

Masterscriptie Fiscale Economie

**Wet modernisering personenvennootschappen:
overdrachtsbelastingaanpassingen gewenst!**

*Een onderzoek naar de (gewenste) overdrachtsbelastingbehandeling van
personenvennootschappen naar huidig en toekomstig recht*



Naam student: T. van der Spek
Studentnummer: 434350

Begeleider: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk
Tweede beoordelaar: Drs. M.T.E. Robben

Datum definitieve versie: 11 juni 2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van
Erasmus School of Economics noch de Erasmus Universiteit Rotterdam

Voorwoord

Beste lezer,

Het voor u liggende rapport betreft mijn masterscriptie Fiscale Economie, waarin de vraag centraal staat hoe personenvennootschappen naar toekomstig recht zouden moeten worden behandeld in de overdrachtsbelasting. Op basis van dit onderzoek doe ik een voorstel. Het ministerie van Financiën zou dit voorstel te zijner tijd als uitgangspunt kunnen nemen bij het consulteren van het fiscale wetsvoorstel aangaande een invoering van Titel 7.13 BW.

Dit document betreft het sluitstuk van mijn masteropleiding. Helaas is de oplevering ervan vertraagd. Ik denk dat dit vooral te wijten is aan dat mijn vriendin vorig jaar maart ziek is geworden en ik het afgelopen jaar een bedrijfsovername heb begeleid. Tegenwoordig gaat het gelukkig goed met de gezondheid van mijn vriendin en ben ik venoot van een mooi bedrijf. Zeker het eerstgenoemde is belangrijk: *health is not valued till sickness comes*. Gezondheid is een groot goed. Hoe, zwaar, interessant ik de fiscaliteit ook vind, werk en studie zijn slechts bijzaken.

Dit voorwoord geeft mij de mogelijkheid om kort een aantal mensen te bedanken voor het ondersteunen, begeleiden en/of het leveren van een bijdrage aan het tot stand komen van het voorliggende rapport. Op de eerste plaats wil ik graag mijn vriendin bedanken. Ondanks alles is zij het afgelopen jaar zo ontzettend positief gebleven. Verder wil ik Yvonne Tigelaar-Klootwijk bedanken voor de prettige samenwerking. Zonder haar medeleven, betrokkenheid, snelle en duidelijke feedback, was het voor mij niet mogelijk geweest om dit rapport op te leveren. Ook wil ik Mark Robben bedanken voor het tegenlezen. Ik had reeds een aantal overdrachtsbelastingbijdragen van hem bestudeerd, voordat ik wist dat hij als tweede beoordelaar zou gaan optreden. *Last but not least*, wil ik mijn (schoon)vader bedanken voor het grondig doornemen van de scriptie en voor het meedenken over de civiel- en fiscaalrechtelijke vraagstukken.

Ik ga u nu niet verder meer ophouden met dit voorwoord. Ik wens u veel wijsheid en leesplezier toe.

Tim van der Spek

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	6
1 Inleiding	8
1.1 Aanleiding.....	8
1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader.....	10
1.2.1 Onderzoeksvraag	10
1.2.2 Toetsingscriteria.....	10
1.3 Opbouw.....	11
1.4 Methodologie.....	12
1.5 Afbakening	12
2 Modernisering personenvennootschappen	13
2.1 Inleiding.....	13
2.2 Personenvennootschappen naar huidig recht.....	14
2.2.1 Algemeen	14
2.2.2 Maatschap.....	15
2.2.3 Vennootschap onder firma	18
2.2.4 Commanditaire vennootschap.....	19
2.3 Personenvennootschappen naar toekomstig recht.....	21
2.3.1 Algemeen	21
2.3.2 (Commanditaire) vennootschap met rechtspersoonlijkheid.....	23
2.3.3 Rechtspersoonlijkheid.....	25
2.3.4 Toe- en uittreding van vennoten	28
2.3.5 Ontbinding en vereffening.....	29
2.4 Deelconclusie	30
3 Personenvennootschappen en overdrachtsbelasting	32
3.1 Inleiding.....	32
3.2 De huidige overdrachtsbelasting	34
3.2.1 Algemeen	34
3.2.2 De economische eigendom.....	35
3.2.3 De regeling voor fictieve onroerende zaken.....	37

3.2.4	Een aantal vrijstellingen.....	42
3.3	Personenvennootschappen in de huidige overdrachtsbelasting.....	48
3.3.1	De belastingplichtige verkrijger	48
3.3.2	Het Scheepjeshofarrest.....	52
3.3.3	De open cv in de herstructureringsvrijstelling.....	53
3.4	Deelconclusie	55
4	(O)vr en overdrachtsbelasting	57
4.1	Inleiding.....	57
4.2	Analyse van de Invoeringswet (oud).....	58
4.2.1	Algemeen	58
4.2.2	Ovr in de regeling voor fictieve onroerende zaken	59
4.2.3	Overgangsregeling voor vastgoedbeleggingsfondsen	62
4.2.4	Opteren voor rechtspersoonlijkheid.....	63
4.2.5	Opgeven van rechtspersoonlijkheid	65
4.2.6	Ovr in de herstructureringsvrijstelling	66
4.3	Wenselijke overdrachtsbelastingaanpassingen	67
4.3.1	Algemeen	67
4.3.2	Vr in de regeling voor fictieve onroerende zaken.....	69
4.3.3	Overgangsregeling voor bestaande personenvennootschappen.....	71
4.3.4	Inbreng van een onderneming in een vr.....	73
4.3.5	Vereffening van het vermogen van een ontbonden vr	74
4.3.6	Vr in de herstructureringsvrijstelling	76
4.4	Deelconclusie	78
5	Recapitulatie en conclusie.....	80
5.1	Recapitulatie	80
5.2	Conclusie	82
	Bijlage – Voorstel van Wet.....	83
	Literatuurlijst	85
I.	Artikelen.....	85
II.	Boeken	87
III.	Overige bronnen	88

Parlementaire stukken	89
I. Parlementaire geschiedenis	89
II. Overige stukken	89
Jurisprudentielijst	91
I. Hoge Raad der Nederlanden	91
II. Gerechtshoven	91

Lijst van gebruikte afkortingen

AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
bv	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
cv	commanditaire vennootschap
cvr	commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid
fgr	fonds voor gemene rekening
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrgb	Handelsregisterbesluit 2008
Hrgw	Handelsregisterwet 2007
INV	Invorderingswet 1990
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
Nnv	Nota naar aanleiding van het nader verslag
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
nv	naamloze vennootschap
NvW	Nota van Wijziging
ov	openbare vennootschap
ovr	openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid
ozr	onroerendezaakrechtspersoon
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
UB BRV	Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971
UR AWR	Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen 1994
vbi	vrijgestelde beleggingsinstelling

Lijst van gebruikte afkortingen

vr	vennootschap met rechtspersoonlijkheid
VvW	Voorstel van Wet
Wet BRV	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Op grond van het vigerende civiele recht kennen we de volgende personenvennootschappen: de maatschap, vof en cv. De wettelijke regeling is verspreid opgenomen over Titel 9 van Boek 7A BW (maatschap) en Titel 3 van Boek 1 WvK (vof en cv). De maatschap is een overeenkomst tot uitoefening van een beroep, de vof een overeenkomst ter uitoefening van een bedrijf en de cv een bijzondere vof met een of meer firmanten die slechts beperkt aansprakelijk zijn.

Kenmerkend aan personenvennootschappen is dat zij een bijzondere overeenkomst zijn met persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de verbintenissen van de vennootschap. Naar huidig recht bezitten de personenvennootschappen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de bv, nv en coöperatie¹, geen rechtspersoonlijkheid. De 'Boek 2-rechtspersonen' staan wat het vermogensrecht betreft, gelijk met een natuurlijk persoon.² Een Boek 2-rechtspersoon is derhalve een rechtssubject, een zelfstandig drager van rechten en plichten. Bij personenvennootschappen zijn daarentegen de firmanten gezamenlijk de dragers van de rechten en plichten die verband houden met de onderneming van de vennootschap.

De personenvennootschap is een laagdrempelige rechtsvorm. Tegen geringe kosten, en zonder al te veel formaliteiten, kan in samenwerking een onderneming worden opgezet. Anders dan bijvoorbeeld de bv, hoeft zij niet notarieel te worden opgericht. In Nederland zijn er ongeveer 210.000 personenvennootschappen, bestaande uit: 34.000 maatschappen, 169.000 vof's en 7.000 cv's.³ De personenvennootschappen worden voornamelijk gebruikt in de agrarische sector, handel, horeca en (zakelijke) dienstverlening (artsen, notarissen, advocaten, etc.).⁴ Ergo, de personenvennootschappen spelen een belangrijke rol in het (economische) rechtsverkeer en bedrijfsleven.

Het personenvennootschappenrecht stamt uit 1838 en is nadien niet meer noemenswaardig aan verandering onderhevig geweest. De vigerende regeling beantwoordt onvoldoende aan de behoeften van de tegenwoordige gebruikers. Titel 3 van Boek 1 WvK staat al langer op het punt om te verdwijnen, waarbij het de bedoeling is dat de regeling zal worden samengebracht in een nieuwe Titel 13 van Boek 7 BW. Zo heeft een ontwerp van de hand van Maeijer geleid tot een wetsvoorstel dat in 2002 werd ingediend bij de Tweede Kamer.⁵ Dit wetsontwerp kende een indeling tussen de ov, cv en stille vennootschap (maatschap), waarbij de ov en cv rechtspersoon kon worden door dit in de overeenkomst te bepalen en deze op

¹ Zie art. 2:3 BW.

² Art. 2:5 BW.

³ Nader voorlopige cijfers over het vierde kwartaal van 2020 van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) StatLine. Ter vergelijking: eind vorig jaar waren er ca. 374.000 bv's.

⁴ Zie vorige voetnoot.

⁵ *Kamerstukken I 2004-2005*, 28746, nr. A (Gewijzigd VvW). Voor het oorspronkelijke wetsvoorstel zie: *Kamerstukken II 2002-2003*, 28746, nr. 1;2 (VvW). Hierna: VvW (oud).

te nemen in een notariële akte.⁶ De voorgestelde regeling is uiteindelijk in 2011 door de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie ingetrokken.⁷ Dit terwijl het VvW (oud) en de invoeringswet⁸ beide reeds door de Tweede Kamer waren aangenomen. De regeling zou weinig steun hebben gekregen van de beoogde gebruikers, meer specifiek: de ondernemers in het midden- en kleinbedrijf (MKB).⁹

Toch bleef er in de samenleving behoefte bestaan aan een grondige modernisering van het personenvennootschappenrecht. Vanaf 2012 heeft een breed samengestelde werkgroep¹⁰, onder voorzitterschap van Van Olffen, zich ingezet voor het in kaart brengen van de discussiepunten ter zake. De werkgroep heeft in september 2016 haar definitieve rapport overhandigd aan de minister van Veiligheid en Justitie.¹¹ Naar aanleiding van dit rapport heeft de wetgever op 21 februari 2019 een voorontwerp wetsvoorstel geconsulteerd.¹² Het Voorontwerp wordt ondersteund door een concept toelichting.¹³ Het betreft de civielrechtelijke regeling. De wetgever geeft aan dat de fiscale maatregelen, het overgangsrecht en de wijzigingen in overige wetten op een later moment zullen worden geconsulteerd.¹⁴ Naar de regels van het Voorontwerp hebben alle personenvennootschappen *van rechtswege* rechtspersoonlijkheid.

In de concept-MvT geeft de wetgever aan dat in het rapport van de werkgroep reeds een aantal aanbevelingen zijn gedaan voor de fiscale regelgeving.¹⁵ De werkgroep merkt op dat de nieuwe regeling fiscaal vooral gevolgen heeft voor de toepassing van de overdrachtsbelasting.¹⁶ Voorts merkt de werkgroep op dat de gevolgen eerder in kaart zijn gebracht bij de behandeling van het wetsvoorstel Titel 7.13 BW en dat daaruit is gebleken dat die gevolgen bevredigend kunnen worden opgelost. In hoofdstuk 4 van de Invoeringswet (oud) waren de voorgestelde fiscale wetswijzigingen opgenomen. Wat betreft de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting werd voorgesteld om de zogenoemde transparantie van personenvennootschappen te handhaven, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid zouden bezitten. De keuze voor rechtspersoonlijkheid zou wel gevolgen met zich meebrengen voor de overdrachtsbelasting.¹⁷

Onder de naam 'overdrachtsbelasting' wordt een belasting geheven ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken.¹⁸ De

⁶ Zie art. 802 VvW (oud).

⁷ Zie *Kamerstukken I* 2010-2011, 31065, nr. C (Brief inzake wetsvoorstel 31065).

⁸ *Kamerstukken I* 2009-2010, 31065, nr. A (Gewijzigd VvW). Voor de oorspronkelijke invoeringswet zie: *Kamerstukken II* 2006-2007, 31065, nr. 2 (VvW). Hierna: Invoeringswet (oud).

⁹ Zie voetnoot 7.

¹⁰ Hierna: werkgroep.

¹¹ Van Olffen e.a. 2016.

¹² Wet modernisering personenvennootschappen. Geraadpleegd via: <https://www.inter-netconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>. Hierna: Voorontwerp.

¹³ Hierna: concept-MvT.

¹⁴ Zie voetnoot 12.

¹⁵ Concept-MvT, p. 17-18.

¹⁶ Van Olffen e.a. 2016, p. 12.

¹⁷ Zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 065, nr. 3 (MvT), p. 34.

¹⁸ Zie art. 2 lid 1 Wet BRV.

overdrachtsbelasting is sterk geënt op het civiele recht. Met de werkgroep ben ik van mening dat (ook) de nieuwe civielrechtelijke regeling voornamelijk gevolgen zal hebben voor de heffing van overdrachtsbelasting. Ik vraag me alleen of de in het verleden voorgestelde overdrachtsbelastingaanpassingen thans een goed uitgangspunt bieden voor een fiscale regeling, aangezien de civielrechtelijke regeling van het Voorontwerp op een aantal belangrijke onderdelen afwijkt van de regeling van het VvW (oud). Bovendien hadden de destijds voorgestelde wijzigingen de knelpunten omtrent de heffing van overdrachtsbelasting van personenvennootschappen, slechts gedeeltelijk weggenomen. Het ministerie van Financiën dient daarom tijdig over te gaan tot het consulteren van het fiscale wetsvoorstel, opdat een langdurige parlementaire behandeling achterwege kan blijven en Titel 7.13 BW spoedig kan worden ingevoerd.

1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader

1.2.1 Onderzoeksvraag

Gezien vorenstaande kan de volgende onderzoeksvraag worden geformuleerd: “Hoe zouden personenvennootschappen naar toekomstig recht moeten worden behandeld in de overdrachtsbelasting?”.

Het beantwoorden van de onderzoeksvraag gebeurt op basis van de volgende toetsingscriteria.

1.2.2 Toetsingscriteria

1.2.2.1 Gelijkheid en neutraliteit

Allereerst wordt getoetst aan gelijkheid en neutraliteit. In het kader van dit onderzoek is het vooral belangrijk dat economische gelijke gevallen, ook wat betreft de heffing van overdrachtsbelasting gelijk worden behandeld. Dit is bijvoorbeeld een van de doelen die de staatssecretaris van Financiën¹⁹ voor ogen heeft met de regeling voor zogenaamde fictieve onroerende zaken (art. 4 Wet BRV).²⁰ Een ongelijke behandeling kan versturende gedragseffecten bij belastingplichtigen tot gevolg hebben. Belastingen veroorzaken welvaartsverlies²¹, omdat zij het gedrag van belastingplichtigen beïnvloeden. In dit onderzoek gaat het dan om de neutraliteit tussen de keuze voor een bepaalde rechtsvorm, personenvennootschap vs. Boek 2-rechtspersoon.

1.2.2.2 Rechtszekerheid

In het kader van dit onderzoek wordt met rechtszekerheid getoetst of bepaalde regelingen afdoende kenbaar en duidelijk zijn voor belastingplichtigen. Voor de heffing van overdrachtsbelasting kan men dan denken aan de zogenoemde economische eigendomsverkrijging en de regeling voor fictieve onroerende zaken.²² Indien deze overdrachtsbelastingbepalingen *a priori* voldoende kenbaar zijn en

¹⁹ Hierna: staatssecretaris.

²⁰ Zie § 3.2.3.1 van dit onderzoek.

²¹ *Lump-sum taxes* daargelaten.

²² Successievelijk art. 2 lid 2 Wet BRV en art. 4 Wet BRV.

duidelijkheid verschaffen, zodat belastingplichtigen vóór het verrichten van een bepaalde rechtshandeling al weten of behoren te weten dat deze rechtshandeling onder de reikwijdte van de betreffende regeling terecht zal komen, dan is naar mijn mening sprake van voldoende rechtszekerheid.

1.2.2.3 Uitvoerbaarheid en eenvoud

Als laatste wordt getoetst aan uitvoerbaarheid en eenvoud. In dit onderzoek gaat het dan vooral om de derde deelvraag, behandeld in hoofdstuk 4 (zie hieronder). De in het verleden voorgestelde aanpassingen, zoals deze waren opgenomen in de Invoeringswet (oud), worden aan deze criteria getoetst. Ook worden de door mij voorgestelde aanpassingen hieraan getoetst. Met uitvoerbaarheid wordt de vraag gesteld of de voorgestelde wijzigingen voor de wetgever ook daadwerkelijk uitvoerbaar zijn, of dat hier problemen kunnen ontstaan. Ter zake van de eenvoudstoets wordt geanalyseerd of de voorgestelde aanpassingen ook ten aanzien van belastingplichtigen begrijpelijk zijn en niet te complex worden.

1.3 Opbouw

De centrale vraagstelling wordt beantwoord aan de hand van drie deelvragen. De opbouw van de deelvragen en de hoofdstukken waarin deze ter hand worden genomen, is als volgt.

In hoofdstuk 2 staat de volgende deelvraag centraal: *“Welke civielrechtelijke wijzigingen heeft de regeling van het Voorontwerp tot gevolg?”*. In hoofdstuk 2 wordt eerst aandacht besteed aan het huidige personenvennootschappenrecht. De onderwerpen overeenkomst, gemeenschap, inbreng, aansprakelijkheid, afgescheiden vermogen, verdeling etc. komen prominent aan bod. Vervolgens wordt de voorgestelde regeling van het Voorontwerp behandeld. Daarbij wordt (onder andere) stilgestaan bij de rechtspersoonlijkheid, toe- en uittreding van vennoten en nieuwe regeling voor ontbinding en vereffening.

Hoofdstuk 3 geeft antwoord op de tweede deelvraag: *“Hoe worden personenvennootschappen naar huidig recht behandeld in de overdrachtsbelasting en welke knelpunten komen hierbij naar voren?”*. Allereerst wordt in hoofdstuk 3 stilgestaan bij de huidige overdrachtsbelastingwetgeving. Denk aan het onderwerp belastbaar feit, alsmede aan een aantal – voor personenvennootschappen – relevante overdrachtsbelastingvrijstellingen. Daarna wordt de huidige overdrachtsbelasting toegespitst op personenvennootschappen. Ter zake van diverse transacties waar personenvennootschappen bij betrokken zijn, wordt gekeken hoe de heffing van overdrachtsbelasting verloopt. In dit hoofdstuk komen de huidige knelpunten omtrent de behandeling van personenvennootschappen in de overdrachtsbelasting naar voren.

In hoofdstuk 4 komt de laatste deelvraag aan de orde: *“Welke overdrachtsbelastingaanpassingen zijn wenselijk in verband met een invoering van Titel 7.13 BW?”*. In hoofdstuk 4 worden eerst de in het verleden voorgestelde overdrachtsbelastingaanpassingen, zoals deze waren opgenomen in de Invoeringswet (oud), geanalyseerd. Hierna worden de naar mijn mening wenselijke wetswijzigingen in verband met een invoering van Titel 7.13 BW besproken. In de bijlage van dit onderzoek heb

ik de door mij voorgestelde wijzigingen van de in de Wet BRV opgenomen artikelen geëxpliciteerd.

Ieder hoofdstuk vangt aan met een inleiding en wordt besloten met een deelconclusie. Als laatste wordt in hoofdstuk 5 een recapitulatie gegeven. Hoofdstuk 5 geeft tevens antwoord op de onderzoeksvraag en vormt daarmee de eindconclusie.

1.4 Methodologie

Het onderhavige onderzoek wordt op kwalitatieve wijze uitgevoerd. Daarbij wordt gebruik gemaakt van civiele en fiscale literatuur, alsmede van Nederlandse jurisprudentie, parlementaire stukken, etc. Het betreft dus een literatuurstudie. In dit onderzoek worden geen empirische analyses gedaan.

1.5 Afbakening

Het onderzoek beperkt zich tot de overdrachtsbelastingbehandeling van personenvennootschappen. Met andere woorden: het onderzoek gaat niet in op overige, flankerende, fiscale wet- en regelgeving. Ook wordt niet stilgestaan bij de eventuele gevolgen voor het internationale en Europese belastingrecht.

Meer specifiek beperkt hoofdstuk 2 zich tot de voor de heffing van overdrachtsbelasting belangrijkste civielrechtelijke wijzigingen. Het onderscheid tussen beroep en bedrijf wordt bijvoorbeeld beperkt behandeld. Ook bij het onderwerp aansprakelijkheid wordt slechts kort stilgestaan. De eerste deelvraag wordt overigens niet getoetst aan criteria. In dit rapport wordt hoofdzakelijk fiscaal onderzoek gedaan. Een uitgebreide behandeling en toetsing van het civielrechtelijke wetsvoorstel, zou het doel en overzicht van dit onderzoek te buiten gaan.

Verder beperkt hoofdstuk 3 zich tot de behandeling van een aantal voor personenvennootschappen belangrijke overdrachtsbelastingregelingen en -ontwikkelingen. Opgemerkt wordt dat in hoofdstuk 3 ook (kort) wordt stilgestaan bij de regeling voor fictieve onroerende zaken (art. 4 Wet BRV) en de herstructureringsvrijstelling (art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV). Dit omdat personenvennootschappen naar toekomstig recht onder de reikwijdte van deze bepalingen terecht zullen gaan komen.

In hoofdstuk 4 worden de naar mijn mening wenselijke overdrachtsbelastingaanpassingen in verband met een invoering van Titel 7.13 BW behandeld. In de bijlage van dit onderzoek heb ik (alleen) de door mij voorgestelde wijzigingen van in de Wet BRV opgenomen artikelen geëxpliciteerd. Opgemerkt wordt dat ik de civielrechtelijke regeling van het Voorontwerp als uitgangspunt heb genomen. In hoofdstuk 4 doe ik een aantal aannamen. Ik ga er bijvoorbeeld van uit dat met de regeling van het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel, zogenoemd accomoderend overgangsrecht zal worden ingevoerd.²³

²³ Zie § 2.3.4 en § 4.3.1 van dit onderzoek.

2 Modernisering personenvennootschappen

2.1 Inleiding

Personenvennootschappen zijn bijzondere overeenkomsten met persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de verbintenissen van de personenvennootschap. Dit kenmerkt personenvennootschappen en onderscheidt ze van kapitaalvennootschappen. De huidige wetgeving met betrekking tot personenvennootschappen is verspreid geregeld: de maatschap is opgenomen in Titel 9 van Boek 7A BW en de bijzondere bepalingen omtrent de vof en de cv zijn opgenomen in Titel 3 van Boek 1 WvK. Kortgezegd is de (stille²⁴) maatschap een overeenkomst tot uitoefening van een beroep, een vof een overeenkomst tot uitoefening van een bedrijf en een cv een bijzondere vof met een of meer vennoten die slechts beperkt aansprakelijk zijn. De wetgeving inzake personenvennootschappen is gedateerd. De regeling komt uit 1838 en is nadien niet wezenlijk aan verandering onderhevig geweest.

