een onroerendezaaklichaam te verkrijgen, zo meent het kabinet.

De voorgestelde wettekst spreekt van 'rechten uit bestaande aandelen', de memorie van toelichting noemt 'bepaalde wijzigingen van rechten uit bestaande aandelen'. Vraag rijst dan om welke rechtenwijzigingen het gaat. Uit de memorie van

toelichting bij het Belastingplan 2011 valt op te maken dat sprake moet zijn van een wijziging van het belang in een bepaalde aandelensoort:

'De wijziging van aandeelhoudersrechten in termen van belang in een bepaalde aandelensoort heeft uiteraard gevolgen voor de overige aandelen die niet wijzigen. In die zin is er sprake van een "communicerende vaten werking". Immers de afname van het belang van aandeel x kan tot gevolg hebben een toename van het belang bij andere aandelen. Die toename is te beschouwen als een te belasten verkrijging.'

Nu bestaat onder de huidige wettekst al veel onduidelijkheid over de uitleg van het begrip 'belang'.<sup>17</sup> Deze onduidelijkheid wordt met de voorgaande passage nog eens uitgebreid. Want hoe is deze passage bijvoorbeeld te rijmen met de uitlatingen van de wetgever uit 2007:

'De invulling van het begrip "belang" is van feiten en omstandigheden afhankelijk. Net als bij iedere andere open norm vindt de exacte invulling hiervan uiteindelijk plaats door de praktijk en jurisprudentie. Bevestigd kan worden dat voor de toepassing van de hiervoor genoemde bepalingen het begrip "belang" alleen betrekking heeft op een door aandelen vertegenwoordigd direct dan wel indirect belang in een OZL en in beginsel niet ziet op opties of converteerbare obligatieleningen.'<sup>18</sup>

Hoeveel verschillende begrippen 'belang' kent de overdrachtsbelasting eigenlijk?

De memorie van toelichting geeft het volgende voorbeeld van een verschuiving in aandeelhoudersrechten waarbij een heffing past:

'Het aandelenkapitaal van OZL Z bv bestaat uit 10 aandelen A, alsmede uit 10 aandelen B. De aandeelhouders A zijn gerechtigd tot 50% van de winst en de stille reserves van OZL Z bv. De aandeelhouders B tot de resterende winst en stille reserves. Op enig moment vindt een statutenwijziging plaats waarbij het winstrecht van de aandeelhouders A teruggebracht wordt naar 40%. Het gevolg daarvan is uiteraard dat het winstrecht van de aandeelhouders B 60% wordt. Deze uitbreiding van het belang wordt dan vervolgens onder de gestelde voorwaarden belast.'<sup>19</sup>

Dat reeds de enkele uitbreiding van een winstrecht de facto gelijk gesteld wordt met de verkrijging van het achterliggende vastgoed laat zich naar mijn smaak moeilijk verenigen met het uitgangspunt van de wetgever dat hetgeen economisch gelijk is, ook fiscaal gelijk behandeld moet worden. In dat verband zou ik menen dat ten minste ook sprake moet zijn van een wijziging in zeggenschap. Met het onderhavige voorstel wordt het belastbare feit voor de overdrachtsbelasting wel bijzonder ruim geformuleerd.

Ten slotte moet niet de Invoeringswet Titel 7.13 BW<sup>20 21</sup> worden vergeten. Met dit wetsvoorstel zal onder het begrip 'aandelen' ook de economische deelgerechtigdheid in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid vallen. Ook de uitbreiding van rechten uit een economische deelgerechtigdheid zal dan, naast de verkrijging van de economische deelgerechtigdheid zelf, in bepaalde gevallen belast zijn met

overdrachtsbelasting, zo meldt de memorie van toelichting bij het Belastingplan 2011.