Ter zake van personenvennootschappen heeft de rechtspraak zich ontwikkeld en zijn de maatschappelijke opvattingen veranderd. De HR aanvaardde eind 19^e eeuw bijvoorbeeld een zogenaamd afgescheiden vermogen.²⁵ En in de civielrechtelijke literatuur wordt kritiek geleverd op de verschillende behandeling van beroepsbeoefenaren en exploitanten van een bedrijf.²⁶ Een en ander heeft ervoor gezorgd dat de vigerende regeling tekortkomingen vertoont – zij stemt niet goed overeen met de bestaande maatschappelijke opvattingen en behoeften.²⁷ Voor de wetgever derhalve afdoende aanleiding om tot herziening van de regeling over te gaan. Titel 3 van Boek 1 WvK staat bovendien al langer op het punt om te verdwijnen, waarbij het de bedoeling is dat de regeling zal worden samengebracht in een nieuwe Titel 13 van Boek 7 BW. In het verleden zijn herhaalde pogingen gedaan om daaraan vorm te geven.

Na een ontwerp van de hand van Van der Grinten (1972), aanvaardt Maeijer in de jaren negentig de opdracht een nieuw ontwerp te maken. Laatstgenoemd ontwerp leidde tot een wetsvoorstel dat in 2002 bij de Tweede Kamer werd ingediend.²⁸ Dit wetsvoorstel kende de volgende personenvennootschappen: de maatschap (of stille vennootschap), ov, ovr, cv en cvr. De ov en cv konden rechtspersoonlijkheid verkrijgen en dus respectievelijk ovr en cvr worden door dit in de overeenkomst van vennootschap te bepalen en deze overeenkomst in een notariële akte vast te leggen.²⁹ De regeling is door de toenmalige minister, nadat het VvW (oud) en de

²⁴ Een stille maatschap kan ook een overeenkomst tot uitoefening van een bedrijf zijn. De (stille) maatschap wordt behandeld in § 2.2.2.

²⁵ Het afgescheiden vermogen wordt (onder andere) behandeld in § 2.2.2.3.

²⁶ Het belangrijkste verschil is dat beroepsbeoefenaren – kortgezegd – aansprakelijk zijn voor gelijke delen, terwijl bedrijfsbeoefenaren hoofdelijk verbonden zijn voor het geheel (zie § 2.2.2.3 en § 2.2.3.3).

²⁷ Bovendien is zij ontoegankelijk geworden voor de niet-geïnitieerde lezer.

²⁸ VvW (oud).

²⁹ Zie art. 802 VvW (oud).

daarbij behorende invoeringswet³⁰ reeds door de Tweede Kamer waren aangenomen, in het najaar van 2011 ingetrokken. Hierbij was doorslaggevend dat de regeling weinig steun kreeg van de beoogde gebruikers, meer in het bijzonder de ondernemers in het MKB.³¹ Vervolgens heeft vanaf 2012 de werkgroep zich ingezet voor het in kaart brengen van de discussiepunten ter zake. Op 2 september 2016 heeft zij haar definitieve rapport overhandigd aan de minister.³²

Aan de hand van dit rapport heeft de wetgever op 21 februari 2019 een voorontwerp wetsvoorstel voor het moderniseren van de regeling omtrent personenvennootschappen geconsulteerd.³³ Het Voorontwerp wordt ondersteund door een concept toelichting.³⁴ Naar de regels van het Voorontwerp zijn er slechts twee soorten personenvennootschappen: de vr en cvr. Uitgangspunt van het Voorontwerp is dus dat alle personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid bezitten.

In het voorliggende hoofdstuk staat de civielrechtelijke regeling van het Voorontwerp centraal. Dit hoofdstuk dient een antwoord te geven op de eerste deelvraag van dit onderzoek: *“Welke civielrechtelijke wijzigingen heeft de regeling van het Voorontwerp tot gevolg?”*. Om tot een juist antwoord te komen wordt eerst in § 2.2 stilgestaan bij de huidige wetgeving omtrent personenvennootschappen. Vervolgens wordt in § 2.3 het Voorontwerp behandeld. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (§ 2.4).

2.2 Personenvennootschappen naar huidig recht

2.2.1 Algemeen

Naar Nederlands recht zijn de (stille) maatschap, vof en cv de personenvennootschappen. Een personenvennootschap wordt ook wel kortweg aangeduid als een vennootschap. Thans gaat het om contractuele samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid. Art. 7A:1655 BW bevat de materiële kenmerken van de overeenkomst van vennootschap. Het begrip ‘overeenkomst’ staat hierbij centraal; een vennootschap is een overeenkomst. De vennoten kunnen natuurlijk personen zijn, maar ook rechtspersonen.

Het wettelijke vennootschapsstramien is zeer los van structuur.³⁵ De meeste bepalingen zijn namelijk regelen van aard. Daardoor hebben de vennoten een grote vrijheid om hun rechtsbetrekking zo in te richten als zij zelf wensen. Dit kunnen ze doen door een en ander vast te leggen in een vennootschapsovereenkomst (akte van vennootschap).

Hierna wordt eerst de maatschap behandeld (§ 2.2.2). Dit omdat de wettelijke regeling van de maatschap ook de basis is voor die van de vof en cv. Bij het

³⁰ Invoeringswet (oud).

³¹ Zie nogmaals *Kamerstukken I* 2010-2011, 31065, nr. C (Brief inzake wetsvoorstel 31065).

³² Van Olfen e.a. 2016.

³³ Voorontwerp.

³⁴ Concept-MvT.

³⁵ Mohr & Meijers 2018, § 1.2, p. 5.

behandelen van de vof en cv in respectievelijk § 2.2.3 en § 2.2.4, kan dan worden volstaan met het aanstippen van een aantal bijzondere aspecten.

De maatschap is in principe bedoeld voor de uitoefening van een beroep. De vof en cv zijn daarentegen beide bedoeld voor de uitoefening van een bedrijf. Bij een (vrij) beroep staan met name de persoonlijke kwaliteiten van de beoefenaren op de voorgrond. Is geen sprake van een (vrij) beroep, dan wordt een bedrijf geëxploiteerd.³⁶ Volgens Mohr & Meijers moet naar objectieve maatstaven heden ten dage het maken van een onderscheid tussen beroep en bedrijf als onmogelijk worden geacht.³⁷ Volgens hen is het niet bevredigend dat het gedateerde onderscheid nog altijd tot grondslag dient voor de onderscheiding van de verschillende vennootschappen.

2.2.2 Maatschap

2.2.2.1 Algemeen

Thans onderscheiden we twee soorten maatschappen, zijnde: de stille en openbare variant. De stille variant is bedoeld voor de beroeps- en bedrijfsuitoefening *niet* onder een gemeenschappelijke naam. Als een maatschap (i) onder een gemeenschappelijke naam is aangegaan en (ii) onder die naam aan het economische rechtsverkeer deelneemt, dus op een voor derden duidelijke manier, dan is sprake van een openbare maatschap.³⁸ Een openbare maatschap kan alleen gebruikt worden voor de beroepsuitoefening.³⁹

De maatschap is een overeenkomst. Omdat het hier gaat om een bijzondere overeenkomst, is het wettelijke recht dat specifiek betrekking heeft op de maatschap geplaatst in Boek 7A BW. In art. 7A:1655 BW staat het volgende: *“Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen”*. Uit de overeenkomst van maatschap komen dus twee verbintenissen naar voren:

- 1 partijen verbinden zich om iets in gemeenschap in te brengen; en
- 2 het voordeel dat voortkomt uit het samenwerkingsverband moeten partijen met elkander delen.

Inbreng is een absolute voorwaarde voor het bestaan van de maatschap. Inbreng kan bestaan uit: geld, goederen, genot van goederen en arbeid.⁴⁰ Inbreng is geen vervreemding; bij het einde van de maatschap krijgt in principe iedere maat terug wat hij of zij indertijd heeft ingebracht.⁴¹ Door het inbrengen van goederen ontstaat

³⁶ Een uitgebreide behandeling van het onderscheid tussen beroep en bedrijf, zou het doel en bestek van dit onderzoek te buiten gaan.

³⁷ Mohr & Meijers 2018, § 3.4, p. 79.

³⁸ Mathey-Bal, *WPNR* 2013/6980, § 7, p. 481-482.

³⁹ Indien onder een gemeenschappelijke naam een bedrijf wordt geëxploiteerd, dan is sprake van een vof of cv.

⁴⁰ Art. 7A:1662 BW.

⁴¹ Waarbij waardeveranderingen voor rekening komen van de maatschap en derhalve tussen de inbrenger en maatschap moeten worden verrekend.

er tussen de maten een zogenaamde goederenrechtelijke gemeenschap. Dat wil zeggen: meerdere partijen zijn gezamenlijk eigenaar van een aantal goederen.⁴² In de praktijk wordt dikwijls een goed slechts economisch ingebracht.⁴³ In dat geval behoort bijvoorbeeld een bedrijfspand niet tot de goederenrechtelijke gemeenschap, maar wel tot de zogenoemde vennootschappelijke gemeenschap⁴⁴; het bedrijfspand komt voor rekening en risico van de maatschap, maar de andere maten worden niet juridisch mede-eigenaar.

Verder moet een maatschap gericht zijn op het behalen van (economisch) voordeel. Ook kostenbesparing kan een voordeel tot stand brengen, denk hierbij aan de regelmatig voorkomende kostenmaatschap.⁴⁵ Het voordeel dient verdeeld te worden over de maten. Een maatschap waarbij is bepaald dat het voordeel slechts aan één van de maten wordt toegerekend, is nietig.⁴⁶ Maten kunnen wel zelf in onderling overleg de verdeelsleutel van de winst vaststellen. Overigens zijn de maten bij het verdelen van een verlies wel geheel vrij.⁴⁷ Als laatste wordt opgemerkt dat als er niets overeen is gekomen inzake verdeling van winst c.q. verlies, dat dan de wettelijke bepaling in werking treedt⁴⁸: ieders aandeel in de winst of verlies wordt gerefereerd aan zijn of haar feitelijke inbreng.

2.2.2.2 Beheer

De wet spreekt bij de maatschap niet van besturen en vertegenwoordigen, maar van beheren. Deze term betreft echter zowel de interne aangelegenheden (bestuur), als de externe (vertegenwoordiging).

Alle maten zijn in de zogenaamde interne verhoudingen zelfstandig bevoegd, tenzij anders overeengekomen.⁴⁹ De maten kunnen het bestuur (oftewel beheer) bij overeenkomst nader regelen. De handelingen verricht in het kader van deze bestuursbevoegdheden komen voor rekening van de gezamenlijke maten. Maar let op: met de woorden 'voor rekening komen van' wordt bedoeld op de interne aangelegenheden, slechts een regel van onderlinge draagplicht.

In de zogenaamde externe verhoudingen bindt een maat die in naam van de maatschap handelt alleen zichzelf, tenzij er sprake is van een volmacht of baattrkking⁵⁰.

⁴² Een dergelijke gemeenschap kan evenwel pas na ontbinding van de maatschap als een zogenaamde bijzondere gemeenschap ex Titel 7 afdeling 2 van Boek 3 BW worden aange-merkt. Zie § 2.2.2.4 hierna.

⁴³ Of alleen het zuiver genot.

⁴⁴ De vennootschappelijke gemeenschap omvat alles wat aan de maatschap dienstbaar is, los van de vraag aan wie de daarvan deel uitmakende vermogensbestanddelen toebeho- ren (Mohr & Meijers 2018, § 2.6, p. 50).

⁴⁵ Bijvoorbeeld agrarische ondernemers die samen een maatschap vormen om landbouwmachines in onder te brengen en te gebruiken.

⁴⁶ Art. 7A:1672 lid 1 BW.

⁴⁷ Art. 7A:1672 lid 2 BW.

⁴⁸ Art. 7A:1670 BW.

⁴⁹ Art. 7A:1674 BW. Indien niks anders is overeengekomen, dan moeten de maten rekening houden met de regels van art. 7A:1676 BW.

⁵⁰ Dat wil zeggen dat de transactie uiteindelijk in een voordeel voor de maatschap resul- teert.

In de laatstgenoemde gevallen – volmacht of baattrekking – zijn alle maten ook in de externe verhoudingen gebonden (aansprakelijk).⁵¹

2.2.2.3 Aansprakelijkheid

Ingeval van aansprakelijkheid spreekt men ook wel van verbondenheid. Indien een maat bevoegd in naam van de maatschap handelt, dan zijn alle maten voor een gelijk deel verbonden.⁵² Handelt een maat onbevoegd dan bindt hij dus alleen zichzelf.

Door inbreng, latere verkrijgingen en het niet opnemen van winsten, ontstaat er gemeenschappelijk vermogen. In navolging op een algemene opvatting in de literatuur heeft de HR in zijn arrest van 2013 beslist dat dit gemeenschappelijke vermogen bij de openbare maatschap een afgescheiden vermogen vormt.⁵³ Uit dit arrest blijkt evenwel niet evident dat ook een stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft.

De schuldeisers van een maatschap kunnen we in twee groepen verdelen, namelijk vennootschapscrediteuren en privéschuldeisers. Uitgaande van een afgescheiden vermogen kunnen de vennootschapscrediteuren aanspraak maken op het gemeenschappelijke vermogen van de (openbare) maatschap. Ook kan een vennootschapscrediteur zich verhalen op het privévermogen van de maat. Privéschuldeisers kunnen zich daarentegen alleen verhalen op het privévermogen van de betrokken maat en dus niet op het aandeel van een maat in de gemeenschap, noch op een aandeel in een bepaald goed van die gemeenschap.

Men dient hier wederom oog te hebben voor het onderscheid tussen aansprakelijkheid en onderlinge draagplicht. De in de interne verhoudingen geregelde draagplicht kan immers – door bepalingen in de vennootschapsovereenkomst – afwijken van de (externe) aansprakelijkheid ter zake.

2.2.2.4 Beëindiging

De beëindiging van de maatschap vangt aan met haar ontbinding.⁵⁴ Met ingang van dat moment strekt de rechtsverhouding alleen nog maar tot de vereffening van het vennootschapsvermogen. Na afwikkeling van de lopende zaken, kan een eventueel resterend saldo worden verdeeld.⁵⁵ Pas daarna is de maatschap beëindigd en is zij opgehouden te bestaan. De ontbinding is geregeld in Boek 7A BW. De vereffening en verdeling worden beheerst door de bepalingen van Titel 3.7 BW.

In art. 7A:1683 BW staat een aantal situaties genoemd waarin de maatschap wordt ontbonden. Denk bijvoorbeeld aan overlijden of opzegging van een vennoot. Het betreft evenwel geen limitatieve opsomming. Ontbinding kan namelijk ook

⁵¹ Art. 7A:1681 BW.

⁵² Art. 7A:1680 BW.

⁵³ HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 (*Biek Holdings*), NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde.

⁵⁴ Mohr & Meijers 2018, § 7.2, p. 235.

⁵⁵ Als een verdeling wordt aangemerkt: iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten medewerken en krachtens welke één of meer van hen één of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen (art. 3:182 BW).

plaatsvinden op grond van een in een vennootschapsovereenkomst genoemde omstandigheid. De maatschap zal bovendien ook worden ontbonden in de situatie waarin slechts één maat zou overblijven, omdat een persoon niet met zichzelf een overeenkomst van maatschap kan hebben.⁵⁶

Praktisch gezien is het evenwel lang niet altijd zinvol en gewenst om bij elke uittreding van maten tegen de consequentie van ontbinding aan te lopen. Bij het uittreden kan zowel voortzetting tussen de overige maten, als voortzetting met een opvolgende erfgenaam of derde worden beoogd. Wil ontbinding van de maatschap achterwege blijven, dan zullen de maten zogenaamde voortzettingsbedingen overeen dienen te komen.

Daarnaast zullen er ook voorzieningen getroffen dienen te worden die bewerkstelligen dat het vennootschappelijke vermogen van de maatschap behouden blijft. Ergo, naast de bovengenoemde voortzettingsbedingen – die derhalve gericht zijn op het continueren van de obligatoire relatie – zullen zogenaamde vermogensbedingen opgesteld dienen te worden die strekken tot het ter beschikking blijven van de vennootschappelijke bedrijfsmiddelen. Deze vermogensbedingen moeten naast de goederenrechtelijke gemeenschapsgoederen, ook de door de maten anderszins beschikbaar gestelde goederen omvatten. Daarom wordt in de praktijk een onderscheid gemaakt tussen een verblijvens- en overnemingsbeding. Een overnemingsbeding ziet bijvoorbeeld op een buiten-gemeenschappelijk bedrijfspand, waarvan slechts de economische eigendom is ingebracht.

2.2.3 Vennootschap onder firma

2.2.3.1 Algemeen

In art. 16 WvK staat het volgende: *“De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan”*. De vof wordt derhalve ook beheerst door de algemene bepalingen van Boek 7A BW, maar vindt haar specifieke regeling in Titel 3 van Boek 1 WvK.

2.2.3.2 Ontstaan van de vof

De vof is net als de maatschap een overeenkomst.⁵⁷ Aan het ontstaan van een vof zijn geen vormvereisten verbonden: de vof ontstaat op het moment dat tussen partijen wilsovereenstemming is bereikt inzake het sluiten van een overeenkomst die de kenmerken van een vof in zich heeft. Een authentieke of onderhandse akte fungeert slechts als bewijsmiddel.⁵⁸

Op grond van art. 23 WvK moet de vof verplicht worden ingeschreven in het Handelsregister.⁵⁹ Maar ook dit is geen bestaansvereiste. Uit art. 29 WvK blijkt immers

⁵⁶ De onderneming zou overigens wel als een eenmanszaak kunnen worden voortgezet. Hier is alleen geen wettelijke regeling voor. Zie Mohr & Meijers 2018, § 7.5.

⁵⁷ Art. 15 WvK jo. art. 7A:1655 BW.

⁵⁸ Art. 22 WvK.

⁵⁹ Overigens moet op grond van art. 5 Hrgw een onderneming (ex art. 2 Hrgb) die in Nederland is gevestigd, in het Handelsregister worden ingeschreven. Volgens mij is art. 23 WvK overbodig.

dat het nalaten van inschrijving in het Handelsregister geen beletsel is voor het ontstaan van de vof. Het niet-inschrijven betreft wel een economisch delict.

2.2.3.3 Afgescheiden vermogen en hoofdelijke verbondenheid

Ingeval van een vof bestaat geen enkele twijfel over de vraag of het gemeenschappelijke vermogen een afgescheiden vermogen vormt. Reeds in het jaar 1897 werd dit vermogen door de HR als afgescheiden aangemerkt.⁶⁰

Zoals eerder aangegeven, vormt het afgescheiden vermogen primair een verhaalsobject voor de vennootschapscrediteuren. Van een afgescheiden vermogen is bij een vof in principe sneller sprake dan bij een maatschap. Dit omdat krachtens art. 17 WvK in beginsel iedere vennoot bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, ongeacht of het beheers- dan wel beschikkingshandelingen⁶¹ betreft.

Alle vennoten zijn voor de verbintenissen van de vof hoofdelijk verbonden⁶², hetgeen wil zeggen dat iedere vennoot voor de gehele schuld aansprakelijk kan worden gesteld. Dit in tegenstelling tot de maatschap, daar waar de maten in beginsel voor gelijke delen aansprakelijk zijn.

2.2.4 Commanditaire vennootschap

2.2.4.1 Algemeen

Inzake de cv bestaat onder het vigerende recht veel onzekerheid. In het WvK hebben slechts art. 19, 20 en 21 betrekking op dit vehikel.

Algemeen wordt aangenomen dat de cv een vorm van maatschap is en een bijzondere vorm van een vof. Ook hier zijn de bepalingen van Boek 7A BW dus van toepassing, voor zover daarvan niet wordt afgeweken in het WvK.

Het meest kenmerkende aspect van de cv is dat de zogenaamde commanditaire vennoot in beginsel niet aansprakelijk is voor de verbintenissen van de cv. En in de interne verhoudingen hoeft de 'commandiet' ten hoogste tot het bedrag van zijn inbreng bij te dragen in een eventueel verlies van de cv.

2.2.4.2 Ontstaan van de cv

Net zoals de maatschap en vof, is de CV een overeenkomst. Ook hier stelt de wet geen vormvereisten. Zij kan dus ook mondeling of zelfs stilzwijgend worden aangegaan. Het bestaan van een cv kan met alle middelen worden bewezen, zowel door de vennoten als door derden.

Als er meer dan één gewone vennoot is naast de commanditaire venno(o)t(en), dan bestaat er tussen de gewone vennoten – tevens – een vof.⁶³

⁶⁰ HR 26 november 1897, W 7047 (*Boeschoten/Besier*).

⁶¹ Bijvoorbeeld het vervreemden van een goed.

⁶² Art. 18 WvK.

⁶³ Art. 19 lid 2 WvK.

2.2.4.3 Bijzonder vereisten

Er is slechts sprake van een cv, wanneer deze is aangegaan tot de uitoefening van een bedrijf. Volgens Meijers blijkt uit art. 19 tot en met 21 WvK dat de wetgever alleen oog heeft gehad voor de openbare cv.⁶⁴ De cv moet derhalve voor een op derden duidelijke kenbare wijze deelnemen aan het economische rechtsverkeer.

Art. 18 Hrgb vereist inschrijving van gegevens inzake de cv. Met betrekking tot de commandieten moet het volgende worden ingeschreven: het aantal commanditaire vennoten, het totale bedrag aan geld en de totale waarde aan goederen die zij gezamenlijk hebben ingebracht.

2.2.4.4 Afgescheiden vermogen

Een cv met twee of meer beherend vennoten heeft een afgescheiden vermogen. Ten aanzien van de gewone vennoten is immers ook sprake van een vof. De vraag kwam op of bij een cv met slechts één beherend vennoot ook sprake kon zijn van een afgescheiden vermogen.

Een gemeenschappelijk vermogen tussen één beherend vennoot en een of meer commanditaire venno(o)t(en) is mogelijk. Een beherend vennoot en een commanditaire vennoot kunnen namelijk gezamenlijk eigenaar zijn van bedrijfsmiddelen. Daarmee is aan het basisvereiste voor het bestaan van een afgescheiden vermogen voldaan.

Mede op basis van een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch van 2 december 1988⁶⁵, werd door de meeste auteurs in de privaatrechtelijke literatuur een afgescheiden vermogen aangenomen. In 2003 heeft de HR deze opvatting bevestigd.⁶⁶

2.2.4.5 Commanditaire vennoot

In beginsel is de commandiet dus niet aansprakelijk voor de verbintenissen van de cv. Het risico is daarmee beperkt tot hetgeen hij heeft ingebracht of dient in te brengen. De inbrengverplichting betreft een interne aangelegenheid; vennootschapscrediteuren staan daarbuiten. De inbrengverplichting kan slechts worden afgedwongen door medevennoten. Er zijn echter uitzonderingen waarbij een derde ook verhaal kan halen op een commanditaire vennoot.

Als de naam van de commanditaire vennoot voorkomt in de naam van de cv, dan zou een derde ten onrechte kunnen denken dat hij verhaal kan halen op de commandiet. Dit is de reden waarom de naam van de commandiet niet in de naam van de vennootschap mag worden gebruikt.⁶⁷ Als dit toch gebeurt, dan is de commanditaire vennoot hoofdelijk verbonden voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap.⁶⁸ Er is een uitzondering op dit verbod: als een beherend vennoot

⁶⁴ Meijers 2015, § 17.4.

⁶⁵ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1988, ECLI:NL:GHSHE:1988:AB8209 (*Basjes/Blaauw Rendita Nederland*), NJ 1994/454.

⁶⁶ HR 14 maart 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4593 (*Hovuma/Spreeuwenberg*), NJ 2003/327, m.nt. J.M.M. Maeijer.

⁶⁷ Art. 20 lid 1 WvK.

⁶⁸ Art. 21 WvK.

uittreedt en vervolgens commanditair vennoot wordt, dan mag zijn of haar naam in de naam van de cv worden gehandhaafd zonder dat dit hoofdelijke verbondenheid tot gevolg heeft.⁶⁹

Verder staat in art. 20 lid 2 WvK het volgende vermeld: *“Deze vennoot mag geene daad van beheer verrigten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, zelfs niet uit kracht eener volmagt”*. Een exacte grens van wat wel en niet mag is evenwel niet aangegeven. Ook hier is de straf conform art. 21 WvK hoofdelijke verbondenheid van de commanditaire vennoot voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap.

2.3 Personenvennootschappen naar toekomstig recht

2.3.1 Algemeen

De wetgever heeft op 21 februari 2019 het Voorontwerp ter consultatie aangeboden.⁷⁰ Het Voorontwerp wordt ondersteund door een concept-MvT. Geïnteresseerden konden tot en met 31 mei 2019 suggesties doen om de kwaliteit en de uitvoerbaarheid van de voorstellen te verbeteren. In totaal hebben 34 partijen op het Voorontwerp gereageerd. Het Voorontwerp bevindt zich nog (steeds) in de voorbereidende fase.⁷¹ Voordat een definitief wetsvoorstel kan worden ingediend bij de Tweede Kamer, zal een dergelijk wetsvoorstel eerst de Afdeling Advisering van de Raad van State moeten doorlopen. Wanneer het Voorontwerp zal worden omgezet in een (definitief) wetsvoorstel, en het voorstel bij de Afdeling Advisering van de Raad van State zal komen te liggen, is mij thans niet bekend. Waarschijnlijk heeft een en ander door het COVID-19 tijdperk vertraging opgelopen.

Bij de overeenkomst van vennootschap (of maatschap) gaat het om een bijzondere overeenkomst. Om die reden heeft de wetgever gekozen voor aanvulling van Boek 7 BW⁷², door middel van een nieuwe Titel 13, genaamd: ‘Vennootschap’. Hierbij merkt de wetgever op dat Titel 13 er één in aanbouw is: de omzetting van rechtspersonen zal in een apart wetgevingstraject worden opgenomen.⁷³

Alvorens de in het kader van dit onderzoek belangrijkste vernieuwingen van het Voorontwerp te behandelen, wordt hieronder eerst stilgestaan bij de door de wetgever aangehaalde uitgangspunten voor een nieuwe titel.⁷⁴ De nieuwe regeling wordt daarmee op hoofdlijnen besproken.

2.3.1.1 Contractsvrijheid; faciliteren ondernemerschap

Een belangrijk uitgangspunt in het huidige privaatrecht is contractsvrijheid. Dit betekent dat personen vrij moeten zijn om overeenkomsten te sluiten. Daarbij dienen personen vrij te zijn in het kiezen van een wederpartij, en moet hij of zij de inhoud

⁶⁹ Art. 20 lid 1 jo. art. 30 lid 2 WvK.

⁷⁰ Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>.

⁷¹ Zie <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK007901>.

⁷² Concept-MvT, p. 2.

⁷³ Concept-MvT, p. 2-3.

⁷⁴ Zie concept-MvT, p. 5.

van een overeenkomst kunnen bepalen. Maar het uitoefenen van deze vrijheid heeft gebondenheid aan de overeenkomst tot gevolg.⁷⁵

De overeenkomst van vennootschap is een bijzondere overeenkomst, waarop – in beginsel – regelend recht van toepassing is. Vennoten hebben daarom een grote mate van vrijheid om zelf afspraken te maken. Ook bij het ontwerpen van een nieuwe titel heeft de voorontwerper het uitgangspunt van contractsvrijheid hoog in het vaandel.⁷⁶ Alleen ter voorkoming van onevenredigheden tussen vennoten onderling, en daar waar de belangen van het handelsverkeer in het geding zijn – bijvoorbeeld de belangen van schuldeisers –, worden beperkingen aan de contractsvrijheid gesteld.

Een belangrijke vernieuwing in het Voorontwerp betreft het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan vennootschappen.⁷⁷ Hierdoor kunnen goederen eenvoudig op naam van de vennootschap worden gesteld. En het vereenvoudigt de toe- en uit-treding van vennoten. Het uittreden van een vennoot leidt dan niet meer tot een algehele ontbinding van de vennootschap. Bovendien ontstaan er nieuwe mogelijkheden voor financiering, doordat zekerheden kunnen worden gevestigd op de rechtsverhouding tussen vennoot en vennootschap.⁷⁸

2.3.1.2 Passende bescherming voor schuldeisers

In de nieuwe regeling worden grenzen gesteld aan de contractsvrijheid, daar waar de legitieme belangen van schuldeisers in het geding zijn. Schuldeisers hebben het recht om te weten wie de vennootschap kan vertegenwoordigen (en tot welk bedrag) en wie van de vennootschap zij voor welk bedrag kunnen aanspreken.

Om deze legitieme belangen te beschermen, zijn vennoten – kortgezegd – ook in de nieuwe regeling (naast de vennootschap⁷⁹) hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.⁸⁰ Bovendien brengt het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de vennootschap volgens de voorontwerper meer

⁷⁵ Ook wel het *pacta sunt servanda*-beginsel genoemd.

⁷⁶ Zie art. 801 Voorontwerp. Slechts van een aantal expliciet genoemde bepalingen kan niet worden afgeweken. Zie ook concept-MvT, p. 21.

⁷⁷ Zie art. 803 Voorontwerp. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan vennootschappen wordt uitgebreid behandeld in § 2.3.3 hierna, aangezien dit belangrijke gevolgen voor de heffing van overdrachtsbelasting van personenvennootschappen zal hebben. Zie hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

⁷⁸ Zie art. 810 en 811 Voorontwerp. Deze zogenoemde beperkte rechten (zie art. 3:8 BW) worden hierna niet behandeld, omdat dit het doel en bestek van dit onderzoek te buiten zou gaan.

⁷⁹ Op grond van de hoofdregel van art. 809 lid 1 Voorontwerp zijn de vennoten *naast de vennootschap* hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap jegens derden (subsidiariteitsaansprakelijkheid). Zie concept-MvT, p. 43.

⁸⁰ Het onderwerp aansprakelijkheid wordt hierna niet besproken, omdat dit het doel en bestek van dit onderzoek te buiten zou gaan. Voor meer informatie wordt verwezen naar: Wuisman, *Ondernemingsrecht* 2019/111. Overigens wordt ook niet stilgestaan bij het onderwerp bestuur en vertegenwoordiging, respectievelijk opgenomen in art. 804 en 808 Voorontwerp. Ook een behandeling van dit onderwerp zou niet bijdragen aan het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

duidelijkheid voor schuldeisers.⁸¹ Daarenboven preciseert de nieuwe regeling, ten opzichte van de huidige regeling, de administratieverplichtingen en geeft het schuldeisers betere mogelijkheden om controle uit te oefenen.⁸² Art. 2:394 BW inzake de openbaarmaking van de jaarrekening (deponeren bij het Handelsregister) is naar huidig recht niet van toepassing op personenvennootschappen.⁸³ Mathey-Bal geeft aan dat dat naar toekomstig recht niet anders zal zijn.⁸⁴

2.3.1.3 Zekerheid voor het handelsverkeer

De voorontwerper vindt het voor het handelsverkeer van belang dat duidelijk is of een vennootschap bestaat, wat het vermogen is van een vennootschap en wie bevoegd is uit naam van de vennootschap met derde partijen te handelen. Onder andere ligt in dit uitgangspunt een belangrijke reden om in de nieuwe regeling rechtspersoonlijkheid toe te kennen aan vennootschappen. De voorontwerper geeft expliciet aan dat deze rechtsfiguur eenvoudig te hanteren is en dat zij duidelijkheid geeft over het vermogen van de vennootschap en het privévermogen van de vennoten.⁸⁵

Met de voorontwerper ben ik van mening dat het toekennen van rechtspersoonlijkheid bij zal dragen aan het bieden van zekerheid voor het handelsverkeer en dat in principe deze rechtsfiguur eenvoudig te hanteren is. Volgens mij geeft echter het toekennen van rechtspersoonlijkheid geen duidelijkheid over het privévermogen van de vennoten en alleen beperkt duidelijkheid over het vermogen van de vennootschap. In een register zullen namelijk slechts een beperkt aantal goederen op naam van de vennootschap worden gesteld. Denk bijvoorbeeld aan het onderscheid tussen onroerende en roerende zaken.⁸⁶ Onroerende zaken worden in het Kadaster op naam geregistreerd, maar roerende zaken worden – in beginsel⁸⁷ – niet ingeschreven in een register.

2.3.2 (Commanditaire) vennootschap met rechtspersoonlijkheid

Het Voorontwerp voorziet slechts in twee rechtsvormen, zijnde: de vennootschap en cv.⁸⁸ De voorontwerper geeft in het algemeen deel van de concept-MvT expliciet aan dat de nieuwe regeling op zowel een stille als een openbare vennootschap kan worden toegepast.⁸⁹ In art. 800 lid 1 Voorontwerp is de omschrijving van

⁸¹ Concept-MvT, p. 6.

⁸² Zie art. 806 Voorontwerp. De regeling van art. 806 Voorontwerp is nagenoeg gelijk aan hetgeen thans geldt voor de vennoten op grond van art. 3:15i en 3:15j BW. Voor meer informatie wordt verwezen naar concept-MvT, p. 35.

⁸³ Naar huidig recht is namelijk Titel 9 van Boek 2 BW niet op personenvennootschappen van toepassing.

⁸⁴ Mathey-Bal, *Ondernemingsrecht* 2019/117, § 3, p. 659.

⁸⁵ Concept-MvT, p. 7.

⁸⁶ Zie art. 3:3 lid 1 en lid 2 BW.

⁸⁷ Motorrijtuigen worden bijvoorbeeld wel door de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW) in het Kentekenregister op naam geregistreerd.

⁸⁸ Oftewel de vr en cvr, aangezien beide rechtsvormen van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben. Zie § 2.3.4 hierna.

⁸⁹ Concept-MvT, p. 8. Het onderscheid tussen openbaar en stil wordt in het rapport van de werkgroep overigens wel gehandhaafd (zie art. 3 voorstel van de werkgroep).

vennootschap gegeven: “*Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking tot de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de partijen, vennoten, met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen*”. Volgens de voorontwerper wordt art. 800 Voorontwerp vooral ten opzichte van het geldende recht geactualiseerd.⁹⁰

Wel een belangrijke inhoudelijke wijziging betreft het verdwijnen van het onderscheid tussen beroep en bedrijf. Beide rechtsvormen kunnen voortaan worden gebruikt voor zowel beroeps- als bedrijfsactiviteiten.⁹¹ Naar huidig recht wordt hier nog een onderscheid gemaakt. Beroepsbeoefenaren kunnen de maatschap als vehikel kiezen en bedrijfsbeoefenaren – kortgezegd⁹² – de vof⁹³. Het belangrijkste verschil tussen deze twee rechtsvormen is nu vooral gelegen in de (externe) aansprakelijkheid: bij een maatschap zijn de maten aansprakelijk voor gelijke delen⁹⁴, terwijl de vennoten van een vof hoofdelijk verbonden zijn voor het geheel.⁹⁵

Het tweede en derde lid van art. 800 Voorontwerp geven bedrijfs- en beroepsbeoefenaren de mogelijkheid om desgewenst de aanduiding ‘vof’ respectievelijk ‘maatschap’ te (blijven⁹⁶) gebruiken.

Alles wat tot de verwezenlijking van het doel van de vennootschap kan bijdragen, kan worden ingebracht en op deze inbreng zijn – in beginsel – de bepalingen van koop of huur van toepassing (art. 802 lid 1 Voorontwerp). Volgens de voorontwerper kan het gaan om de inbreng van geld, arbeid, vermogensbestanddelen of (het genot van) goederen.⁹⁷

In tegenstelling tot het huidige recht, kan in het Voorontwerp een vennoot worden uitgesloten van winst.⁹⁸ In art. 807 lid 1 Voorontwerp is bepaald dat vennoten voor een gelijk deel in het resultaat van de vennootschap delen. In art. 807 lid 2 Voorontwerp is bepaald dat iedere vennoot na vaststelling van het winstdeel recht heeft op uitkering, in geld. De voorontwerper geeft in de concept-MvT hierbij aan dat sprake is van een (vorderings)recht op uitkering.⁹⁹ Art. 807 lid 1 en 2 Voorontwerp

⁹⁰ Concept-MvT, p. 18.

⁹¹ Het onderscheid tussen beroep en bedrijf wordt in het rapport van de werkgroep wel gehandhaafd (zie art. 4 voorstel van de werkgroep).

⁹² In een zogenaamde stille maatschap kunnen ook bedrijfsactiviteiten worden geëxploiteerd, maar dat terzijde.

⁹³ Of de cv, indien er een of meer vennoten participeren als commanditaire vennoot.

⁹⁴ Ervan uitgaande dat de maat heeft gehandeld voor rekening van de maatschap; er moet sprake zijn van een volmacht of baATTRkking (zie art. 7:1681 BW).

⁹⁵ Voor meer informatie wordt verwezen naar een bijdrage van Wuisman (Wuisman, *TvOB* 2017-1, § 3.3).

⁹⁶ Ook nieuwe vennootschappen kunnen ervoor kiezen om deze aanduidingen te gebruiken.

⁹⁷ Concept-MvT, p. 22. Conform het huidige recht derhalve (vgl. art. 7A:1662 BW).

⁹⁸ Naar geldend recht is dit niet mogelijk op grond van art. 7A:1672 lid 1 BW. Deze bepaling beoogt de zogenoemde *societas leonina* te voorkomen.

⁹⁹ Concept-MvT, p. 39.

zijn van regelend recht¹⁰⁰, en daarom kan van deze bepalingen in de vennootschapsovereenkomst worden afgeweken.

De cv is in afdeling 2 van het Voorontwerp geplaatst.¹⁰¹ Art. 820 Voorontwerp geeft de definitie van een cv en dat van een commanditaire vennoot: *“Commanditaire vennootschap is de vennootschap waaraan naast een vennoot een commanditaire vennoot deelneemt, die niet verbonden is voor de verbintenissen van de vennootschap jegens derden”*. De voorontwerper geeft aan dat de nieuwe regeling van de cv qua omvang beperkt is, omdat de meeste regels gelijk zijn aan die van de ingeschreven vennootschap.¹⁰² De cv is namelijk de ingeschreven vennootschap waaraan een of meer commandieten deelnemen. Als belangrijkste vernieuwing geldt hier dat de commanditaire vennoot voortaan handelingen voor de vennootschap mag verrichten, op basis van een door de andere vennoten verstrekte volmacht.

Een andere vernieuwing ziet op de omschrijving van de commanditaire vennoot. Deze omschrijving is namelijk verruimd. De verwijzing in het huidige recht naar de ‘vennoot bij wijze van geldschieting’¹⁰³ is niet meer teruggekeerd. Naast geldschieting kan een commanditaire vennoot ook op een andere wijze een bijdrage leveren aan de cv. De voorontwerper geeft in de concept-MvT als voorbeeld het beschikbaar stellen van goodwill of het geven van advies.¹⁰⁴

2.3.3 Rechtspersoonlijkheid

Zoals eerder dit hoofdstuk is aangegeven, ontstaat er naar huidig recht bij de (openbare) maatschap, vof en cv een bijzonder, van het privévermogen van de maten respectievelijk vennoten, afgescheiden vermogen. In het algemeen deel van de concept-MvT geeft de voorontwerper aan dat de huidige regeling als ingewikkeld ervaren wordt en dat zij voor veel vragen zorgt in de praktijk¹⁰⁵ – bijvoorbeeld de vraag of de stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft of niet en wat hiervan de gevolgen zijn. Rechtspersoonlijkheid moet een einde maken aan deze onduidelijkheid. Voorts maakt de introductie van rechtspersoonlijkheid een wisseling van vennoten eenvoudiger.¹⁰⁶ Daarnaast biedt de voorgestelde regeling nieuwe mogelijkheden voor ondernemers om financiering aan te trekken, doordat het eenvoudiger wordt om op de rechtsverhouding ‘vennoot-vennootschap’ zekerheidsrechten te vestigen.¹⁰⁷

Op grond van art. 803 lid 1 Voorontwerp is de vennootschap een rechtspersoon.¹⁰⁸ Dit heeft tot gevolg dat zowel stille als openbare vennootschappen, die al dan niet

¹⁰⁰ Zie art. 801 Voorontwerp.

¹⁰¹ Zie art. 820-822 Voorontwerp.

¹⁰² Concept-MvT, p. 73.

¹⁰³ Vgl. art. 19 lid 1 WvK.

¹⁰⁴ Concept-MvT, p. 74.

¹⁰⁵ Concept-MvT, p. 9.

¹⁰⁶ Het onderwerp toe- en uittreding wordt in § 2.3.4 besproken.

¹⁰⁷ Concept-MvT, p. 10. Het gaat hier om vruchtgebruik en pandrecht, successievelijk art. 810 en 811 Voorontwerp.

¹⁰⁸ De vennootschap ‘is’ een overeenkomst (ex art. 800 lid 1 Voorontwerp) en ‘is’ een rechtspersoon (ex art. 803 lid 1 Voorontwerp). Volgens Mourik is deze combinatie niet mogelijk. De wetgever bedoelt volgens hem te kennen te geven dat aan de overeenkomst

zijn ingeschreven in het Handelsregister, rechtspersoonlijkheid verkrijgen. Met andere woorden: de vennootschap heeft van rechtswege rechtspersoonlijkheid. Deze rechtspersoonlijkheid is wel beperkter van opzet dan die van 'Boek 2-rechtspersonen'. Op grond van het eerste lid van art. 803 Voorontwerp is namelijk Boek 2 BW niet van toepassing, met uitzondering van art. 4 lid 2¹⁰⁹ en art. 2:5. Art. 2:5 BW bepaalt dat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft, gelijk staat met een natuurlijk persoon. Dit betekent dat de rechtspersoon een rechtssubject is, een zelfstandig drager van rechten en plichten.

In het VvW (oud) was voor de oprichting van een ovr een notariële akte vereist.¹¹⁰ In het ontwerp van de werkgroep was het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid gekoppeld aan het moment van inschrijving in het Handelsregister.¹¹¹ Met het Voorontwerp slaat de wetgever een andere weg in. De wetgever neemt hier dezelfde route als hij indertijd voor de informele vereniging¹¹² genomen heeft: het toekennen van rechtspersoonlijkheid van rechtswege, met enige beperkingen die ontstaan na het aangaan van de overeenkomst.¹¹³ Deze beperkingen zijn opgenomen in het derde lid van art. 803 Voorontwerp: *“een vennootschap die niet is ingeschreven in het handelsregister kan geen registergoederen verkrijgen¹¹⁴ en kan geen erfgenaam zijn”*.

De personenvennootschap uit het Voorontwerp is dus vanaf haar ontstaan ook direct een rechtspersoon (met beperkte rechtsbevoegdheid). Hierdoor komt de huidige regeling met de bijzondere gemeenschap te vervallen. Volgens de voorontwerper zorgt dit voor een belangrijke vereenvoudiging ten opzichte van het voorgestelde systeem van de werkgroep.¹¹⁵ Van Olffen is evenwel – kortgezegd – voorstander van het hanteren van een 'licht' formeel criterium voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid.¹¹⁶ Bovendien vindt hij het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan een stille vennootschap vreemd: *“De rechtspersoon zonder naam die niet als zodanig optreedt”*.¹¹⁷ Van Veen geeft ook aan dat het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan stille vennootschappen niet goed denkbaar is.¹¹⁸ Volgens

tot samenwerking een rechtspersoon dienstbaar is (Mourik, *Ondernemingsrecht* 2019/114, § 2, p. 641).

¹⁰⁹ Art. 2:4 lid 2 BW ziet op de oprichting van een gebrekkige rechtspersoon. Een uitwerking van deze bepaling zou het doel en overzicht van dit onderzoek te buiten gaan. Zie voor meer informatie: Boschma, *Ondernemingsrecht* 2019/110, § 2.2, p. 618-620.

Boschma geeft een noodverband om de figuur van de 'pseudo-personenvennootschap' in goede banen te leiden. Dit om 'zwe(r)vende' goederen te voorkomen.

¹¹⁰ Zie art. 802 VvW (oud).

¹¹¹ Zie art. 6 voorstel van de werkgroep.

¹¹² Ex art. 2:30 BW.

¹¹³ Concept-MvT, p. 24.

¹¹⁴ Door de term 'verkrijging' is duidelijk dat het gaat om de goederenrechtelijke handeling – met andere woorden: het is wel mogelijk om de obligatoire overeenkomst tot koop van een registergoed te sluiten. Zie de toelichting van de voorontwerper hieromtrent: concept-MvT, p. 27.

¹¹⁵ Concept-MvT, p. 24.

¹¹⁶ Van Olffen, *Ondernemingsrecht* 2019/105, § 3, p. 592.

¹¹⁷ Van Olffen, *Ondernemingsrecht* 2019/105, § 2, p. 591.

¹¹⁸ Van Veen, *NJB* 2018/1240, § 3, p. 1790.

Huizink zou een voor de stille vennootschap werkbare regeling leiden tot een ingrijpende herziening van (de systematiek van) het Voorontwerp.¹¹⁹ Het verdient daarom zijn voorkeur om de stille vennootschap uit de regeling van de personenvennootschappen 'weg te schrijven'.

De voorontwerper heeft vervolgens aangegeven dat een schuldeiser, anders dan in het ontwerp van de werkgroep, niet hoeft na te gaan of er sprake is van een stille dan wel een openbare vennootschap.¹²⁰ Dit zou de rechtszekerheid ten goede moeten komen. Wuisman geeft echter aan dat door het van rechtswege toekennen van rechtspersoonlijkheid, het tijdstip waarop de rechtspersoon is ontstaan niet gemakkelijk is vast te stellen.¹²¹ Voorts betwijfelt Boschma ernstig of de in het Voorontwerp gemaakte keuze voor een materieel aanknopingspunt de juiste is.¹²² Zij geeft aan dat het formele criterium juist zo belangrijk is voor de rechtszekerheid. En Van Veen heeft opgemerkt dat bij de informele vereniging de praktijk heeft geleerd dat de rechter er vaak aan ten pas moet komen om te beoordelen of al dan niet sprake is van een rechtspersoon.¹²³

Ik juich het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen toe, maar ik betwijfel – mede gelet op het commentaar in de privaatrechtelijke literatuur – of het *van rechtswege* toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de (stille) vennootschap de juiste methode is. Primair sluit ik me aan bij het voorstel van Huizink, in die zin dat de stille vennootschap niet dient terug te keren in het definitieve wetsvoorstel. Alsdan hoeft de (systematiek van) het Voorontwerp niet ingrijpend te worden gewijzigd. Maar er zou ook aansluiting kunnen worden gezocht bij het ontwerp van de werkgroep, waarbij de rechtspersoonlijkheid wordt toegekend op het moment van inschrijving in het Handelsregister.

Afsluitend wijs ik graag nog op een, voor dit onderzoek, belangrijke opmerking van Van Olffen.¹²⁴ Volgens Van Olffen zou accommoderend overgangsrecht een waardevolle toevoeging zijn aan een nieuwe wet voor personenvennootschappen.¹²⁵ Met de voorgestelde regeling krijgen alle personenvennootschappen immers per invoeringsdatum rechtspersoonlijkheid. De overdracht van goederen en contracten aan de vr zal dan actie van de vennoten vragen en kan een tijdrovend proces zijn. Een overgangsregeling zou kunnen bewerkstellingen dat al wat behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap, *onder algemene titel* overgaat op het vermogen van de vr.¹²⁶

¹¹⁹ Huizink, *Ondernemingsrecht* 2019/112, § 6, p. 635.