De Invoeringswet Titel 7.13 BW moet overigens ook de gevolgen repareren van het arrest uit 2004<sup>22</sup> waarin de Hoge Raad beschikte dat heffing van overdrachtsbelasting bij een vastgoedmaatschap met een in aandelen verdeeld kapitaal pas aan de orde was bij verkrijging of uitbreiding van een aanmerkelijk belang. Onder het wetsvoorstel kunnen enkel lichamen met rechtspersoonlijkheid de status van OZL verwerven. De verkrijging van een belang in een onroerende zaak via een vennootschap *zonder rechtspersoonlijkheid* wordt dan aangemerkt als een directe verkrijging van het vastgoed en valt niet langer onder het OZL-regime. Een uitzondering geldt bij de verkrijging van een belang in een zogenoemd 'open beleggingsfonds'. Een dergelijke verkrijging is niet onderworpen aan overdrachtsbelasting indien:

- het een verkrijging betreft van rechten van deelnemingen in een beleggingsfonds in de zin van art. 1:1 Wet op het financieel toezicht;
- de participaties vrij verhandelbaar zijn; en
- geen belang van meer dan 33 1/3% in het fonds wordt verkregen.

De behandeling van de Invoeringswet en het logisch aan dit wetsvoorstel voorafgaande Wetsvoorstel personenvennootschappen<sup>23</sup> ligt al geruime tijd stil. Het is maar de vraag of deze wetgeving er ooit komt. Het Belastingplan 2011 voorziet in een wijziging van het Wetsvoorstel personenvennootschappen, mocht het zover komen dat het Belastingplan 2011 eerder tot wet wordt verheven.<sup>24</sup> Zonder deze bepaling zouden de thans voorgestelde wijzigingen van art. 4 Wet BRV met het invoeren van het Wetsvoorstel personenvennootschappen weer gedeeltelijk worden teruggedraaid. Mocht het Wetsvoorstel personenvennootschappen eerder worden ingevoerd dan het Belastingplan 2011, dan wordt in de voorgestelde wettekst onder meer 'lichaam (met een in aandelen verdeeld kapitaal)' vervangen door: 'rechtspersoon'<sup>25</sup>.

## 9. TEN SLOTTE

De memorie van toelichting bij het nu ingediende belastingplan verhaalt ons dat tot en met de jaren twintig van de vorige eeuw de Belastingdienst soldaten kon inlegeren bij weigerachtige belastingplichtigen. Deze laatste moest iedere ingelegerde krijgsman een nachtleger, voeding, een plaats bij de haard en dagelijks vijftig cent verschaffen.<sup>26</sup>

Bij het doornemen van de onderhavige voorstellen bekruipt mij het gevoel dat weigerachtige belastingplichtigen tegenwoordig geen inwonende militairen, maar de absolute toegewezen krijgen. Net zoals bijvoorbeeld het wetsvoorstel uit 2000, geeft het onderhavige wetsvoorstel een staalkaart van constructies die heden ten dage in zwang zijn om overdrachtsbelasting te ontwijken. Tussen de regels door lees ik dat deze constructies alleen met nieuwe, nog gederailleerder antimisbruikwetgeving bestreden kunnen worden. Blijkbaar berust de wetgever in reeds uitgevoerde constructies en wordt het inroepen van *fraus legis* in dergelijke gevallen weinig kansrijk geacht.<sup>27</sup> Belastingplichtigen die de grenzen hebben opgezocht, worden beloond. Deze gang van zaken geeft toch wel een prikkel om het zoeken naar constructies ook onder de nieuwe wet voort te zetten. Ook de nieuwe regeling lijkt mij niet waterdicht, maar voor de gemiddelde belastingplichtige wel erg ingewikkeld. Het kat-en-muisspel tussen fiscus, wetgever en vastgoedbelegger zal nog wel een vervolg krijgen.