¹²⁰ Concept-MvT, p. 24-25.

¹²¹ Wuisman, *TvOB* 2017-1, § 3.1, p. 11.

¹²² Boschma, *Ondernemingsrecht* 2019/110, § 2.2, p. 618-620.

¹²³ Van Veen, *NJB* 2018/1240, § 3, p. 1790.

¹²⁴ Van Olffen, *Ondernemingsrecht* 2019/105, § 5, p. 593.

¹²⁵ Vgl. art. 6 lid 2 voorstel van de werkgroep.

¹²⁶ Overgangsrecht heeft gevolgen voor de overdrachtsbelastinguitwerkingen. Zie § 4.3.1 van dit onderzoek.

2.3.4 Toe- en uittreding van vennoten

Een andere belangrijke vernieuwing ziet op de toe- en uittreding van vennoten. Het vigerende recht voorziet niet in een toe- of uittreedregeling; op basis van de huidige wet dient een oude vennootschapsovereenkomst te worden ontbonden en moet een nieuwe worden aangegaan. In de praktijk is daarom de toe- en uittreding van vennoten een onderdeel dat in de vennootschapsovereenkomst wordt geregeld.¹²⁷

Art. 812 en 813 Voorontwerp geven een regeling voor respectievelijk de toe- en uittreding van vennoten. Deze regeling leidt tot een verbetering van de mogelijkheden om bij wisseling van het vennotenbestand de onderneming in de vorm van een vennootschap voort te zetten. Voortaan hoeft een vennoot niet meer een aandeel in de afzonderlijke gemeenschapsgoederen te leveren.

Art. 812 Voorontwerp geeft regels over de toetreding van vennoten, de wijze waarop toetreding plaatsvindt en wat de rechtsgevolgen hiervan zijn (voor de vennoot en de vennootschap). Volgens de concept-MvT is het uitgangspunt dat bij toetreding van een nieuwe vennoot de andere vennoten moeten instemmen.¹²⁸ Maar in de vennootschapsovereenkomst kan ook op voorhand worden bepaald dat de vennoot toestemming heeft zijn rechtsverhouding aan een derde over te dragen.¹²⁹ In dat geval vindt de overdracht en toetreding plaats door een geldige titel, een tot opvolging bestemde akte en mededeling daarvan aan de vennootschap door de uittredende en de toetredende vennoot.¹³⁰

Art. 813 Voorontwerp voorziet in een regeling voor het uittreden van een vennoot. Het eerste lid geeft de omstandigheden die leiden tot het uittreden van een vennoot – zijnde: opzegging, bij curatele, bewind, faillissement, overlijden en opheffing (van een rechtspersoon). Het uittreden van een vennoot leidt tot gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst, namelijk voor zover de overeenkomst betrekking heeft op die vennoot.¹³¹ Op grond van het vijfde lid van art. 813 Voorontwerp ontstaat op het moment van uittreden van een vennoot, een vordering van de vennoot op de vennootschap of andersom. De voorontwerper noemt in de concept-MvT deze vordering ook wel een uittredingsvergoeding.¹³² De tweede volzin van het vijfde lid geeft aan dat deze uittredingsvergoeding moet worden vastgesteld op basis van het aandeel van de vennoot in de vennootschap, gewaardeerd op de waarde van de vennootschap in het economische verkeer uitgaande van voorzetting van de activiteiten – oftewel op basis van ‘going concern’. Volgens de concept-MvT is het uitgangspunt dus niet de liquidatie- of boekwaarde van de vennootschap.¹³³ Verder is de uittredingsvergoeding vormgegeven als een vorderingsrecht, hetgeen aansluit

¹²⁷ Vaak voorziet de vennootschapsovereenkomst in (ingewikkelde) voortzettings- en vermogensbedingen.

¹²⁸ Concept-MvT, p. 55.

¹²⁹ Op grond van art. 801 Voorontwerp kan namelijk van art. 812 lid 1 jo. art. 804 Voorontwerp bij overeenkomst worden afgeweken. Vgl. ook art. 810 lid 2 en art. 811 lid 3 Voorontwerp.

¹³⁰ Art. 812 lid 2 Voorontwerp.

¹³¹ Art. 813 lid 4 Voorontwerp.

¹³² Concept-MvT, p. 61. ‘Vergoeding’ is hier dus een algebraïsch begrip.

¹³³ Zie vorige voetnoot.

bij de artikelen inzake vruchtgebruik (art. 810 Voorontwerp) en pandrecht (art. 811 Voorontwerp).

2.3.5 Ontbinding en vereffening

De voorontwerper heeft ook het einde van de vennootschap proberen te verduidelijken.¹³⁴ Ook de beëindiging van de vr vangt aan met haar ontbinding. Vanaf dat moment strekt de rechtsverhouding alleen nog maar tot de vereffening van het vermogen van de ontbonden rechtspersoon. Opgemerkt wordt dat met de regeling van het Voorontwerp geen sprake meer zal zijn van een verdeling in de zin van art. 3:182 BW, aangezien de huidige regeling met de bijzondere gemeenschap ex Titel 3.7 BW door het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan alle personenvennootschappen zal komen te vervallen.

Art. 814 Voorontwerp geeft aan in welke gevallen de overeenkomst in zijn geheel wordt ontbonden. Dit kan gebeuren door een besluit van de vennoten, in het geval waarin een vennoot uittreedt en niet ten minste twee vennoten overblijven¹³⁵, na faillietverklaring en bij ontbinding van de vennootschap door de rechter op grond van gewichtige redenen.¹³⁶

Art. 816 Voorontwerp voorziet in een regeling voor de gevolgen van de ontbinding van de vennootschap. Kortgezegd is het gevolg dat het vermogen van de vennootschap zal moeten worden vereffend. Art. 816 lid 1 Voorontwerp bepaalt dat de vennootschap na ontbinding als rechtspersoon blijft voortbestaan, voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. Hiervoor zullen vereffenaars worden aangesteld. Het uitgangspunt van het Voorontwerp is dat de vereffening geschiedt door de vennoten gezamenlijk.¹³⁷

Art. 817 Voorontwerp geeft de taakomschrijving van de vereffenaars, een aanzuiveringsplicht en verduidelijkt de gevolgen van vereffening wanneer een tekort of overschot wordt vastgesteld. De vennoten zijn verplicht een tekort in het vermogen van de vennootschap aan te vullen voor zover zij daarvoor draagplichtig zijn.¹³⁸ Een eventueel overschot komt de vennoten toe.

Meer in het algemeen merkt Perrick op dat het Voorontwerp bijzonder tekort schiet daar waar het de bescherming van schuldeisers van ontbonden vennootschappen betreft.¹³⁹

Het Voorontwerp voorziet niet in een wettelijke regeling voor herstructurering (omzetting, fusie en/of splitsing). Zoals reeds opgemerkt, heeft de voorontwerper in de concept-MvT aangegeven dat Titel 13 er één in aanbouw is en daarmee de

¹³⁴ Het einde van de vennootschap is geregeld in art. 814-819 Voorontwerp. De nieuwe regeling van ontbinding en vereffening gaat gevolgen hebben voor de heffing van overdrachtsbelasting van personenvennootschappen. Zie hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

¹³⁵ Dan kan art. 819 Voorontwerp een oplossing bieden.

¹³⁶ Laatstgenoemde staat in het derde lid van art. 814 Voorontwerp.

¹³⁷ Art. 816 lid 4 Voorontwerp. Onder vennoten wordt niet begrepen een commanditaire vennoot (zie art. 821 lid 5 Voorontwerp).

¹³⁸ Art. 817 lid 3 eerste volzin Voorontwerp.

¹³⁹ Perrick, *Ondernemingsrecht* 2019/118.

omzetting van rechtspersonen in een apart wetgevingstraject zal worden opgenomen.¹⁴⁰ Over een regeling voor fusie en/of splitsing wordt evenwel niet gesproken. Een herstructureringsnoviteit in het Voorontwerp is overigens wel de overgang onder algemene titel van het vermogen van de vennootschap op de voorzettende enig overblijvende vennoot (art. 819 Voorontwerp). Desalniettemin had volgens Zaman de wetgever in ieder geval de omzettingen van en naar Boek 2-rechtspersonen als herstructureringsvorm mee moeten nemen in het Voorontwerp.¹⁴¹ Ik verwacht dat de wetgever bij het indienen van het definitieve wetsvoorstel in ieder geval een wettelijke regeling voor de omzetting van de vr naar de bv, en vice versa, zal meenemen.¹⁴²

2.4 Deelconclusie

In het onderhavige hoofdstuk zijn de privaatrechtelijke aspecten van personenvennootschappen uitgebreid behandeld. Dit hoofdstuk heeft antwoord gegeven op de eerste deelvraag van dit onderzoek: *“Welke civielrechtelijke wijzigingen heeft de regeling van het Voorontwerp tot gevolg?”*.

Teneinde discussies en procedures tussen vennoten te voorkomen, worden in de praktijk de bepalingen waardoor personenvennootschappen worden beheerst in een akte neergelegd. De voorgestelde regeling vormt voor een groot deel de codificatie van de in deze aktes gebruikelijke bepalingen en de jurisprudentie omtrent personenvennootschappen. De voorgestelde regeling zal tot wijziging van bestaande aktes leiden en zal waar aktes ontbreken duidelijkheid scheppen en procedures gaan voorkomen. Hoewel de voorgestelde regeling een aantal dwingendrechtelijke bepalingen kent, zal sprake blijven van een grote mate van contractsvrijheid.

De voorgestelde regeling beoogt zekerheid te bieden aan het handelsverkeer en zowel vennoten als partijen die met de vennootschap handelen te beschermen. De belangrijkste vernieuwing om deze zekerheid en bescherming te bewerkstelligen, betreft het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen. Onduidelijkheid omtrent het al dan niet aanwezig zijn van een afgescheiden vermogen wordt hiermee opgeheven. Voortaan kan wisseling van vennoten plaatsvinden zonder dat de vennootschap wordt ontbonden, waarmee complexe voortzettings- en vermogensbedingen achterwege kunnen blijven. In de civielrechtelijke literatuur is echter veel commentaar geleverd op het *van rechtswege* toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de (stille) vennootschap. Veel auteurs pleiten voor het hanteren van een ‘licht’ formeel criterium voor het moment van toekennen van rechtspersoonlijkheid. Een inschrijving in het Handelsregister zou daarbij passen. Ik ben evenwel met Huizink¹⁴³ van mening dat de stille vennootschap buiten de wettelijke regeling gehouden dient te worden. Alsdan hoeft (de systematiek van) het Voorontwerp niet ingrijpend te worden herzien. De

¹⁴⁰ Concept-MvT, p. 2-3.

¹⁴¹ Zaman, *Ondernemingsrecht* 2019/115, § 5, p. 649-650.

¹⁴² Vgl. ook art. 834 en 835 VvW (oud) inzake omzetting van de ovr naar de bv, en omgekeerd.

¹⁴³ Huizink, *Ondernemingsrecht* 2019/112.

vennootschap is dan in de toekomst alleen de vennootschap die op een voor derden duidelijke kenbare wijze onder een door haar gevoerde gemeenschappelijke naam aan het economische rechtsverkeer deelneemt.

Voorts zal met de voorgestelde regeling geen sprake meer zijn van een, naar mijn mening, onterecht onderscheid in vennotenaansprakelijkheid tussen beroepsbeoefenaren en exploitanten van een onderneming. Uitgangspunt van het Voorontwerp is dat de vennoten naast de vennootschap hoofdelijk verbonden zijn (subsidiariteitsaansprakelijkheid). Voor een commandiet wordt het mogelijk om middels een volmacht de vennootschap te vertegenwoordigen, zonder dat hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat.

Het Voorontwerp geeft ook een nieuwe regeling voor het einde van de vennootschap. Aangezien alle personenvennootschappen met de voorgestelde regeling van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben, zal voortaan geen sprake meer zijn van een bijzondere gemeenschap ex Titel 3.7 BW en dus ook niet meer van een verdeling van een dergelijke gemeenschap. Een tekortkoming van het Voorontwerp is dat deze niet voorziet in een wettelijke regeling voor herstructurering (omzetting, fusie en/of splitsing). Mijn stellige verwachting is dat in het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel een wettelijke regeling voor de omzetting van de vr naar de bv, en omgekeerd, zal worden opgenomen.

Het geheel overziende leidt de voorgestelde regeling tot een verduidelijking van de onderlinge verhoudingen tussen de vennoten, een betere waarborging van de continuïteit en tot meer zekerheid voor met de vennootschap handelende partijen. Maar een inwerkingtreding van Titel 7.13 BW zal ook gevolgen hebben voor de belastingheffing van personenvennootschappen, voornamelijk in de sfeer van de overdrachtsbelasting. In het volgende hoofdstuk wordt daarom onderzocht hoe personenvennootschappen naar huidig recht worden behandeld in de overdrachtsbelasting en welke knelpunten hierbij naar voren komen, zodat in hoofdstuk 4 van dit onderzoek kan worden bepaald welke overdrachtsbelastingaanpassingen wenselijk zijn in verband met een invoering van Titel 7.13 BW.

3 Personenvennootschappen en overdrachtsbelasting

3.1 Inleiding

Thans wordt krachtens de Wet BRV (ook¹⁴⁴) een overdrachtsbelasting geheven.¹⁴⁵ De Wet BRV is de opvolger van de wetgeving voor de registratie- en de zegelbelasting. Destijds heeft de staatssecretaris aangegeven welke rechtvaardigingen naar zijn mening ten grondslag liggen aan de invoering van de Wet BRV.¹⁴⁶ De belastingen van rechtsverkeer zouden (onder andere) een aanvulling zijn op de omzetbelasting, de heffingen zouden dusdanig verweven zijn in het economische verkeer dat afschaffing ervan niet noodzakelijk zou zijn en de belastingen zouden budgettair een belangrijke rol spelen. Kortgezegd geeft Van Kempen aan dat de door de staatssecretaris aangehaalde rechtvaardigingen niet als rechtsgrond kunnen worden aangemerkt.¹⁴⁷ Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker is dezelfde mening toegedaan.¹⁴⁸ Ook Vennix heeft indertijd aangegeven dat de overdrachtsbelasting een duidelijke rechtsgrond ontbeert.¹⁴⁹ Desalniettemin vormt de heffing van overdrachtsbelasting geen inbreuk op het recht van eigendom en is zij niet in strijd met de internationale verdragen.¹⁵⁰ De overdrachtsbelasting levert het Rijk thans jaarlijks ca. € 3,5 miljard op.¹⁵¹ Volgens Van Kempen is het niet aannemelijk dat de overdrachtsbelasting op korte termijn zal worden afgeschaft.¹⁵²

Overdrachtsbelasting wordt geheven ter zake van de eigendomsverkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen.¹⁵³ De overdrachtsbelasting is aan te merken als een objectieve heffing. In tegenstelling tot de inkomsten- en vennootschapsbelasting, plaatst zij namelijk het object van heffing (de onroerende zaak) op de voorgrond. De overdrachtsbelasting wordt geheven van de verkrijger.¹⁵⁴ In de praktijk vervult de notaris een belangrijke rol. Bij een (juridische) verkrijging van onroerende zaken wordt de aangifte overdrachtsbelasting namelijk door de notaris verricht. De notaris doet aangifte door middel van het aanbieden van de notariële akte ter registratie.¹⁵⁵ In dat geval draagt de notaris ook zorg voor het afdragen van de verschuldigde

¹⁴⁴ Krachtens de Wet BRV wordt thans ook een assurantiebelasting geheven (art. 1 onderdeel b Wet BRV). Tot 1 januari 2006 werd overigens ook een kapitaalbelasting geheven, en tot 1 juli 1990 een beursbelasting.

¹⁴⁵ Art. 1 onderdeel a Wet BRV.

¹⁴⁶ Zie *Kamerstukken II 1969-1970*, 10560, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

¹⁴⁷ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht BvR.0.0.2*.

¹⁴⁸ Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 1.2.4, p. 28-29.

¹⁴⁹ Vennix, *WFR* 2011/1104, § 2.

¹⁵⁰ Zie onder andere: HR 10 juni 2016, nr. 15/03784, *V-N* 2016/35.12 en Hof Amsterdam 11 september 2014, nr. 13/00082, *V-N* 2014/65.27.

¹⁵¹ Miljoenennota 2021.

¹⁵² Van Kempen, t.a.p.

¹⁵³ Art. 2 Wet BRV.

¹⁵⁴ Art. 16 Wet BRV.

¹⁵⁵ Zie art. 18 Wet BRV jo. art. 7 UB BRV en art. 21a UR AWR.

overdrachtsbelasting.¹⁵⁶ De aangifte en de verschuldigde overdrachtsbelasting moeten in beginsel binnen één maand na het tijdstip van de verkrijging¹⁵⁷ respectievelijk worden ingediend en voldaan.¹⁵⁸

Op grond van het huidige civiele recht kunnen natuurlijke personen en rechtspersonen de eigendom van onroerende zaken verkrijgen en overdragen.¹⁵⁹ Naar huidig recht ontberen personenvennootschappen – (stille) maatschap, vof en cv¹⁶⁰ – rechtspersoonlijkheid en daarom kunnen zij niet de eigenaar van onroerende zaken zijn (civiele transparantie). Ook voor de overdrachtsbelasting kunnen personenvennootschappen geen onroerende zaken verkrijgen en worden zij dus *niet* aangemerkt als de belastingplichtige verkrijger (fiscale transparantie).¹⁶¹ In het geval onroerende zaken tot het vennootschapsvermogen van een personenvennootschap gaan behoren, dan zijn de achterliggende participanten de belastingplichtige verkrijgers.¹⁶² De Wet BRV is van oorsprong sterk geënt op het privaatrecht.¹⁶³ Dat de wetgever deze visie onderschrijft blijkt bijvoorbeeld ook uit de aanpassing van de Wet BRV in 2014 naar aanleiding van het zogenoemde *Scheepjeshofarrest*.¹⁶⁴ De Wet BRV krijgt evenwel in de loop der jaren steeds meer economische trekken. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de introductie van de economische eigendomsverkrijging in 1995 (§ 3.2.2).¹⁶⁵

In het onderhavige hoofdstuk staan de overdrachtsbelastingaspecten van personenvennootschappen centraal. Dit hoofdstuk geeft antwoord op de tweede deelvraag: “Hoe worden personenvennootschappen naar huidig recht behandeld in de overdrachtsbelasting en welke knelpunten komen hierbij naar voren?”. Met ‘overdrachtsbelasting’ wordt meer specifiek gedoeld op de overdrachtsbelastingwetgeving zoals deze is opgenomen in de Wet BRV en het UB BRV. Ook wordt hiermee verwezen naar een aantal beleidsregels.¹⁶⁶ In § 3.2 wordt stilgestaan bij de huidige overdrachtsbelasting. Deze wetgeving wordt vervolgens toegespitst op

¹⁵⁶ De notaris is op grond van art. 42 lid 1 INV hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde overdrachtsbelasting.

¹⁵⁷ Zie voor het tijdstip van de verkrijging: art. 8 Wet BRV.

¹⁵⁸ Art. 10 lid 2 en art. 19 lid 3 AWR.

¹⁵⁹ Ingevolge art. 2:5 BW worden rechtspersonen wat het vermogensrecht betreft, gelijkgesteld met natuurlijke personen.

¹⁶⁰ Zie hoofdstuk 2 van dit onderzoek.

¹⁶¹ Van Kempen heeft in het verleden betoogd dat het wenselijk zou zijn als personenvennootschappen zelf als de belastingplichtige verkrijger zouden worden aangemerkt (Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 2).

¹⁶² Zie § 3.3.1.

¹⁶³ Stevens e.a. 2020, § 5.1.1, p. 125. Bijvoorbeeld voor de vraag of een zaak onroerend is, dient men het BW te raadplegen (*in concreto* art. 3:2 jo. 3:3 BW).

¹⁶⁴ HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:PHR:2004:A03184 (*Scheepjeshofarrest*), *BNB* 2005/52, m.nt. J.W. Zwemmer. Dit arrest wordt behandeld in § 3.3.2.

¹⁶⁵ Voorts kan men denken aan de toegenomen reikwijdte van art. 4 Wet BRV (zie Rozendal, *WPNR* 2015/7060).

¹⁶⁶ Bijvoorbeeld het ‘Besluit belastbaar feit in de overdrachtsbelasting’ en ‘Besluit ondernemingsfaciliteiten’.

personenvennootschappen (§ 3.3). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie in § 3.4.

3.2 De huidige overdrachtsbelasting

3.2.1 Algemeen

Op grond van art. 2 lid 1 Wet BRV wordt onder de naam ‘overdrachtsbelasting’ een belasting geheven ter zake van (i) de – juridische – eigendomsverkrijging van (ii) in Nederland gelegen onroerende zaken of daarop gevestigde beperkte rechten^{167, 168}. Dientengevolge is van een belastbaar feit eerst sprake indien voldaan wordt aan een ‘verkrijgingsvereiste’ en aan een ‘objectvereiste’.¹⁶⁹ Hierbij is de term ‘verkrijging’ een ruim begrip; niet alleen de overdracht van onroerende zaken valt hieronder, maar bijvoorbeeld ook een verkrijging bij erfopvolging, boedelmenging, natrekking, etc.¹⁷⁰

Ingevolge art. 16 Wet BRV wordt de belasting geheven van de verkrijger. Subjectief belastingplichtig voor de overdrachtsbelasting is derhalve de verkrijger en de verkrijger is vanzelfsprekend degene die de eigendom van onroerende zaken verkrijgt. Een verkrijger kan in het kader van de overdrachtsbelasting alleen als een verkrijger ex art. 16 Wet BRV worden aangemerkt, indien hij wat het vermogensrecht betreft zelfstandig rechten en verplichtingen kan aangaan. Naar huidig recht kunnen derhalve alleen natuurlijke personen en rechtspersonen als belastingplichtige verkrijgers kwalificeren.

Ingeval zuiver de civielrechtelijke verkrijging een belastbaar feit zou opleveren, dan zou men de heffing van overdrachtsbelasting eenvoudig kunnen ‘ontlopen’. Denk daarbij aan het overdragen van de economische eigendom, zonder de juridische, waarmee het hiervoor aangehaalde verkrijgingsvereiste kan worden ontgaan. Verder kan men denken aan het overdragen van aandelen in een lichaam, welk lichaam (juridisch en/of economisch) eigenaar is van de onroerende zaken. In plaats van een ‘stenendeal’ kunnen de onroerende zaken dan indirect worden geleverd door middel van een aandelentransactie. Op deze manier kan het objectvereiste worden ontgaan. Om deze ‘ontgaansmogelijkheden’ aan banden te leggen, heeft de wetgever een aantal wettelijke bepalingen opgenomen waarmee het belastbaar feit is

¹⁶⁷ Men dient een onderscheid te maken tussen gebruiks- en zekerheidsrechten. Zekerheidsrechten (de rechten van grondrente, pand en hypotheek) worden op grond van art. 5 Wet BRV niet als rechten waaraan zaken zijn onderworpen aangemerkt. Slechts de vestiging of de verkrijging door overdracht of afstand van beperkte gebruiksrechten op onroerende zaken is derhalve onderworpen aan de heffing van overdrachtsbelasting. Denk hierbij aan het recht van vruchtgebruik, erfdienstbaarheid, erfpacht, opstal en beklemming. Als hierna wordt gesproken over onroerende zaken, dan geldt in principe hetzelfde voor de daarop gevestigde beperkte gebruiksrechten.

¹⁶⁸ Met ingang van 1 januari 2021 bedraagt de belasting 8% (art. 14 lid 1 Wet BRV). Een ‘verkrijger-natuurlijk persoon’ kan onder voorwaarden bij de aanschaf van een woning een verlaagd tarief van 2% toepassen (art. 14 lid 2 Wet BRV). Overigens bedroeg tot 2021 de belasting 2% voor woningen en 6% voor alle andere onroerende zaken. Een behandeling van het begrip ‘woning’, zou niet bijdragen aan het doel van dit onderzoek.

¹⁶⁹ Stevens e.a. 2020, § 5.1.2, p. 126.

¹⁷⁰ Zie art. 3 Wet BRV voor de uitgezonderde verkrijgingen.

uitgebreid. Met art. 2 lid 2 Wet BRV wordt het verkrijgingsvereiste uitgebreid met de verkrijging van de economische eigendom (§ 3.2.2). Daarnaast wordt in art. 4 Wet BRV het objectvereiste uitgebreid met een verkrijging van zogenoemde fictieve onroerende zaken. De regeling voor fictieve onroerende zaken wordt behandeld in § 3.2.3, aangezien personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid ook onder de reikwijdte van deze bepaling terecht zullen gaan komen.¹⁷¹

In art. 15 Wet BRV is een aantal vrijstellingen van overdrachtsbelasting opgenomen.¹⁷² In het kader van dit onderzoek wordt stilgestaan bij de bedrijfsopvolgingsvrijstelling (§ 3.2.4.1), bij de zogenaamde inbreng- en uitbrengvrijstelling (respectievelijk § 3.2.4.2 en § 3.2.4.3), alsmede bij de vrijstelling inzake herstructurering (§ 3.2.4.4). Dit omdat (de civielrechtelijke aspecten van) personenvennootschappen in deze vrijstellingen een belangrijke rol (kunnen gaan¹⁷³) spelen.

3.2.2 De economische eigendom

3.2.2.1 Economische eigendomsverkrijging

Tot 1 april 1995 kon slechts de juridische eigendomsverkrijging van een onroerende zaak worden belast. Voor die datum kon men eenvoudig het verkrijgingsvereiste ‘omzeilen’ door slechts de economische eigendom¹⁷⁴ van een onroerende zaak over te dragen. Dit kon – bijvoorbeeld – worden bewerkstelligd door slechts de inschrijving van de notariële transportakte in de openbare registers achterwege te laten.¹⁷⁵

Om dergelijke constructies de pas af te snijden, heeft de wetgever met terugwerkende kracht tot 31 maart 1995 art. 2 Wet BRV aangepast. Thans staat in art. 2 lid 2 Wet BRV: *“Voor de toepassing van deze wet wordt onder verkrijging mede begrepen de verkrijging van de economische eigendom. (...)”*. Het verkrijgingsvereiste wordt derhalve uitgebreid met de economische eigendomsverkrijging. Kort samengevat moet onder economische eigendom worden verstaan een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot een onroerende zaak, waarbij dit samenstel ten minste enig risico van waardeverandering omvat en toekomt aan een ander dan de juridische eigenaar.¹⁷⁶

Opgemerkt wordt dat in het geval waarin in één keer de volledige eigendom van een onroerende zaak wordt verkregen, dat wil zeggen dat de juridische eigendom

¹⁷¹ Zie hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

¹⁷² Opgemerkt zij dat met ingang van 1 januari 2021 op grond van art. 15 lid 9 Wet BRV ook aangifte gedaan dient te worden, al dan niet door middel van het aanbieden van de notariële akte ter registratie, ingeval geen overdrachtsbelasting verschuldigd is op grond van een vrijstelling.

¹⁷³ Zie wederom hoofdstuk 4.

¹⁷⁴ Het begrip ‘economische eigendom’ komt uit de praktijk; in het BW komt dit begrip niet voor.

¹⁷⁵ Zie art. 3:89 BW inzake de juridische leveringsvoorschriften van een onroerende zaak.

¹⁷⁶ Een uitgebreide behandeling van de voorwaarden ter zake, zou het doel en bestek van dit onderzoek te buiten gaan. Verwezen wordt naar: Gassler, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.1.3*.

tevens de economische eigendom omvat, sprake is van één belastbaar feit.¹⁷⁷ Indien echter de juridische en economische eigendom van dezelfde onroerende zaak op verschillende tijdstippen worden verkregen, dan zullen twee belastbare feiten zich voordoen. Om te voorkomen dat de verkrijger ten aanzien van dezelfde onroerende zaak tweemaal overdrachtsbelasting verschuldigd raakt, is voor dergelijke gevallen een samenloopregeling opgenomen in art. 9 lid 4 Wet BRV. Op grond van deze regeling wordt, kortgezegd, de waarde van de tweede verkrijging verminderd met het bedrag waarover ter zake van de eerste verkrijging overdrachtsbelasting was verschuldigd.

3.2.2.2 Meldingsplicht en aansprakelijkheid

Indien de economische eigendomsverkrijging ex art. 2 lid 2 Wet BRV *niet* is neergelegd in een notariële akte, dan dient de vervreemder binnen twee weken na de overdracht bij de inspecteur te melden dat de economische eigendom is overgedragen.¹⁷⁸ Als de vervreemder hier niet aan voldoet, dan kan de inspecteur hem of haar beboeten op grond van art. 67ca AWR. Ook is in dergelijke gevallen de vervreemder ex art. 42 lid 2 INV hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde overdrachtsbelasting. Verder geldt ingevolge art. 20 lid 4 AWR een verlengde naheffingstermijn van twaalf jaren, indien de belastingschuld is ontstaan door de verkrijging van de economische eigendom.¹⁷⁹

3.2.2.3 Tegemoetkoming voor vastgoedbeleggingsfondsen

De Wft onderscheidt beleggingsinstellingen in beleggingsmaatschappijen en -fondsen.¹⁸⁰ Het verschil is gelegen in het hebben van rechtspersoonlijkheid. Beleggingsfondsen hebben geen rechtspersoonlijkheid.¹⁸¹ Met ingang van 1 januari 2014 is art. 4 Wet BRV alleen nog maar van toepassing op *rechtspersonen*. Voor die datum ging het om 'lichamen met een in aandelen verdeeld kapitaal'. En voor fiscale doeleinden kunnen ook rechtsfiguren zonder rechtspersoonlijkheid kwalificeren als dergelijke lichamen.¹⁸²

Op grond van art. 4 Wet BRV is een verkrijging van een participatie in een vastgoedbeleggingsmaatschappij eerst belast indien een belang van 1/3 gedeelte of meer wordt verkregen in die maatschappij (zie § 3.2.3.2). Art. 2 lid 2 Wet BRV inzake de economische eigendomsverkrijging levert evenwel voor iedere verkrijging van een participatie in een vastgoedbeleggingsfonds een belastbaar feit op. De wetgever heeft met het oog op de uitvoerbaarheid en de vermindering van administratieve

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 1994-1995, 24172, nr. 10 (Brief van de staatssecretaris van Financiën), p. 3-4.

¹⁷⁸ Art. 54 lid 1 Wet BRV. Overigens is het exacte tijdstip van de verkrijging van economische eigendom veelal niet duidelijk (Seerden & Rheinfeld, *WFR* 2020/54, § 6, p. 345).

¹⁷⁹ Ook ingeval de economische eigendomsverkrijging *wel* is neergelegd in een notariële akte.

¹⁸⁰ Zie de definitie van beleggingsinstelling in art. 1:1 Wft.

¹⁸¹ Vermeulen, *WFR* 2014/393, § 2.

¹⁸² In het kader van de overdrachtsbelasting heeft de HR dit aangenomen in het *Scheepjeshofarrest* (§ 3.3.2).

lasten in art. 2 lid 3 e.v. Wet BRV een tegemoetkoming voor vastgoedbeleggingsfondsen opgenomen.

Ingevolge art. 2 lid 3 Wet BRV is de economische eigendomsverkrijging van het tweede lid niet van toepassing bij de verkrijging van rechten van deelneming – participaties – in: (a) een beleggingsfonds of (b) een fonds voor collectieve belegging in effecten, beide zoals bedoeld in art. 1:1 Wft. Volgens Vermeulen is de koppeling met de Wft-wetgeving niet wenselijk aangezien dit leidt tot onzekerheid voor de praktijk.¹⁸³ Hij pleit daarom voor de loskoppeling van de Wft en de invoering van een eigen definitie, zoals dat ook bij de vbi van art. 6a Wet VPB is gebeurd.

Voor de toepassing van deze tegemoetkoming wordt de voorwaarde gesteld dat de verkrijger, al dan niet tezamen met een zogenoemd verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, als gevolg van de verkrijging (met inbegrip van de reeds aan hem toebehorende participaties en ingevolge dezelfde of een samenhangende overeenkomst nog te verkrijgen participaties) niet voor ten minste 1/3 gedeelte belang in het fonds verkrijgt.¹⁸⁴ Met andere woorden: de tegemoetkoming kan *niet* worden toegepast, indien de verkrijger een belang van 1/3 gedeelte of meer verkrijgt in het fonds.

3.2.3 De regeling voor fictieve onroerende zaken

3.2.3.1 Algemeen

Op grond van art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV worden aandelen in een zogenaamde ozz gelijkgesteld met onroerende zaken zoals bedoeld in art. 2 Wet BRV.¹⁸⁵ Aandelen in een ozz worden aangemerkt als fictieve onroerende zaken. Het objectvereiste wordt derhalve door middel van een fictie uitgebreid. De staatssecretaris heeft met art. 4 Wet BRV twee doelen voor ogen.¹⁸⁶ Art. 4 Wet BRV dient te voorkomen dat door het tussenschuiven van rechtspersonen heffing van overdrachtsbelasting kan worden ontgaan. Voorts moet met de regeling worden bereikt dat economisch gelijke gevallen, fiscaal ook gelijk worden behandeld.

Ter zake van een verkrijging van fictieve onroerende zaken wordt slechts belasting geheven, indien op het niveau van de verkrijger aan de ‘aanmerkelijkbelangeis’

¹⁸³ Naast een analyse van de fiscale wetgeving dient ook een analyse van de Wft-wetgeving te worden gedaan en de Wft-wetgeving is weer gebaseerd op de zogenaamde AIFM-richtlijn.

¹⁸⁴ Art. 2 lid 4 en 5 Wet BRV. De ‘aanmerkelijkbelangeis’ van art. 4 Wet BRV is vergelijkbaar en wordt uitgebreid behandeld in § 3.2.3.2.

¹⁸⁵ Rechten van lidmaatschap van verenigingen of coöperaties (art. 4 lid 1 onderdeel b Wet BRV) worden niet behandeld. Een behandeling hiervan zou niet bijdragen aan het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II 1999-2000, 27030, nr. 3 (MvT), p. 2.*

wordt voldaan.¹⁸⁷ Bovendien is eerst sprake van een ozr indien de te beoordelen rechtspersoon¹⁸⁸ voldoet aan (i) de 'bezitseis' en (ii) de 'doeleis'.¹⁸⁹

3.2.3.2 Verkrijging van een aanmerkelijk belang

De aanmerkelijkbelangeis is opgenomen in art. 4 lid 3 Wet BRV. Op grond van deze bepaling is alleen overdrachtsbelasting verschuldigd wanneer de verkrijger van fictieve onroerende zaken als gevolg van de verkrijging een aanmerkelijk belang in de ozr verkrijgt of uitbreidt. Van een aanmerkelijk belang is in principe sprake bij 1/3 gedeelte of meer belang in de rechtspersoon.¹⁹⁰

Met ingang van 1 januari 2008 wordt aangesloten bij het begrip 'belang'. Voor die datum ging het om een formeel criterium (aandeel in het nominaal geplaatste kapitaal). Dit formele criterium is vervangen door een materiële toets.¹⁹¹ Sinds 2008 wordt dus ook een kwalitatieve invulling gegeven aan de aanmerkelijkbelangeis. Deze meer economische benadering heeft de wetgever doorgevoerd om belastingontwijking tegen te gaan. De aanmerkelijkbelangeis kon tot 2008 namelijk eenvoudig worden 'afgeschud' door te werken met verschillende soorten aandelen.¹⁹² In de parlementaire geschiedenis heeft de staatssecretaris aangegeven dat het begrip 'belang' een open norm betreft en dat de exacte invulling hiervan moet worden overgelaten aan de praktijk en jurisprudentie.¹⁹³ Wel heeft hij opgemerkt dat het begrip 'belang' alleen betrekking heeft op een *door aandelen vertegenwoordigd* direct dan wel indirect belang en in beginsel niet ziet op opties of converteerbare obligatieleningen. Rozendal¹⁹⁴ en Van der Linden¹⁹⁵ komen beiden tot de conclusie dat de invulling van het begrip 'belang' niet aan de praktijk en jurisprudentie overgelaten dient te worden. Overigens wordt opgemerkt dat thans duidelijk is dat het element zeggenschap geen rol speelt bij het bepalen of sprake is van een materieel belang.¹⁹⁶ Voorts heeft de HR recent een arrest gewezen, waarin hij, kortgezegd, anders dan Hof 's-Hertogenbosch, heeft geoordeeld dat ook bij een verkrijging van

¹⁸⁷ Deze eis wordt in de literatuur ook wel het verkrijgingsvereiste genoemd. Om verwar- ring met het verkrijgingsvereiste van het belastbaar feit te voorkomen, wordt hier de voorkeur gegeven aan de term 'aanmerkelijkbelangeis'.

¹⁸⁸ De term 'rechtspersoon' moet blijkens de wetsgeschiedenis ruim worden geïnterpre- teerd. Hieronder worden niet alleen de Boek 2-rechtspersonen begrepen, doch ook alle andere lichamen met rechtspersoonlijkheid. Dus ook een naar buitenlands recht opge- richtte rechtspersoon die naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtspersoon (Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 5.4.1, p. 150-151).

¹⁸⁹ Ook wel de 'dienstbaarheidseis' of 'exploitatie-eis' genoemd.

¹⁹⁰ De aanmerkelijkbelangeis wijkt voor natuurlijke personen af van dat voor rechtsperso- nen. Strikt genomen zou hier dus een onderscheid gemaakt moeten worden, maar een be- handeling hiervan zou het doel en bestek van dit onderzoek te buiten gaan.

¹⁹¹ Zie Robben, *FBN* 2008/63.

¹⁹² Veelal werd gebruik gemaakt van de zogenoemde preferente aandelenstructuur (70/30-structuur). Voor een beknopte uiteenzetting van de ontgaansmogelijkheden zie: Gassler, *TFO* 2008/15, § 4.2.

¹⁹³ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31206, nr. 6 (Nnv), p. 13-14.

¹⁹⁴ Rozendal, *WFR* 2008/1000

¹⁹⁵ Van der Linden, *WFR* 2014/48.

¹⁹⁶ Zie Rozendal, *WFR* 2008/1000, § 3.1 en Van der Linden, *WFR* 2014/48, § 5.4. Zie ook: Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 5.6.2, p. 183-184.

slechts de *juridische* eigendom van aandelen in een ozr, sprake is van een belastbaar feit en daarmee dus aan de aanmerkelijkbelangeis kan worden voldaan.¹⁹⁷ Uit dit arrest kan men (onder andere) afleiden dat het er bij de materiële toets niet om gaat wie verkrijgt of in welke rechtskundige verhouding die persoon tot de aandelen staat, maar om wat die aandelen vertegenwoordigen – in hoeverre zijn de aandelen representatief voor de onroerende zaken van de ozr.¹⁹⁸

Bij de berekening van de omvang van het belang, moeten de reeds aan de verkrijger toebehorende aandelen en de nog te verkrijgen aandelen ingevolge dezelfde of een samenhangende overeenkomst worden meegenomen.¹⁹⁹ Ook de aandelen die worden gehouden of worden verkregen door een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, moeten voor de berekening ter zake worden meegenomen.²⁰⁰ In art. 4 lid 7 Wet BRV staat wanneer sprake is van een met de verkrijgende rechtspersoon verbonden lichaam. En in art. 4 lid 8 Wet BRV staat wanneer sprake is van een met de verkrijgende rechtspersoon verbonden natuurlijk persoon. In het kort dient ook hier sprake te zijn van een belang van ten minste 1/3 gedeelte.²⁰¹ Het begrip ‘belang’ in de zin van verbonden lichaam of natuurlijk persoon is ruimer. Een verbonden lichaam of natuurlijk persoon kan bijvoorbeeld ook aanwezig zijn bij leningen die fiscaal als eigen vermogen kwalificeren. Hier hoeft het belang derhalve niet door het bezit van aandelen te worden vertegenwoordigd.

Als laatste voor dit onderdeel wordt gewezen op art. 4 lid 11 Wet BRV. Sinds 1 januari 2011 kan ingevolge dit lid een toename van het materiële belang, ook een belastbaar feit opleveren. Op grond van art. 4 lid 11 Wet BRV moet namelijk onder aandelen mede worden verstaan: “(...) rechten uit bestaande aandelen”. Zonder deze bepaling zou een toename van het materiële belang – bijvoorbeeld door statutenwijziging – geen belastbaar feit opleveren, aangezien dan geen sprake is van een verkrijging van *aandelen* in een ozr.²⁰²

3.2.3.3 Kwalificatie als ozr

Een te beoordelen rechtspersoon voldoet aan de bezitseis indien de bezittingen van die rechtspersoon voor meer dan 50% bestaan uit onroerende zaken en

¹⁹⁷ HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:504, V-N 2021/17.13, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

¹⁹⁸ Gassler, in: *Cursus Belastingrecht* BvR.2.1.10.D.e3.

¹⁹⁹ Art. 4 lid 5 onderdeel b Wet BRV 1970 bepaalt dat verkrijgingen die hebben plaatsgevonden binnen een periode van twee jaar, bij fictie als verkrijging ingevolge dezelfde of een samenhangende overeenkomst worden aangemerkt.

²⁰⁰ Opgemerkt wordt dat geen sprake is van een *proportionele* toerekening. Dat wil zeggen: alle belangaandelen die een verbonden natuurlijk persoon of lichaam bezit, worden als bezit van de verkrijger aangemerkt en dus niet naar rato van het belang dat de verkrijger in het verbonden lichaam heeft (Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 5.6.4, p. 187). In art. 4 lid 5 onderdeel c Wet BRV is een bepaling opgenomen waarmee de dubbelstelling wordt voorkomen.

²⁰¹ Een uitgebreide behandeling van wanneer sprake is van een met de verkrijgende rechtspersoon verbonden lichaam of natuurlijk persoon, zou het doel en bestek van dit onderzoek te buiten gaan. Verwezen wordt naar: Gassler, in: *Cursus Belastingrecht* BvR.2.1.10.D.c.

²⁰² Zie evenwel: Rozendal, *NTRF* 2011/98 en Van Gijlswijk, *WFR* 2011/96.

tegelijkertijd ten minste 30% van de bezittingen bestaat uit in Nederland gelegen onroerende zaken.²⁰³ Bij de berekening ter zake moet men uitgaan van de waarde in het economische van de bezittingen.²⁰⁴ Daarnaast voldoet een rechtspersoon aan de doeleis in het geval de onroerende zaken van die rechtspersoon als geheel genomen voor 70% of meer dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken. Als de onroerende zaken dienstbaar zijn aan de eigen onderneming, dan zal in beginsel niet aan de doeleis worden voldaan.²⁰⁵

Op grond van art. 4 lid 2 Wet BRV worden voor de toepassing van de bezits- en doeleis onder onroerende zaken mede verstaan fictieve onroerende zaken, rechten waaraan onroerende zaken of fictieve onroerende zaken zijn onderworpen, alsmede de economische eigendom van deze zaken of rechten. Bij de berekening van de verhoudingen komen deze derhalve niet alleen in de noemer, maar ook in de teller van de breuk terecht.²⁰⁶

Bij de beoordeling of is voldaan aan de bezits- en doeleis, moet rekening worden gehouden met een referentieperiode van één jaar²⁰⁷ en met de zogenaamde toerekeningsbepaling (art. 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV 1970). Op grond van de toerekeningsbepaling²⁰⁸ moeten bezittingen, schulden en activiteiten van lichamen²⁰⁹ waarin de te beoordelen rechtspersoon een belang bezit (of heeft bezeten) van ten minste 1/3 gedeelte, naar evenredigheid worden toegerekend aan de rechtspersoon. Met andere woorden: als de rechtspersoon 'deelnemingen'²¹⁰ op de balans heeft waarin die rechtspersoon een belang van 1/3 gedeelte of meer bezit (of heeft bezeten), dan moet naar rato van dat belang consolidatie plaatsvinden. Irrelevant hierbij is de vraag of de deelneming zelf kwalificeert als o.z.r. Deze toets is echter wel belangrijk indien sprake is van een belang van minder dan 1/3 gedeelte. Als de rechtspersoon namelijk een 'minder dan 1/3 gedeelte-belang' heeft in een ander lichaam, dan wordt de waarde van dit belang voor de berekening van de bezits- en doeleis ex art. 4 lid 2 Wet BRV als onroerende zaak aangemerkt in het geval sprake is van een 'o.z.r.-deelneming'. Indien daarentegen de deelneming zelf niet kwalificeert als o.z.r., dan wordt de waarde van het 'minder dan 1/3 gedeelte-belang' meegenomen als roerende bezitting. Overigens wordt opgemerkt dat met het begrip 'belang' in art. 4 lid 4 Wet BRV sedert 1 januari 2008 eenzelfde materiële toets geldt

²⁰³ In het laatste geval gaat het dus om 30% van alle bezittingen en dus niet om 30% van alle onroerende zaken.

²⁰⁴ Ex art. 52 Wet BRV.

²⁰⁵ Tenzij bijvoorbeeld de onroerende zaken zijn ondergebracht in een vastgoed bv en worden verhuurd aan een werkmaatschappij. Op het niveau van vastgoed bv zal dan wel worden voldaan aan de doeleis.

²⁰⁶ Rozendal, *WPNR* 2015/7060, § 2.3., p. 392.

²⁰⁷ In art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV 1970 staat immers: "(...) op het tijdstip van de verkrijging of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar (...)".

²⁰⁸ In de literatuur ook wel het consolidatievoorschrift genoemd.

²⁰⁹ Ingevolge art. 4 lid 10 jo. art. 2 lid 7 Wet BRV worden onder lichamen verstaan: verenigingen, andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen en doelvermogens.

²¹⁰ Hierbij wordt niet bedoeld op het begrip 'deelneming' in de zin van de zogenaamde deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB. Ook wordt niet bedoeld op het civielrechtelijke begrip 'deelneming'.

als voor de aanmerkelijkbelangeis. Ook hier dient het belang dus door aandelen direct of indirect vertegenwoordigd te worden.

Voorts dient per 1 januari 2011 rekening te worden gehouden met de regeling voor 'verdachte bezittingen' (art. 4 lid 4 onderdeel b en c Wet BRV). Kort samengevat gaat het hier om een antimisbruikbepaling op basis waarvan de balans van de te beoordelen rechtspersoon 'geschoond' dient te worden voor verdachte bezittingen. Bij verdachte bezittingen kan men bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin de aandeelhouder van een rechtspersoon dat onroerende zaken bezit, extra vermogen stort in de betreffende rechtspersoon, welk bedrag al dan niet schuldig wordt gebleven. Als men in casu bereid is de referentieperiode van één jaar uit te zitten, dan zal de aldus ontstane roerende bezitting – liquide middelen – ertoe kunnen leiden dat de rechtspersoon niet langer als oZR kwalificeert.²¹¹ Op een eenvoudige manier zou dan de bezitstoets kunnen worden afgeschud.