## Redmar Wolf is partner bij Baker & McKenzie Amsterdam.

- 1 Bij wet van 14 december 2000, Stb. 551, zie hierover: R.A. Wolf, 'Reparatiewetgeving overdrachtsbelasting', WFR 2000/555 en van dezelfde auteur: 'Voortgang reparatiewetgeving overdrachtsbelasting', WFR 2000/1675, 'Overdrachtsbelasting bij aandelentransacties, nieuwe wetgeving voor vastgoedlichamen', Fiscaal Tijdschrift Vermogen 2002/5.
- 2 Hierbij werd met name gebruik gemaakt van cumulatieve preferente aandelen, 'cum-prefs'.
- 3 In het wetsvoorstel: Overige Fiscale Maatregelen 2008, Kamerstukken II 2007-2008, 31 206.
- 4 Zie hierover onder meer: R.A. Wolf, 'Overdrachtsbelasting; geen ontkomen meer aan?', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2007/6.
- 5 M.T.E. Robben, *Overdrachtsbelasting en onroerendezaaklichamen*, Fed fiscale brochure, Deventer: Kluwer, 2006, p. 48.
- 6 HR 26 november 1986, BNB 1987/129.
- 7 Kamerstukken II 2010-2011, 32 504, nr. 3 (onopgemaakt), p. 45.
- 8 Art. 4, lid 4, onderdeel a (nieuw) spreekt van: 'concern als gedefinieerd krachtens artikel 15, eerste lid, onderdeel h'. Dit wetsartikel bevat echter geen verwijzing naar het begrip 'concern'; het begrip vinden we pas in het Uitvoeringsbesluit (waarvan men inderdaad kan zeggen dat het is vastgesteld krachtens het wetsartikel).
- 9 HR 17 september 2010, nr. 08/04478, NTFR 2010/2171.
- 10 Het lichaam dat al dan niet een OZL is.
- 11 De vorderingen worden niet tot de bezittingen gerekend 'tenzij aannemelijk wordt gemaakt (...)'.  
12 Kamerstukken II 2010-2011, 32 504, nr. 3, p. 41.  
13 Kamerstukken II 1999-2000, 27 030, nr. 3, p. 15.
- 14 Illustratief in dit verband is ook: HR 5 februari 2010, NTFR 2010/361, BNB 2010/148c (met noot van Van Straaten).
- 15 Y.E. Gassler, *De verkrijging van aandelen in de overdrachtsbelasting*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 159.
- 16 Kamerstukken II 2010-2011, 31 058 en 32 426.
- 17 Zie hierover: A. Rozendal, 'Het begrip "belang" in de overdrachtsbelasting, meer duidelijkheid gewenst', WFR 2008/1000 en R.A.H.J. Kousen, 'Belang bij een nadere uitleg van het begrip "belang"!', *Vastgoed Fiscaal en Civiel* 2010/3.
- 18 Overige Fiscale Maatregelen, Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2007-2008, 31 206, nr. 6, p. 8.
- 19 Kamerstukken II 2010-2011, 32 504, nr. 3 (onopgemaakt), p. 43.
- 20 Invoeringswet Titel 7.13 BW, wetsvoorstel nummer 31 065, ingediend op 6 juni 2007, op 15 december 2009 aangenomen in de Tweede Kamer.
- 21 Zie hierover onder meer: A.W.M. Roelen, 'Het nieuwe personenvennootschapsrecht en de overdrachtsbelasting', MBB 2007/11 en P. Janson, 'Recente ontwikkelingen Invoeringswet 7.13 - een update op het gebied van de overdrachtsbelasting', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2009/4.
- 22 HR 15 oktober 2004, nr. 38.879, BNB 2005/52c, NTFR 2004/1561.
- 23 Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, wetsvoorstel nummer 28 746, ingediend op 24 december 2002, laatste kamerstuk dateert van 15 april 2008; een brief van de vaste kamercommissie van Justitie van de Eerste Kamer aan de minister van Justitie dat de behandeling van het wetsvoorstel niet voor het zomerreces kan plaatsvinden.
- 24 Kamerstukken II 2010-2011, nr. 32 504, nr. 2, art. XXVIII.
- 25 Kamerstukken II 2010-2011, nr. 32 504, nr. 2, art. XXVII.
- 26 Ontleend aan: T. Pfeil, *Op gelijke voet. De geschiedenis van de belastingdienst*, Deventer: Kluwer, 2009.
- 27 Getuige ook de ingeboekte extra belastingopbrengsten door de onderhavige maatregelen ad € 150 miljoen.