3.2.3.4 Maatstaf van heffing

Als sprake is van een gekwalificeerde verkrijging van fictieve onroerende zaken, dan bepaalt art. 10 Wet BRV dat overdrachtsbelasting is verschuldigd over de waarde van de goederen als bedoeld in art. 2 Wet BRV, welke door die aandelen direct of *indirect*²¹² worden vertegenwoordigd. Anders dan art. 4 Wet BRV kent art. 10 Wet BRV geen referentieperiode. Het gaat dus om de onroerende zaken die op het tijdstip van de verkrijging door de aandelen worden vertegenwoordigd.²¹³ Met art. 10 Wet BRV wil de wetgever bewerkstelligen dat de verkrijging van fictieve onroerende zaken wordt belast, alsof de tot de bezittingen van een oZR behorende onroerende zaken zelf worden verkregen.²¹⁴

3.2.3.5 Doorkijkarresten

Zoals reeds opgemerkt, wil de wetgever met art. 4 Wet BRV (onder andere) bereiken dat economisch gelijke gevallen fiscaal ook gelijk worden behandeld. Maar deze gelijke behandeling werkt niet onverkort door naar alle bepalingen binnen de overdrachtsbelasting. Op grond van een letterlijke lezing van art. 15 Wet BRV zouden immers de vrijstellingen slechts toepassing kunnen vinden indien de onroerende zaken zelf worden verkregen. De vrijstellingen kunnen dus niet worden toegepast ingeval de onroerende zaken indirect door middel van een aandelentransactie worden verkregen. Daarom heeft de HR in de zogenoemde *Doorkijkarresten*²¹⁵ een rechtsregel geformuleerd. Volgens hem moet als een vrijgestelde verkrijging mede worden aangemerkt: de verkrijging van fictieve onroerende

²¹¹ Een uitgebreide behandeling van deze eliminatiebepaling zou het doel en bestek van dit onderzoek te buiten gaan. Verwezen wordt naar: Rozendal, *FBN* 2011/11-58.

²¹² In de literatuur is de vraag naar voren gekomen wat de exacte reikwijdte is van art. 10 Wet BRV, gelet op de zinsnede 'door aandelen *middellijk* worden vertegenwoordigd'. Rozendal is, bijvoorbeeld, van mening dat de reikwijdte van art. 10 Wet BRV *eng* moet worden opgevat (zie Rozendal, *WFR* 2017/102, § 2.4, p. 649-650). Zie ook: Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 6.6.7, p. 287-288.

²¹³ Rozendal, t.a.p.

²¹⁴ Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 6.6.1, p. 284.

²¹⁵ HR 23 februari 2007, nr. 41 591, *BNB* 2007/167, HR 10 juni 2011, nr. 10/00498, *BNB* 2011/219 en HR 30 november 2018, nr. 17/04543, *BNB* 2019/37.

zaken, voor zover daarbij geheven zou worden over de waarde van een onroerende zaak waarover bij een rechtstreekse verkrijging geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn geweest. Art. 4 Wet BRV richt zich namelijk niet op het creëren van een heffing welke zich bij een rechtstreekse verkrijging niet zou voordoen.

3.2.4 Een aantal vrijstellingen

3.2.4.1 Bedrijfsopvolgingsvrijstelling

Thans is in art. 15 lid 1 onderdeel b Wet BRV een vrijstelling opgenomen ter zake van de verkrijging van een onderneming. Het doel van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling²¹⁶ is het bevorderen dat overdracht van de onderneming plaatsvindt op het moment dat een ondernemer zich in feite uit de bedrijfsuitoefening terugtrekt, zodat versnippering van de onderneming na het overlijden van de eigenaar wordt voorkomen.²¹⁷ Ingevolge art. 15 lid 1 onderdeel b Wet BRV gelden de volgende cumulatieve voorwaarden:

- 1 er wordt verkregen door een of meer familieleden van de overdrager, meer specifiek door een of meer (klein)kinderen, broers, zusters of hun echtgenoten c.q. geregistreeerde partners²¹⁸;
- 2 er wordt overgedragen door een ondernemer, dat wil zeggen: een natuurlijk persoon die een subjectieve onderneming drijft in de zin van de Wet IB²¹⁹;
- 3 de verkregen onroerende zaken behoren tot en zijn dienstbaar aan de onderneming van de overdrager, waarbij het begrip 'onderneming' ruim dient te worden geïnterpreteerd (niet alleen de objectieve, maar ook de subjectieve onderneming); en
- 4 de onderneming wordt in haar geheel (al dan niet in fasen) door de verkrijger(s) voortgezet.

Een vader kan bijvoorbeeld met toepassing van deze vrijstelling zijn eenmanszaak overdragen aan zijn opvolgende zoon. Ook kan gebruikt worden gemaakt van de vrijstelling ingeval vader zijn eenmanszaak inbrengt in een personenvennootschap met zoon, mits er een plan is tot volledige overname van de onderneming door de zoon. Overigens hebben we hierboven gezien dat ook een verkrijging van fictieve onroerende zaken met een beroep op de *Doorkijkarresten* onder de reikwijdte van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling terecht kan komen.

Van Kempen merkt op dat de familiegroep in de praktijk als beperkt wordt ervaren.²²⁰ Ingeval – bijvoorbeeld – een ondernemer op huwelijkse voorwaarden is gehuwd, dan kan hij zijn onderneming niet vrijgesteld overdragen aan de echtgenote. Verder kan een kind de onderneming niet (terug) overdragen aan de ouder.

²¹⁶ In de literatuur ook wel de familievrijstelling genoemd.

²¹⁷ Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 7.5, p. 372.

²¹⁸ Met een kind wordt gelijkgesteld een pleegkind, en met een broer of zuster een halfbroer, halfzuster, pleegbroer of pleegzuster.

²¹⁹ Van Kempen, in: Cursus Belastingrecht BvR.2.3.4.C.a. Een bv kan bijvoorbeeld niet met toepassing van de vrijstelling haar onderneming overdragen aan een (klein)kind van haar aandeelhouder.

²²⁰ Van Kempen, in: Cursus Belastingrecht BvR.2.3.4.B.a.

Bovendien sluit de vrijstelling niet aan bij de doorschuiffaciliteit in de Wet IB.²²¹ Op grond van laatstgenoemde faciliteit dient de onderneming namelijk overgedragen te worden aan een medeondernemer of werknemer.

3.2.4.2 Inbrengvrijstelling

Thans is in art. 15 lid 1 onderdeel e Wet BRV een inbrengvrijstelling opgenomen.²²² Deze vrijstelling kan – onder voorwaarden – in de volgende twee gevallen toepassing vinden:

- 1 bij inbreng van een onderneming in een vennootschap die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft (een personenvennootschap); en
- 2 bij inbreng van een onderneming in een nv of bv in het kader van de *omzetting* van een niet in de vorm van een nv of bv gedreven onderneming in een wel in zodanige vorm gedreven onderneming.

De ratio van deze vrijstelling is dat het wijzigen van de rechtsvorm van de onderneming niet behoort te stuiten op fiscaal nadeel in het kader van de overdrachtsbelasting, indien – kortgezegd – de ondernemer eigenaar blijft.²²³

Inbreng van een onderneming in een personenvennootschap²²⁴

Het betreft hier de situatie waarin een onderneming wordt ingebracht in een personenvennootschap, waardoor de andere vennoten van de personenvennootschap een eigendomsaandeel verkrijgen in het door de inbrenger ingebrachte ondernemingsvermogen.²²⁵ Het belastbaar feit doet zich derhalve niet voor op het niveau van de personenvennootschap; het zijn de andere vennoten die de juridische en/of economische eigendom van een tot het ondernemingsvermogen behorende onroerende zaak verkrijgen en dus een beroep moeten doen op de vrijstelling.²²⁶

Een belangrijke voorwaarde voor de toepassing van de vrijstelling is dat een *gehele* onderneming dient te worden ingebracht. In art. 4 lid 1 UB BRV staat dat onder een onderneming mede moet worden verstaan een deelgerechtigdheid in een personenvennootschap. Het begrip ‘onderneming’ is niet omschreven in de parlementaire geschiedenis, maar volgens Van Kempen dient het bij de inbreng van een onderneming door een natuurlijk persoon te gaan om de inbreng van een zogenoemde subjectieve onderneming ex art. 3.2 en 3.8 Wet IB.²²⁷ Voorts blijkt expliciet

²²¹ Zie art. 3.63 Wet IB.

²²² In § 2.2.2.1 van dit onderzoek is aangegeven wanneer sprake is van het civielrechtelijke begrip ‘inbreng’ (zie art. 7A:1662 BW).

²²³ Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 7.8, p. 382. Zie bijvoorbeeld: HR 17 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5302, *BNB* 1993/199, m.nt. Zwemmer. Zie ook: *Kamerstukken II* 1999-2000, 27030, nr. 3 (MvT), p. 7.

²²⁴ Opgenomen in art. 15 lid 1 onderdeel e ten eerste Wet BRV jo. art. 4 UB BRV.

²²⁵ Overigens kan deze vrijstelling ook toepassing vinden ingeval wordt ingebracht in een naar buitenlands recht opgerichte personenvennootschap.

²²⁶ Zie ook § 3.3.1.2. Er is overigens ook ‘gewoon’ sprake van een belastbaar feit in het geval de onroerende zaken slechts in economische eigendom zijn ingebracht en de stille reserves volledig worden voorbehouden door de inbrenger (HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9044, *BNB* 2010/45, m.nt. J.C. van Straaten).

²²⁷ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.3.7.B.c1*.

uit art. 4 lid 1 UB BRV dat de inbrengvrijstelling eerst kan worden toegepast indien alle tot het ondernemingsvermogen behorende activa en passiva die een functie vervullen in de onderneming worden ingebracht. Hieruit kan men afleiden dat het moet gaan om de inbreng van een gehele onderneming; de vrijstelling kan geen toepassing vinden indien bijvoorbeeld (slechts) een filiaal wordt ingebracht – dat wil zeggen: een zelfstandig gedeelte van een onderneming.²²⁸ In de praktijk is het overigens gebruikelijk dat slechts de economische eigendom van een onroerende zaak door de inbrenger wordt ingebracht in de vennootschappelijke gemeenschap. Daarom heeft de staatssecretaris in het Besluit ondernemingsfaciliteiten goedgekeurd dat ook sprake is van een inbreng van een gehele onderneming, indien alleen de economische eigendom wordt ingebracht.²²⁹

Een andere voorwaarde is dat ter zake van de inbreng de inbrenger moet worden bijgeschreven op de kapitaalrekening van de vennootschap voor een bedrag dat ten minste 90% is van de waarde in het economische verkeer van het vermogen van de ingebrachte onderneming ('crediteringseis').²³⁰ De inbrenger mag derhalve voor maximaal 10% van de waarde van het vermogen van de ingebrachte onderneming in rekening-courant worden gecrediteerd. Deze voorwaarde dient de oneigenlijke inbreng tegen te gaan.²³¹ Men moet dan denken aan de situatie waarin de inbrenger slechts voor een klein bedrag van zijn inbreng wordt bijgeschreven op de kapitaalrekening en voor het restant een vordering krijgt op de vennootschap. Een materiële verkoop zou dan formeel kunnen worden vormgegeven als een inbreng. In de praktijk wordt de crediteringseis als een knelpunt ervaren, namelijk in die gevallen waarin sprake is van goodwill. Men wil dan veelal werken met een ingroeiregeling, opdat heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting kan worden uitgesteld/uitgesmeerd (progressie- en/of liquiditeitsvoordeel). Maar ingevolge art. 4 lid 1 UB BRV kan heffing van overdrachtsbelasting dan niet worden voorkomen, aangezien de inbrenger niet voor ten minste 90% van de waarde van het vermogen van de ingebrachte onderneming op de kapitaalrekening van de vennootschap wordt bijgeschreven.²³²

In aanvulling op deze voorwaarden zijn in art. 4 lid 3 en 4 UB BRV 'continuïteitseisen' neergelegd.²³³ Op grond van art. 4 lid 3 UB BRV vervalt de vrijstelling als de inbrenger binnen drie jaren niet meer vennoot is van de personenvennootschap of binnen die periode zijn bijschrijving wegens inbreng op de kapitaalrekening is

²²⁸ Op grond van art. 4 lid 2 UB BRV kan echter onder voorwaarden ook een afzonderlijke onroerende zaak vrijgesteld worden ingebracht. Zie § 3.3.1.5.

²²⁹ Besluit ondernemingsfaciliteiten, onderdeel 3.1.

²³⁰ Indien de ondernemer inbrengt met voorbehoud van stille reserves, dan mag hij op grond van art. 15 lid 5 Wet BRV jo. art. 4 lid 1 UB BRV voor dit crediteringsmaximum uitgaan van de boekwaarde van het vermogen van de ingebrachte onderneming, zoals die geldt voor de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting. Ook een combinatie is mogelijk (Besluit ondernemingsfaciliteiten, onderdeel 3.2).

²³¹ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.3.7.C.a.*

²³² Zie Van Kempen, *TFO* 2015/140.1, § 2.6, p. 118-119 en Doornebal, *WFR* 2002/9, § 2.2.

²³³ Ingevolge art. 4 lid 5 Wet BRV blijven de continuïteitseisen buiten toepassing ingeval sprake is van een opvolgende inbreng binnen de driejaarstermijn op de voet van art. 15 lid 1 onderdeel e Wet BRV.

verminderd, anders dan door afboeking van zijn aandeel in het verlies van de vennootschap ('aanhoudingseis'). En ingevolge art. 4 lid 4 UB BRV vervalt de vrijstelling als de personenvennootschap de voorzetting van de onderneming beëindigt binnen drie jaren na de inbreng ('voorzettingseis'). Overigens is eerst op dat moment – het vervallen van de vrijstelling – overdrachtsbelasting verschuldigd.²³⁴ De aanhoudingseis kan in de praktijk als een knelpunt worden ervaren. Op grond van deze eis vervalt de vrijstelling immers ook indien binnen drie jaren na de inbreng de bij-schrijving op de kapitaalrekening van de inbrenger is verminderd, anders dan door afboeking van het aandeel in het verlies. In verliessituaties, of situaties waarin geen of nagenoeg geen winst wordt behaald, zou de inbrenger – op grond van een letterlijke lezing van de wettekst – geen opnamen kunnen doen. Volgens Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker dient deze regel evenwel in redelijkheid te worden toegepast.²³⁵ Overigens is het de verkrijger die de vrijstelling verliest, indien de inbrenger de aanhoudingseis overtreedt. Een en ander komt de rechtszekerheid van belastingplichtigen niet ten goede.

Inbreng van een onderneming in een nv of bv²³⁶

Hier gaat het om de situatie waarin een onderneming wordt ingebracht in een nv of bv, waardoor die nv of bv het eigendom verkrijgt van het door de inbrenger ingebrachte ondernemingsvermogen.²³⁷ In de praktijk moet men hoofdzakelijk denken aan de rechtsvormwijziging van een eenmanszaak of personenvennootschap in een bv.²³⁸ Volgens Van Kempen is de term 'omzetting' in art. 15 lid 1 onderdeel e ten tweede Wet BRV ongelukkig te noemen, aangezien deze civielrechtelijke term de situatie aanduidt waarin een rechtspersoon verandert van rechtsvorm met behoud van zijn identiteit.²³⁹ In dat geval is noch in juridische zin, noch in economische zin sprake van een verkrijging.²⁴⁰

Ingevolge art. 5 lid 1 UB BRV wordt ook voor deze vrijstelling de voorwaarde gesteld dat een gehele onderneming dient te worden ingebracht en wordt onder een onderneming mede verstaan een deelgerechtigdheid in een personenvennootschap. Verder moeten op grond van art. 15 lid 1 onderdeel e ten tweede Wet BRV de oprichters van de vennootschap in het aandelenkapitaal geheel of nagenoeg geheel – 90% of meer – in dezelfde verhouding gerechtigd zijn als in het vermogen van de ingebrachte onderneming. De inbreng in de nv of bv dient te geschieden tegen toekenning van aandelen door die nv of bv. Ex art. 5 lid 2 UB BRV wordt onder toekenning van aandelen mede begrepen het geval waarin naast de toekenning van

²³⁴ HR 10 oktober 2014, nr. 13/06391, *BNB* 2014/246.

²³⁵ Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016, § 7.8.2, p. 393.

²³⁶ Opgenomen in art. 15 lid 1 onderdeel e ten tweede Wet BRV jo. art. 5 UB BRV.

²³⁷ Conform een letterlijke lezing van de wettekst, kan de vrijstelling niet worden toegepast indien wordt ingebracht in een met een nv of bv buitenlands vergelijkbare vehikel. De woonplaats c.q. vestigingsplaats en nationaliteit van de inbrenger spelen overigens geen rol.

²³⁸ Bovendien zou de vrijstelling ook kunnen worden toegepast als een andere rechtspersoon, niet zijnde een nv of bv, zijn onderneming inbrengt in een nv of bv. Denk aan de inbreng door een stichting of coöperatie.

²³⁹ Zie art. 2:18 BW.

²⁴⁰ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.3.8.A.*

aandelen tevens een bedrag in geld wordt betaald van ten hoogste 10% van de waarde van hetgeen op aandelen is gestort.²⁴¹ Daarnaast wordt de voorwaarde gesteld dat sprake moet zijn van een inbreng in een nieuw opgerichte nv of bv. De staatssecretaris heeft evenwel onder voorwaarden goedgekeurd dat mag worden ingebracht in een bestaande nv of bv.²⁴²

Als laatste moet ook voor deze vrijstelling rekening worden gehouden met continuïteitseisen.²⁴³ De aanhoudings- en voorzettingseis zijn respectievelijk opgenomen in art. 5 lid 3 en 4 UB BRV.

3.2.4.3 Uitbrengvrijstelling

De overdrachtsbelasting kent ook een uitbrengvrijstelling.²⁴⁴ Op grond van art. 15 lid 1 onderdeel f Wet BRV is van overdrachtsbelasting vrijgesteld:

- 1 de verkrijging krachtens verdeling van goederen²⁴⁵ behorend tot een personenvennootschap (geen rechtspersoon), door degene die oorspronkelijk die goederen in die personenvennootschap had ingebracht²⁴⁶, mits de inbreng indertijd was vrijgesteld op grond van de inbrengvrijstelling; en
- 2 de verkrijging door aandeelhouders (natuurlijke personen) van een ontbonden nv of bv, krachtens vereffening van het vermogen van die nv of bv, onder de voorwaarde dat de door de ontbonden nv of bv gedreven onderneming wordt voortgezet op de voet van art. 14c Wet VPB.

Verdeling gemeenschap van een ontbonden personenvennootschap²⁴⁷

Als een personenvennootschap wordt ontbonden dan zal een verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap volgen.²⁴⁸ In het geval bij een verdeling een onroerende zaak wordt toebedeeld aan de oorspronkelijke inbrenger van die onroerende zaak en ter zake van zijn inbreng indertijd gebruik is gemaakt van de inbrengvrijstelling, dan kan de oorspronkelijke inbrenger gebruik maken van de uitbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten eerste Wet BRV. Hierbij wordt niet de voorwaarde gesteld dat een gehele onderneming wordt toebedeeld, noch dat de verkrijger een onderneming dient voor te zetten. Met andere woorden: ook bij het toebedelen van slechts één onroerende zaak of een aantal onroerende zaken kan

²⁴¹ Als de omzetting plaatsvindt met toepassing van art. 3.65 Wet IB (*geruisloze omzetting*) dan mag het crediteringsmaximum van 10% worden vervangen door het bedrag waarvoor de ondernemer op grond van de aan deze bepaling verbonden voorwaarden wordt gecrediteerd.

²⁴² Besluit ondernemingsfaciliteiten, onderdeel 3.3.

²⁴³ In art. 5 lid 5 en 6 UB BRV zijn uitzonderingen opgenomen op de continuïteitseisen. Kortgezegd vinden deze uitzonderingen – onder voorwaarden – toepassing indien binnen de driejaarstermijn sprake is van een herstructurering op de voet van art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV.

²⁴⁴ Met het begrip ‘uitbreng’ wordt bedoeld op de verdeling der goederen en de vereffening van vermogen.

²⁴⁵ Een verdeling ex art. 3:182 BW.

²⁴⁶ Of door iemand die als rechtverkrijgende *onder algemene titel* van de inbrenger een aandeel had in het hem toegedeelde goed.

²⁴⁷ Opgenomen in art. 15 lid 1 onderdeel f ten eerste Wet BRV.

²⁴⁸ Zolang die verdeling uitblijft, zal geen sprake zijn van een verkrijging.

de vrijstelling worden toegepast. Deze uitbrengvrijstelling is gebaseerd op de gedachte dat de inbrenger slechts tijdelijk afstand heeft gedaan van de door hem ingebrachte onroerende zaak.²⁴⁹ Van Kempen geeft aan dat die privaatrechtelijke veronderstelling niet juist is, aangezien de inbrenger bij het uittreden in principe geen aanspraak meer heeft op de door hem ingebrachte onroerende zaak, doch op zijn kapitaalgoed vermeerderd met zijn aandeel in eventuele reserves.²⁵⁰

Gelet op vorenstaande kan de uitbrengvrijstelling geen toepassing vinden als de onroerende zaak wordt toegescheiden aan een ander dan degene die de onroerende zaak oorspronkelijk heeft ingebracht. Ook als de onroerende zaak in de vennootschappelijke gemeenschap is gekomen door een niet-vrijgestelde inbreng, een vrijgestelde inbreng anders dan op grond van art. 15 lid 1 onderdeel e Wet BRV of krachtens een andere titel dan inbreng, dan kan de vrijstelling niet worden toegepast. In dergelijke gevallen gelden de algemene regels van art. 7 en art. 12 Wet BRV. Ingevolge art. 7 Wet BRV wordt hetgeen bij een verdeling wordt toegedeeld, geacht voor het geheel te zijn verkregen. Vervolgens wordt op grond van art. 12 Wet BRV de waarde van de verkrijging verminderd met het aandeel dat de verkrijger reeds had in het hem toegedeelde goed. De strekking van het huidige art. 7 Wet BRV kan niet los worden gezien van art. 15 lid 1 onderdeel e ten eerste Wet BRV.²⁵¹ Het stramien van art. 7 jo. art. 12 Wet BRV is namelijk in de wet gekomen om misbruik van de inbrengvrijstelling tegen te gaan.

Vereffening vermogen van een ontbonden nv of bv²⁵²

De vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten tweede Wet BRV moet ervoor zorgen dat de zogenaamde geruisloze terugkeer ex art. 14c Wet VPB uit de nv of bv (vennootschapsbelasting) naar de eenmanszaak of personenvennootschap (inkomstenbelasting) ook in het kader van de overdrachtsbelasting wordt gefaciliteerd en zodoende geruisloos kan plaatsvinden. De vrijstelling kan dus niet worden toegepast bij een *ruisende* terugkeer, dat wil zeggen: ingeval voor de vennootschapsbelasting wordt afgerekend over de stakingswinst.

De verkrijging ter zake doet zich voor op het niveau van de voormalige aandeelhouders van de nv of bv. Op grond van art. 4a lid 1 UB BRV mogen dit uitsluitend natuurlijk personen zijn. Verder is in art. 4a lid 2 UB BRV een voorzettingseis opgenomen. De vrijstelling vervalt indien de onderneming niet gedurende een periode van ten minste drie jaren na de vereffening door de verkrijger(s) rechtstreeks wordt voortgezet (of mede wordt voortgezet).²⁵³

3.2.4.4 Herstructureringsvrijstelling

Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV stelt onder voorwaarden een verkrijging vrij van overdrachtsbelasting:

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 1999-2000, 27030, nr. 3 (MvT), p. 24-25.

²⁵⁰ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* BvR.2.3.9.A.

²⁵¹ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* BvR.2.1.7.A.

²⁵² Opgenomen in art. 15 lid 1 onderdeel f ten tweede Wet BRV jo. art. 4a UB BRV.

²⁵³ Een uitzondering op deze regel is opgenomen in art. 4a lid 3 UB BRV. De vrijstelling vervalt namelijk niet als binnen de driejaarstermijn een inbreng of omzetting plaatsvindt op de voet van art. 15 lid 1 onderdeel e Wet BRV.

- 1 bij fusie, zijnde: bij juridische fusie van rechtspersonen (art. 5bis UB BRV), bij bedrijfsfusie tussen vennootschappen (art. 5a UB BRV) en bij juridische fusie en taakoverdracht tussen algemeen nut beogende instellingen (ANBI's) en niet-commerciële verenigingen (art. 5d UB BRV);
- 2 bij interne reorganisatie, dat wil zeggen: verkrijgingen binnen concernverband (art. 5b UB BRV); en
- 3 bij splitsing²⁵⁴ van rechtspersonen (art. 5c UB BRV).

De herstructureringsvrijstelling is in de wet gekomen omdat de overdrachtsbelasting geen hinderpaal moet zijn ingeval van een wijziging naar de economisch gewenste rechtsvorm, alsmede bij de economisch wenselijke positionering van vastgoed binnen een concern.²⁵⁵ Deze vrijstelling staat in principe alleen open voor rechtsfiguren met rechtspersoonlijkheid, zoals een nv of bv. Natuurlijke personen komen dus niet in aanmerking. Ook personenvennootschappen zouden daarom geen beroep moeten kunnen doen op deze vrijstelling. In de herstructureringsvrijstelling inzake bedrijfsfusie, interne reorganisatie en splitsing wordt evenwel de open cv expliciet genoemd.²⁵⁶ Een open cv is op grond van de wettekst een cv waarbij toetreding en vervanging van commandieten kan plaatshebben zonder toestemming van alle vennoten.²⁵⁷ In een beleidsbesluit heeft de staatssecretaris evenwel aangegeven dat de wet voor het bestaan van een besloten cv *unanieme* toestemming vereist.²⁵⁸ *A contrario* geredeneerd, is dus reeds sprake van een open cv indien slechts één van de vennoten geen toestemming hoeft te geven. De open cv is voor de heffing van vennootschaps- en inkomstenbelasting, wat betreft de commanditaire vennoten, niet transparant.²⁵⁹ Het expliciet noemen van de open cv in de herstructureringsvrijstelling is onnodig onduidelijk en kan misbruiksituaties in de hand werken.²⁶⁰

3.3 Personenvennootschappen in de huidige overdrachtsbelasting

3.3.1 De belastingplichtige verkrijger

3.3.1.1 Algemeen

Personenvennootschappen, alsmede andere niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguren – zoals het (open) fgr²⁶¹ –, worden voor de heffing van

²⁵⁴ Civielrechtelijk dient een onderscheid te worden gemaakt tussen een *zuivere* splitsing en een *af*splitsing (zie art. 2:334a lid 1 BW). Het verschil tussen beide is dat bij een zuivere splitsing de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan en bij een *af*splitsing niet. Beide splitsingen vallen onder de reikwijdte van art. 5c UB BRV.

²⁵⁵ Besluit van 27 februari 1996.

²⁵⁶ Zie respectievelijk art. 5a lid 7, art. 5b lid 9 en art. 5c lid 2 UB BRV.

²⁵⁷ Zie art. 2 lid 3 onderdeel c AWR.

²⁵⁸ Besluit toestemmingsvereiste commanditaire vennootschappen.

²⁵⁹ Zie art. 2 lid 1 onderdeel a jo. art. 9 lid 1 onderdeel e Wet VPB.

²⁶⁰ Zie § 3.3.3.

²⁶¹ Voor de definitie van het fgr zie art. 2 lid 3 Wet VPB. Ook het beleggingsfonds kent voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting een besloten en open variant. De civielrechtelijke kwalificatie van het fgr blijft in de fiscale wetgeving in het midden. Een fgr kan de rechtsvorm hebben van een personenvennootschap, maar kan ook zijn opgezet als een rechtsvorm *sui generis* (zie Van der Velden, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2011/11). Er is

overdrachtsbelasting aangemerkt als transparant. Dat wil zeggen dat men (voor de heffing van overdrachtsbelasting) door de personenvennootschap heen dient te kijken naar de achterliggende participanten. De achterliggende participanten worden derhalve aangemerkt als de belastingplichtige verkrijgers ex art. 16 Wet BRV. Deze transparantie heeft echter een fundamenteel knelpunt tot gevolg. De navolgende situaties geven inzicht in de overdrachtsbelastingbehandeling van personenvennootschappen.²⁶²

3.3.1.2 Inbreng van een onroerende zaak

Ingeval een onroerende zaak door een vennoot wordt ingebracht in een personenvennootschap, dan verkrijgen de andere vennoten de juridische en/of economische mede-eigendom van die onroerende zaak. In de praktijk is het gebruikelijk dat de inbrenger alleen de economische eigendom van de onroerende zaak inbrengt. Als dan gaat de 'econoom' tot de vennootschappelijke gemeenschap behoren; de andere vennoten worden (slechts) economisch mede-eigenaar van de onroerende zaak. In principe is sprake van een belastbare verkrijging op grond van art. 2 lid 2 Wet BRV. Indien echter ondernemingsvastgoed wordt ingebracht, dan kan een vennoot dikwijls een beroep doen op de bedrijfsopvolgings- of inbrengvrijstelling.

3.3.1.3 Verrijking van een onroerende zaak

Indien een onroerende zaak wordt 'geleverd' aan een personenvennootschap, dan doet de verkrijging zich voor op het niveau van de achterliggende participanten. In de praktijk doen de volgende twee situaties zich voor.

- 1 De vennoten worden juridisch en economisch mede-eigenaar van de onroerende zaak; de onroerende zaak gaat tot de goederenrechtelijke gemeenschap behoren.
- 2 De beherend vennoot of – ingeval van een rechtsvorm sui generis – een aparte bewaarder (in de regel een stichting) verkrijgt de juridische eigendom van de onroerende zaak. Omdat de beherend vennoot c.q. bewaarder de onroerende zaak voor rekening en risico van respectievelijk de personenvennootschap of de deelnemers houdt, verkrijgen de commanditaire vennoten of deelnemers de economische eigendom. Deze uitwerking doet zich vaak voor bij vastgoedbeleggingsfondsen.

3.3.1.4 Levering van een onroerende zaak

Aangezien een personenvennootschap niet de eigendom van een onroerende zaak kan houden, kan zij logischerwijs ook geen onroerende zaak overdragen. In de praktijk vindt daarom levering op de volgende manieren plaats.

- 1 De vennoten dragen allen hun juridische en economische mede-eigendom over aan de verkrijger.

sprake van een overeenkomst, waarbij drie partijen betrokken zijn: een bewaarder, een beheerder en de deelnemers.

²⁶² De situaties zijn in belangrijke mate ontleend aan: Stevens e.a. 2020, § 5.2.1, p. 131.

- 2 De beherend vennoot of bewaarder draagt de juridische eigendom over aan de verkrijger. Op hetzelfde moment dragen respectievelijk de commanditaire vennoten of deelnemers de economische eigendom over.
- 3 De commanditaire vennoten of deelnemers dragen eerst de economische eigendom over aan respectievelijk de beherend vennoot of bewaarder. Vervolgens draagt de beherend vennoot dan wel bewaarder de juridische en economische eigendom over aan de verkrijger.²⁶³

3.3.1.5 Verkrijging of uitbreiding van een belang

Bij een wijziging van het vennotenbestand van een personenvennootschap – toetreding, uittreding of vervanging van een of meer vennoten – komt de overdrachtsbelasting aan bod, indien vastgoed tot het vennootschapsvermogen behoort. Ingeval van toetreding en vervanging, zal de toetreders een belang verkrijgen in de tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende onroerende zaken. Er is dan sprake van een belastbare verkrijging ex art. 2 Wet BRV. De omvang van die verkrijging wordt bepaald door het aandeel in de overwinst, omdat in zoverre het economische belang van een onroerende zaak overgaat naar de toetreders.²⁶⁴ Naar mijn mening dient meer specifiek gekeken te worden naar de gerechtigdheid tot de stille reserves, aangezien in een vennootschapsovereenkomst veelal een onderscheid wordt gemaakt tussen het aandeel in de (reguliere) overwinst en de gerechtigdheid tot de stille reserves en goodwill.

Bij het uittreden van een vennoot, zonder vervanging van die vennoot, vindt per definitie een verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap plaats.²⁶⁵ De tot het vennootschapsvermogen behorende goederen zullen dan worden toebedeeld aan de achterblijvende vennoten, ervan uitgaande dat zij de onderneming gaan voortzetten. Alsdan neemt het belang van de achterblijvers in de tot het vennootschapsvermogen behorende onroerende zaken toe. Deze aanwas wordt ingevolge art. 2 jo. art. 7 en art. 12 Wet BRV in de heffing van overdrachtsbelasting betrokken.

Volgens Doornebal kan in veel van deze gevallen overdrachtsbelasting worden voorkomen, aangezien (achtereenvolgens) gebruik kan worden gemaakt van de uitbreng- en/of inbrengvrijstelling (of eventueel de bedrijfsopvolgingsvrijstelling, indien wordt overgedragen aan een of meer familieleden).²⁶⁶ Kort samengevat schetst hij de volgende twee methoden.

- 1 Bij toetreding, uittreding en vervanging: de onroerende zaken worden, voordat de nieuwe vennoot toetreedt of voordat het aandeel van de uittreder overgaat op de achterblijvende vennoten, met toepassing van de uitbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten eerste Wet BRV toegescheiden aan de venno(o)t(en) die deze onroerende zaken in het verleden heeft/hebben

²⁶³ De staatssecretaris heeft voor de onderhavige situatie goedgekeurd dat onder voorwaarden de verkrijging van de economische eigendom door de beherend vennoot of bewaarder niet aan heffing van overdrachtsbelasting is onderworpen (Besluit belastbaar feit in de overdrachtsbelasting, onderdeel 9.1).

²⁶⁴ Zie Doornebal, *WFR* 2002/9, § 3.2.

²⁶⁵ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht*, BvR.2.3.9.B.d.

²⁶⁶ Doornebal, *WFR* 2002/9, § 3.2, § 4.2 en § 6.2.

ingebracht (uiteraard niet de uittreder), waarbij de andere vennoten gebruik hebben gemaakt van de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e ten eerste Wet BRV. Vervolgens kan de nieuwe vennoot toetreden en/of worden de toebedeelde onroerende zaken ingebracht met toepassing van de inbrengvrijstelling.²⁶⁷

- 2 Alleen ingeval van toetreding: de bestaande personenvennootschap wordt, voordat de nieuwe vennoot toetreedt, ontbonden zonder dat de vennoten tot verdeling van het vennootschapsvermogen overgaan. Zolang verdeling uitblijft, zal immers bij geen van de vennoten sprake zijn van een verkrijging. Vervolgens wordt samen met de toetredende een nieuwe personenvennootschap aangegaan. De vennoten van de ontbonden personenvennootschap brengen in dat kader de onverdeelde onderneming, inclusief de daartoe behorende onroerende zaken, in de nieuwe personenvennootschap met toepassing van de inbrengvrijstelling.

Opgemerkt wordt dat de methode onder 1 niet werkt indien het gaat om tijdens het bestaan van de personenvennootschap van derden verworven onroerende zaken of als de oorspronkelijke inbrenger(s) van de onroerende zaken geen venno(o)t(en) meer is/zijn.

Van Kempen geeft aan dat de omweg onder 2 alleen kan worden toegepast indien de personenvennootschap is ontbonden en de nieuwe personenvennootschap juridisch kwalificeert als een nieuwe vennootschap.²⁶⁸ Volgens haar is dit in de praktijk in de regel niet het geval. Ze geeft namelijk aan – in navolging van Maijer – dat de nieuwe vennootschapsovereenkomst dan een zo andere inhoud of strekking dient te hebben dat deze naar verkeersopvatting beschouwd niet meer als dezelfde overeenkomst gekwalificeerd kan worden.²⁶⁹ Ik onderschrijf haar visie. Hier lijkt me in de onderhavige situatie geen sprake van.

Gelet op vorenstaande kan mijns inziens conclusie genomen worden dat bij een wijziging van het vennotenbestand van een personenvennootschap met ondernemingsvastgoed, vaak geen vrijstelling voorhanden is. Dit terwijl in een vergelijkbare situatie, waarin de onderneming wordt gedreven in de vorm van een rechtspersoon, heffing van overdrachtsbelasting achterwege blijft.²⁷⁰ Deze ongelijke behandeling van economisch gelijke gevallen betreft een knelpunt van fundamentele aard.²⁷¹

Wat betreft beleggingsvastgoed speelt deze ongelijke behandeling minder een rol. Dit omdat het regime voor de verkrijgers van participaties in vastgoedbeleggingsfondsen en het regime voor de verkrijgers van aandelen in rechtspersonen, door middel van een tegemoetkoming in art. 2 lid 3 e.v. Wet BRV, min of meer gelijk is getrokken. Toch bestaan er ook nog steeds belangrijke verschillen tussen de

²⁶⁷ Op grond van art. 4 lid 2 UB BRV kunnen in casu ook afzonderlijke onroerende zaken met toepassing van de vrijstelling worden ingebracht.

²⁶⁸ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht*, BvR.2.3.9.B.b.

²⁶⁹ Van Kempen, t.a.p.

²⁷⁰ Bij ondernemingsvastgoed zal in principe niet voldaan worden aan de voorwaarden van art. 4 Wet BRV.

²⁷¹ Zie ook: Stevens e.a. 2020, § 5.3.1, p. 138.

behandeling van vastgoedbeleggingsfondsen- en maatschappijen.²⁷² Voor de economische eigendomsverrijking van art. 2 lid 2 Wet BRV geldt bijvoorbeeld niet een bezits- en doeleis op het niveau van het vastgoedbeleggingsfonds, waardoor heffing van overdrachtsbelasting sneller aan bod komt.

3.3.1.6 Wijziging in de overwinstverdeling

Een wijziging in de *overwinstverdeling* – de gerechtigdheid tot de stille reserves – van een personenvennootschap, zal ertoe leiden dat het economische belang van de vennoten bij de tot het vennootschapsvermogen behorende onroerende zaken verandert.²⁷³ In dat geval zal bij de vennoten van wie het economische belang toeneemt, sprake zijn van een belaste verkrijging ex art. 2 lid 2 Wet BRV. Een aanpassing van (slechts) de arbeidsbeloning, rentevergoeding over de kapitaalbreng en/of het aandeel in de *reguliere* overwinst, zal daarentegen geen wijziging van het economische belang tot gevolg hebben.

In dergelijke gevallen kan de eerste methode van Doornebal hierboven geen toepassing vinden. Dit omdat dan een beroep op het bepaalde in art. 4 lid 2 UB BRV niet mogelijk is, aangezien de (weder)inbreng geen verband houdt met de toetreding, uittreding of vervanging van vennoten.²⁷⁴ Verder verwijst Rozendal in dit kader naar de tweede door Doornebal geschetste methode, waarbij de personenvennootschap eerst wordt ontbonden en vervolgens een nieuwe personenvennootschap wordt aangegaan met de gewenste overwinstverdeling.²⁷⁵ Naar mijn mening zal zeker in de onderhavige situatie, waarin men slechts zonder heffing van overdrachtsbelasting de overwinstverdeling wenst aan te passen, juridisch gezien geen sprake zijn van een nieuwe vennootschapsovereenkomst. Ergo, bij een wijziging in de gerechtigdheid tot de stille reserves van een personenvennootschap met ondernemingsvastgoed, zal mijns inziens heffing van overdrachtsbelasting niet kunnen worden voorkomen. Dit terwijl in een vergelijkbare situatie, waarin de onderneming wordt gedreven in de rechtsvorm van bijvoorbeeld een bv, geen overdrachtsbelasting zal worden geheven. Ook in deze situatie is derhalve sprake van een ongelijke behandeling van in wezen gelijke gevallen.²⁷⁶

3.3.2 Het Scheepjeshofarrest

Personenvennootschappen kunnen op grond van het BW niet de eigenaar zijn van onroerende zaken. Verder hebben personenvennootschappen in privaatrechtelijke zin geen in aandelen verdeeld kapitaal.²⁷⁷ Ook voor de heffing van overdrachtsbelasting wordt de personenvennootschap transparant beschouwd en heeft zij in beginsel geen in aandelen verdeeld kapitaal. Dit werkt door naar de regeling voor

²⁷² Zie voor de belangrijkste verschillen: Gassler, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.1.4.C.*

²⁷³ Doornebal, *WFR* 2002/9, § 5.2.

²⁷⁴ Doornebal, t.a.p.

²⁷⁵ Stevens e.a. 2020, § 5.2.1, p. 133.

²⁷⁶ Ingeval van beleggingsvastgoed kan men ook hier mogelijk gebruik maken van de tegemoetkoming van art. 2 lid 3 e.v. Wet BRV (zie art. 2 lid 6 Wet BRV) en speelt de ongelijke behandeling dus minder een rol.

²⁷⁷ Dit in tegenstelling tot de nv en bv, waarbij per definitie sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal (zie respectievelijk art. 2:67 en 2:178 BW).

fictieve onroerende zaken ex art. 4 Wet BRV. Zo kan een personenvennootschap niet aan de bezitseijs voldoen en derhalve niet worden aangemerkt als een ozr. Dit lijkt logisch, *a fortiori* thans expliciet uit art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV blijkt dat alleen rechtspersonen als ozr kunnen kwalificeren. Maar zo vanzelfsprekend is dit niet. Pas met ingang van 1 januari 2014 wordt namelijk aangesloten bij het bezitten van rechtspersoonlijkheid. Voor die datum ging het om 'lichamen met een in aandelen verdeeld kapitaal' en voor fiscale doeleinden kan een personenvennootschap wel worden aangemerkt als een dergelijk lichaam.²⁷⁸ In het kader van de overdrachtsbelasting werd dit door de HR aangenomen in het zogenoemde *Scheepjeshofarrest*.²⁷⁹

In dit arrest ging het om belanghebbende (X bv) en drie andere bv's die samen alle participaties verkregen in een vastgoedmaatschap. De maatschap hield zich bezig met het beleggen van vermogen in een winkelcentrum met bijbehorende appartementen en parkeerplaatsen. De juridische eigendom van het vastgoed berustte bij een stichting. X bv verkreeg een belang van 32% in de vastgoedmaatschap. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat X bv hiermee de economische eigendom van het onderliggende vastgoed ex art. 2 lid 2 Wet BRV had verkregen. X bv was echter van mening dat art. 4 Wet BRV moest worden toegepast en in dat geval zou op grond van de aanmerkelijkbelangeis pas bij een belang van 1/3 gedeelte of meer sprake zijn geweest van een belastbaar feit. De HR oordeelde opvallend, in die zin dat hij zowel de inspecteur als de belastingplichtige gelijk gaf, maar omdat dan een samenloop van beide bepalingen zich zou voordoen art. 4 Wet BRV prevaleert. Dit omdat de antimisbruikbepaling van art. 4 Wet BRV een *lex specialis* is ten opzichte van de economische eigendomsverkrijging van art. 2 lid 2 Wet BRV. De verkrijging van het 32%-belang in de vastgoedmaatschap door X bv was derhalve niet aan heffing van overdrachtsbelasting onderworpen, omdat niet aan de aanmerkelijkbelangeis van art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV (oud) was voldaan.

Naar aanleiding van (de ongewenste gevolgen) van dit arrest heeft de wetgever met ingang van 1 januari 2014²⁸⁰ art. 4 Wet BRV aangepast, waardoor deze regeling alleen nog maar van toepassing is op rechtspersonen. Met deze wijziging heeft de wetgever de directe verkrijgingen uitsluitend onder de werking van art. 2 Wet BRV gebracht. In aanvulling hierop heeft de wetgever met het oog op de uitvoerbaarheid en vermindering van de administratieve lastendruk in art. 2 lid 3 e.v. Wet BRV een tegemoetkoming opgenomen voor vastgoedbeleggingsfondsen.

3.3.3 De open cv in de herstructureringsvrijstelling

De herstructureringsvrijstelling is reeds kort de revue gepasseerd in § 3.2.4.4. Kort samengevat kan onder voorwaarden een beroep worden gedaan op een vrijstelling bij (juridische) fusie, interne reorganisatie en (af)splitsing. In het verlengde van vorenstaande, kunnen personenvennootschappen ook voor de herstructureringsvrijstelling niet worden aangemerkt als de juridische en/of economische eigenaar van

²⁷⁸ Zie onder andere (de wetsgeschiedenis bij) art. 32 lid 2 Wet BRV (oud).

²⁷⁹ HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:PHR:2004:A03184 (*Scheepjeshofarrest*), BNB 2005/52, m.nt. J.W. Zwemmer. Zie rechtsoverweging 3.2.

²⁸⁰ Wet overige fiscale maatregelen 2014.

onroerende zaken. Ook kan een participant in een personenvennootschap in principe niet worden aangemerkt als aandeelhouder. Curieus is daarom dat de open cv in de vrijstelling voor bedrijfsfusie, interne reorganisatie en splitsing expliciet wordt genoemd. Voor de heffing van overdrachtsbelasting is een (open) cv namelijk per definitie transparant.

De herstructureringsvrijstelling inzake bedrijfsfusie is van toepassing ingeval een vennootschap een onderneming van een andere vennootschap verkrijgt tegen toekenning van aandelen.²⁸¹ In dit kader wordt onder vennootschap ingevolge art. 5a lid 7 UB BRV mede verstaan de open cv. Rozendal geeft aan dat hiermee een gelijkstelling met de vrijstelling in de vennootschapsbelasting wordt bewerkstelligd.²⁸²

De herstructureringsvrijstelling inzake interne reorganisatie is van toepassing indien een tot het concern behorende vennootschap (fictieve²⁸³) onroerende zaken overdraagt aan een andere vennootschap van dat concern.²⁸⁴ In dit verband moet onder concern worden verstaan een vennootschap waarin niet een andere vennootschap het gehele of nagenoeg gehele belang – 90% of meer – heeft, samen met alle andere vennootschappen waarin zij het gehele of nagenoeg gehele belang heeft (art. 5b lid 2 UB BRV). Het belang moet op grond van art. 5b lid 8 UB BRV worden vertegenwoordigd door het bezit van aandelen.²⁸⁵ In art. 5b lid 9 UB BRV staat dat onder het begrip ‘vennootschap’ ook moeten worden verstaan de open cv. Simonis geeft in zijn bijdrage een interessant voorbeeld.²⁸⁶ Voor fiscale doeleinden kan een open cv namelijk wel worden aangemerkt als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.²⁸⁷ In dat geval zou de open cv deel uit kunnen maken van een concern in de zin van art. 5b lid 2 UB BRV. In het door hem geschetste voorbeeld kan, kortgezegd, een natuurlijk persoon de economische eigendom van (fictieve) onroerende zaken met toepassing van de interne reorganisatievrijstelling zonder heffing van overdrachtsbelasting inbrengen in een bv. Rozendal kan zich niet vinden in dit voorbeeld en geeft aan dat in casu geen gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling.²⁸⁸ Volgens hem is in dit voorbeeld sprake van het eten van twee walletjes.

De herstructureringsvrijstelling inzake splitsing is van toepassing wanneer sprake is van een overgang van vermogen *onder algemene titel* in het kader van een splitsing

²⁸¹ Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV jo. art. 5a lid 1 UB BRV.

²⁸² Stevens e.a. 2020, § 5.3.3.1, p. 138. Zie art. 14 lid 1 Wet VPB. In deze bepaling wordt gesproken over de belastingplichtige en conform art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB valt daar ook de open cv onder.

²⁸³ Zie art. 5b lid 10 UB BRV.

²⁸⁴ Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV jo. art. 5b lid 1 UB BRV. Voor een meer uitgebreide behandeling van de (gewijzigde) interne reorganisatievrijstelling wordt verwezen naar: Robben, *WPNR* 2015/7060.

²⁸⁵ Overigens geldt ook hier met het begrip ‘belang’ sinds 1 januari 2008 een materiële toets.

²⁸⁶ Zie Simonis, *NtFR* 2016/7, § 3.2.3. Een uitgebreide behandeling van dit voorbeeld zou het overzicht en doel van dit onderzoek te buiten gaan.

²⁸⁷ Bovendien wordt op grond van art. 2 lid 3 onderdeel f AWR de deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een open cv aangemerkt als een aandeel.

²⁸⁸ Stevens e.a. 2020, § 5.3.3.2., p. 139-140.

van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.²⁸⁹ Op grond van art. 5c lid 2 UB BRV kan onder vennootschap ook worden verstaan de open cv. Rozendal merkt op dat met het gebruik van de open cv in de splitsingsfaciliteit *geen* gelijkstelling met de faciliteit in de vennootschapsbelasting wordt bewerkstelligd, aangezien in de vennootschapsbelasting wordt gesproken over een rechtspersoon.²⁹⁰

Het expliciet noemen van de open cv als vennootschap in de bedrijfsfusie- en interne reorganisatievrijstelling is onnodig onduidelijk en werkt misbruiksituaties in de hand. Aan het expliciet noemen van de open cv in de splitsingsvrijstelling dient echter geen betekenis te worden toegekend. Alleen rechtspersonen kunnen immers onroerende zaken onder algemene titel verkrijgen in het kader van een juridische splitsing.²⁹¹

3.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de huidige overdrachtsbelasting en zijn specifiek de overdrachtsbelastingaspecten van personenvennootschappen behandeld. Dit hoofdstuk heeft antwoord gegeven op de tweede deelvraag van dit onderzoek: “Hoe worden personenvennootschappen naar huidig recht behandeld in de overdrachtsbelasting en welke knelpunten komen hierbij naar voren?”.

De Wet BRV is van oorsprong sterk geënt op het privaatrecht. De afgelopen decennia heeft zij evenwel meer economische trekken gekregen. Denk daarbij aan de economische eigendomsverzekering sinds 1995, de introductie van het begrip ‘belang’ in art. 4 Wet BRV en art. 5b UB BRV in 2008, de *Doorkijkarresten* van de HR, etc. Het uitgangspunt van de wetgever lijkt te zijn dat hij economisch gelijke gevallen, ook in het kader van de overdrachtsbelasting gelijk wenst te behandelen. Maar deze economische benadering geldt niet onverkort voor de behandeling van personenvennootschappen. De (stille) maatschap, vof en (open) cv worden namelijk voor de heffing van overdrachtsbelasting als transparant beschouwd. Dat betekent dat niet de personenvennootschappen, maar de achterliggende participanten worden aangemerkt als de belastingplichtige verkrijgers. Deze civielrechtelijke benadering heeft evenwel een fundamenteel knelpunt tot gevolg.

Naar huidig recht wordt een niet gerechtvaardigd onderscheid gemaakt tussen de behandeling van personenvennootschappen en Boek 2-rechtspersonen, voornamelijk in die gevallen waarin sprake is van het (indirect) overdragen van ondernemingsvastgoed. Bij een wisseling van het vennotenbestand en bij een wijziging in de gerechtigdheid tot de stille reserves van een personenvennootschap, kan veelal heffing van overdrachtsbelasting niet worden voorkomen. Dit terwijl in een vergelijkbare situatie, waarin de onderneming wordt gedreven in de rechtsvorm van bijvoorbeeld een bv, een wijziging van het belang in die bv niet tot heffing van overdrachtsbelasting zal leiden. In wezen gelijke gevallen worden dus ongelijk behandeld, hetgeen de rechtsvormneutraliteit niet ten goede komt.

²⁸⁹ Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV jo. art. 5c lid 1 UB BRV.

²⁹⁰ Stevens e.a. 2020, § 5.3.3.3, p. 141. Zie art. 14a lid 1 Wet VPB.

²⁹¹ Zie art. 2:334a BW.

Verder is in dit hoofdstuk een aantal knelpunten van praktische aard de revue gepasseerd. In het kort zijn deze als volgt.

- a De meldingsplicht en aansprakelijkheid voor de vervreemder van economische eigendom leidt tot *overkill*. In de praktijk wordt bij personenvennootschappen vaak de economische eigendom overgedragen, zonder dat partijen zich hiervan bewust zijn.
- b De familiegroep van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling wordt in de praktijk als beperkt ervaren. Bovendien sluit de bedrijfsopvolgingsvrijstelling niet aan bij de doorschuiffaciliteit in de Wet IB.
- c De crediterings- en aanhoudingseis ter zake van de inbrengvrijstelling ex art. 15 lid 1 onderdeel e ten eerste Wet BRV jo. art. 4 UB BRV worden in de praktijk als (te) stringent ervaren. Het is daarenboven de verkrijger die (alsnog) overdrachtsbelasting verschuldigd raakt, indien de inbrenger niet aan de voorwaarden voldoet.
- d Het expliciet noemen van de open cv in de herstructureringsvrijstelling inzake bedrijfsfusie en interne reorganisatie is onnodig onduidelijk en werkt misbruik-situaties in de hand.

De vraag komt op of met de beoogde invoering van Titel 7.13 BW bovengenoemde knelpunten kunnen worden weggenomen en welke overdrachtsbelastingaanpassingen daarvoor nodig zijn.

4 (O)vr en overdrachtsbelasting

4.1 Inleiding

Op 21 februari 2019 is het civielrechtelijke Voorontwerp in consultatie gegaan. Naar aanleiding van het Voorontwerp, heeft de commissie personenvennootschappen van de Vereniging voor Belastingwetenschap²⁹², onder voorzitterschap van Stevens, een rapport gepubliceerd over de belastingheffing van personenvennootschappen.²⁹³ Dit rapport is tijdens de algemene ledenvergadering op 17 juni 2020, te 's-Gravenhage, besproken.²⁹⁴ In hoofdstuk 5 van dit rapport besteedt Rozendal aandacht aan de overdrachtsbelastingaspecten. Rozendal geeft aan dat het, gelet op de systematiek en het karakter van de overdrachtsbelasting, voor de hand zou liggen als de vr voor overdrachtsbelastingdoeleinden straks hetzelfde behandeld zou worden als thans de bv en nv worden behandeld.²⁹⁵ Daarbij geeft hij aan dat deze gedachte in lijn zou zijn met de in het verleden voorgestelde aanpassingen van de in de Wet BRV opgenomen overdrachtsbelasting, zoals deze waren opgenomen in de Invoeringswet (oud).

In het VvW (oud) kon de ov rechtspersoonlijkheid verkrijgen door dit in de vennootschapsovereenkomst te bepalen en deze overeenkomst op te nemen in een notariële akte.²⁹⁶ De voorgestelde regeling werd in 2011 ingetrokken. Dit nadat het wetsvoorstel en de Invoeringswet (oud) beide reeds door de Tweede Kamer waren aangenomen. Met de Invoeringswet (oud) kon het VvW (oud) worden ingevoerd en kon flankerende wet- en regelgeving worden aangepast aan de invoering van Titel 7.13 BW. De Invoeringswet (oud) werd ondersteund door een MvT.²⁹⁷ Hoofdstuk 4 van de Invoeringswet (oud) en MvT (oud) hadden betrekking op de fiscale aspecten. Met de in dit hoofdstuk opgenomen voorgestelde aanpassingen, zou de keuze voor de rechtsvorm van een ovr gevolgen hebben gehad voor de heffing van overdrachtsbelasting. De staatssecretaris heeft in de MvT (oud) aangegeven dat met de voorgestelde fiscale wijzigingen wordt bewerkstelligd dat de doelstellingen van de civielrechtelijke regeling niet worden doorkruist.²⁹⁸

In het voorliggende hoofdstuk staan de overdrachtsbelastingaspecten van de (o)vr centraal. Dit hoofdstuk geeft antwoord op de derde deelvraag van dit onderzoek: “Welke overdrachtsbelastingaanpassingen zijn wenselijk in verband met een invoering van Titel 7.13 BW?”. Om een gedegen antwoord te kunnen geven op deze deelvraag, worden eerst in § 4.2 de in het verleden voorgestelde overdrachtsbelastingwijzigingen geanalyseerd. Vervolgens worden de naar mijn mening wenselijke aanpassingen in verband met een invoering van Titel 7.13 BW besproken (§ 4.3). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie in § 4.4.

²⁹² Hierna: commissie.

²⁹³ Stevens e.a. 2020.

²⁹⁴ Zie verslag van deze bespreking: Witpeerd, *WFR* 2020/142.

²⁹⁵ Stevens e.a. 2020, § 5.4.1, p. 144.

²⁹⁶ Zie art. 802 lid 1 VvW (oud).

²⁹⁷ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31065, nr. 3 (MvT). Hierna: MvT (oud).

²⁹⁸ MvT (oud), p. 34.

4.2 Analyse van de Invoeringswet (oud)

4.2.1 Algemeen

Met het VvW (oud) werd voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid aansluiting gezocht bij een formele handeling (het verlijden van een notariële akte). Hierdoor zou er een tweedeling binnen de personenvennootschappen zijn ontstaan: personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid.

Bij een ov zou sprake blijven van een vennootschappelijke gemeenschap. De vennoten hebben dan *een aandeel in de vermogensbestanddelen* van de vennootschap. De ovr zou wat het vermogensrecht betreft gelijk komen te staan met een natuurlijk persoon, met als gevolg dat zij zelfstandig drager van rechten en plichten zou zijn geweest.²⁹⁹ In dat geval hebben de vennoten niet een rechtstreeks aandeel in de vermogensbestanddelen, doch hebben zij *een aandeel in de ovr* zelf.³⁰⁰ Een aandeel in een ovr dient men echter niet gelijk te stellen aan het aandeel van een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap, zoals een bv. De obligatoire positie van een vennoot in een ovr (zeggenschaps- en winstrechten) wordt alleen bepaald door de akte van vennootschap en de bepalingen van Titel 7.13 BW.³⁰¹ In het VvW (oud) werd ter zake gebruik gemaakt van de term 'economische deelgerechtigdheid'.³⁰² De wetgever heeft in de toelichting bij het VvW (oud) opgemerkt dat de economische deelgerechtigdheid van een vennoot de obligatoire aanspraak in geld op de vennootschap reflecteert.³⁰³ In het voorgestelde art. 821 lid 2 VvW (oud) stond dan ook opgenomen dat bij het uittreden van een vennoot, de vennootschap gehouden is de uittreder een bedrag te betalen dat gelijk is aan de waarde van zijn economische deelgerechtigdheid.

De Wet BRV is van oorsprong sterk geënt op het civiele recht en in principe onderschrijft de wetgever deze visie.³⁰⁴ Dit uitgangspunt kwam ook met de in het verleden voorgestelde aanpassingen duidelijk naar voren. Reeds in de toelichting bij het VvW (oud) had de staatssecretaris aangegeven dat met de aanpassingen in de fiscaliteit zoveel mogelijk zou worden aangesloten bij de beoogde civielrechtelijke effecten.³⁰⁵ Wat betreft de overdrachtsbelasting zou aansluiting worden gezocht bij het hierboven behandelde civielrechtelijke onderscheid tussen de ov en ovr. De ov zou voor de heffing van overdrachtsbelasting transparant blijven, maar de ovr zou voortaan zelf als de belastingplichtige verkrijger worden aangemerkt.

Meer specifiek werd met de Invoeringswet (oud) voorgesteld om de regeling voor fictieve onroerende zaken aan te passen, opdat ook de verkrijging van een economische deelgerechtigdheid als vennoot in een ovr onder de reikwijdte van deze bepaling terecht zou komen (§ 4.2.2). Daarnaast zou in het voorgestelde art. 56 Wet BRV een overgangsregeling worden opgenomen voor bestaande

²⁹⁹ Art. 802 lid 2 VvW (oud) jo. art. 2:5 BW.

³⁰⁰ MvT (oud), p. 34.

³⁰¹ MvT (oud), p. 35.

³⁰² Zie art. 821 lid 2 VvW (oud).

³⁰³ *Kamerstukken II 2002-2003*, 28746, nr. 3 (MvT), p. 13 en 35.

³⁰⁴ Maar de afgelopen decennia is de Wet BRV wel economischer van aard geworden.

³⁰⁵ *Kamerstukken II 2002-2003*, 28746, nr. 3 (MvT), p. 6.

vastgoedbeleggingsfondsen (§ 4.2.3). Overigens wordt opgemerkt dat met de Invoeringswet (oud) ook een aanpassing binnen art. 4 Wet BRV werd voorgesteld, in die zin dat deze bepaling voortaan alleen nog maar van toepassing zou zijn op rechtspersonen. In het verlengde hiervan werd met het oog op de uitvoerbaarheid en de vermindering van de administratieve lasten, een tegemoetkoming voor vastgoedbeleggingsfondsen voorgesteld in art. 2 lid 3 e.v. Wet BRV.³⁰⁶ De Invoeringswet (oud) is in 2011 ingetrokken, maar beide aanpassingen zijn later met de Wet overige fiscale maatregelen 2014 alsnog doorgevoerd.³⁰⁷

Met betrekking tot ondernemingsvastgoed werd voorgesteld om de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e Wet BRV aan te passen, zodat ook de inbreng van een onderneming in een ovr – onder voorwaarden – zonder heffing van overdrachtsbelasting kon plaatsvinden (§ 4.2.4). Voorts werd voorgesteld om de uitbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f Wet BRV uit te breiden naar de situatie waarin de ovr haar rechtspersoonlijkheid opgeeft en derhalve (weer) een ov wordt (§ 4.2.5).

In de Invoeringswet (oud) waren geen voorgestelde wijzigingen opgenomen ter zake van de herstructureringsvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV. In § 4.2.6 hierna wordt (kort) stilgestaan bij de mogelijke toepassing van de ovr binnen de herstructureringsvrijstelling.

4.2.2 Ovr in de regeling voor fictieve onroerende zaken

De staatssecretaris had initieel voorgesteld om – kortgezegd – binnen art. 4 en 10 Wet BRV aanpassingen door te voeren, zodat ook een verkrijging van een economische deelgerechtigdheid als vennoot in het vermogen van een ovr met vastgoed kon worden belast.³⁰⁸ Maar naar aanleiding van commentaar uit de literatuur³⁰⁹ heeft de staatssecretaris er uiteindelijk voor gekozen om in art. 52 Wet BRV een overkoepelende begripsbepaling op te nemen en dus geen aanpassingen binnen art. 4 en 10 Wet BRV zelf door te voeren.³¹⁰ Op grond van het voorgestelde art. 52 lid 2 Wet BRV moest onder het begrip ‘aandeel’ in de zin van de Wet BRV mede worden verstaan: de economische deelgerechtigdheid van een vennoot in een ovr.³¹¹ Ingevolge het voorgestelde derde lid van dit artikel, moest onder rechtspersoon voortaan ook worden verstaan de ovr.³¹² Met het voorgestelde art. 52 Wet BRV kon de ovr dus worden aangemerkt als een ovr ex art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV en kon daarmee een verkrijging van een economische deelgerechtigdheid als vennoot in het vermogen van een dergelijke ovr, kwalificeren als een verkrijging van fictieve onroerende zaken. Voortaan zou bij een wijziging van het

³⁰⁶ MvT (oud), p. 38.

³⁰⁷ Beide regelingen zijn reeds in hoofdstuk 3 van dit onderzoek aan bod gekomen en worden daarom hier verder niet behandeld.

³⁰⁸ Zie *Kamerstukken II 2006-2007*, 31065, nr. 2 (VvW), p. 16-17.

³⁰⁹ Zie Gassler, *TFO 2008/25*, § 2.1-2.2 en *Kamerstukken II 2008-2009*, 31065, nr. 14 (Brief NOB), p. 2.

³¹⁰ Zie *Kamerstukken II 2008-2009*, 31065, nr. 16 (Vierde NvW), p. 5.

³¹¹ Alsmede in een vennootschap die naar het recht van een andere Staat is opgericht of ontstaan en naar aard en inrichting daarmee vergelijkbaar is.

³¹² Zie vorige voetnoot.

vennotenbestand en bij een wijziging in de overwinstverdeling van een ovr, geen sprake meer zijn geweest van een directe juridische en/of economische eigendomsverzekering ex art. 2 Wet BRV. Slechts indien een belang van 1/3 gedeelte of meer in een ovr met beleggingsvastgoed zou worden verkregen of uitgebreid, kon heffing van overdrachtsbelasting zich voordoen op de voet van art. 4 Wet BRV. In dat opzicht zou de ovr gelijk worden behandeld met de Boek 2-rechtspersonen.

Deze gelijke behandeling werd evenwel niet doorgetrokken naar het consolidatievoorschrift van art. 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV.³¹³ In een Nnv heeft de staatssecretaris het volgende aangegeven: *“Elke deelname in een OVR wordt dus beschouwd als een rechtstreeks bezit in de onderliggende activa en passiva”*.³¹⁴ Volgens de staatssecretaris dient derhalve voor de bepaling of sprake is van een ovr ex art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV een deelname in een ovr altijd geconsolideerd te worden, ook indien sprake is van een belang van minder dan 1/3. Voorts heeft hij opgemerkt: *“Overigens zou een andere opvatting er ook toe kunnen leiden dat in meer gevallen dan voorheen sprake is van een onroerendezaakrechtspersoon”*.³¹⁵

Met de NOB³¹⁶ ben ik van mening dat geen rechtvaardiging voor dit onderscheid bestaat. Ondanks het commentaar van de NOB, heeft de staatssecretaris expliciet aangegeven bij zijn standpunt te blijven. In de Nnv geeft hij een voorbeeld ter illustratie. Dit voorbeeld is mijns inziens pertinent onjuist. Ik onderschrijf zijn bovenstaande opmerkingen niet. Ingeval ook een belang van bijvoorbeeld 10% in een ovr voor de bepaling of sprake is van een ovr in de zin van art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV geconsolideerd dient te worden, dan worden in wezen gelijke gevallen met de Boek 2-rechtspersonen ongelijk behandeld. Dit lijkt me niet de bedoeling. De staatssecretaris wil toch met de aanpassingen in de fiscaliteit zoveel mogelijk aansluiten bij de beoogde civielrechtelijke effecten? Bovendien zal naar mijn mening juist in dit systeem in meer gevallen dan voorheen sprake zijn van een ovr. Ik geef een eenvoudig voorbeeld ter onderbouwing van mijn standpunt.

Voorbeeld

X bv is vennoot van Y ovr. De economische deelgerechtigdheid bedraagt 10%. Tot het vermogen van X bv behoort een onroerende zaak met een waarde van € 500.000. Verder heeft X bv geen bezittingen of schulden. Tot het vermogen van Y ovr behoort een onroerende zaak met een waarde van € 100.000. Daarnaast heeft Y ovr roerende bezittingen ter waarde van € 4.900.000. Y ovr heeft geen schulden. De balansen van X bv en Y ovr zien er dus als volgt uit:

Activa X bv		Passiva X bv	
Onroerende zaak	€ 500.000 (50%)	Eigen vermogen	€ 1.000.000
Deelname Y ovr	€ 500.000 (50%)		
Totaal activa	€ 1.000.000 (100%)	Totaal passiva	€ 1.000.000

³¹³ Zie het voorgestelde art. 4 lid 4 Wet BRV van de Invoeringswet (oud): *“(…) waaronder niet mede begrepen de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (...)”*.

³¹⁴ *Kamerstukken II 2008-2009, 31065, nr. 15 (Nnv), p. 13.*

³¹⁵ Zie vorige voetnoot.

³¹⁶ *Kamerstukken II 2008-2009, 31065, nr. 14 (Brief NOB), p. 3.*

Activa Y ovr		Passiva Y ovr	
Onroerende zaak	€ 100.000 (2%)	Eigen vermogen	€ 5.000.000
Roerende zaken	€ 4.900.000 (98%)		
Totaal activa	€ 5.000.000 (100%)	Totaal passiva	€ 5.000.000

Uitwerking

Volgens de staatssecretaris dient voor het bepalen van de vraag of op het niveau van X bv sprake is van een ovr de deelname van 10% in Y ovr geconsolideerd te worden. De geconsolideerde balans van X bv ziet er dan als volgt uit:

Activa X BV		Passiva X BV	
Onroerende zaak	€ 510.000 (51%)	Eigen vermogen	€ 1.000.000
Roerende zaken	€ 490.000 (49%)		
Totaal activa	€ 1.000.000 (100%)	Totaal passiva	€ 1.000.000

Als gevolg van de consolidatie kwalificeert X bv als een ovr (art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV, ervan uitgaande dat ook aan de doeleis wordt voldaan). Meer dan 50% van haar bezittingen bestaat immers uit (in Nederland gelegen) onroerende zaken. Echter, als Y ovr bijvoorbeeld een bv was geweest (Y bv), dan had op grond van de toerekeningsbepaling van art. 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV geen consolidatie plaats moeten vinden. In dat geval had eerst op het niveau van Y bv beoordeeld moeten worden of sprake is van een ovr. Y bv (Y ovr) is geen ovr, aangezien slechts 2% van haar bezittingen bestaat uit onroerende zaken. Op grond van art. 4 lid 2 jo. lid 4 onderdeel a Wet BRV dient de waarde van het belang in Y bv (€ 500.000) dan op het niveau van X bv meegenomen te worden als roerende bezitting. Alsdan zou X bv niet kwalificeren als ovr, omdat niet meer dan 50% van haar bezittingen bestaat uit onroerende zaken.

Ter zake van het begrip 'economische deelgerechtigdheid' nog het volgende. De vraag komt op wanneer sprake zou zijn geweest van een gekwalificeerde verkrijging – 1/3 gedeelte belang of meer – bij de verkrijging van een aandeel als vennoot in het vermogen van een ovr. In de MvT (oud) heeft de staatssecretaris aangegeven: "(...) die ertoe strekt dat bij de verwerving van een economische deelgerechtigdheid in een OVR pas belastingheffing aan de orde is bij verkrijging van een economische deelgerechtigdheid van een bepaalde omvang, evenals dat het geval is bij verkrijging van aandelen in een vastgoed BV of NV.". Van Kempen heeft opgemerkt dat de onderlinge verhouding tussen de economisch deelgerechtigden jaarlijks zou kunnen veranderen, in die gevallen waarin de winstverdeling niet naar rato van ieders kapitaalbreng plaatsvindt.³¹⁷ Zij vraagt zich af of dan van jaar tot jaar moet worden beoordeeld of sprake is van een indirecte economische eigendomsverkrijging ex art. 4 Wet BRV. Gelet op het (civielrechtelijke) begrip 'economische deelgerechtigdheid' in art. 821 lid 2 VvW (oud) begrijp ik haar opmerking, maar eerlijk gezegd ben ik het niet eens met de uitwerking daarvan. In het kader van de overdrachtsbelasting is bij personenvennootschappen naar mijn mening immers eerst

³¹⁷ Van Kempen, WFR 2007/824, § 3.3.

sprake van een verschuiving van een economisch belang bij een onderliggende onroerende zaak, indien sprake is van een wijziging in de overwinstverdeling, meer specifiek in de gerechtigdheid tot de stille reserves van een bepaalde onroerende zaak. Slechts in die gevallen gaat het materiële, economische, belang over op een andere firmant en kan dus aan de ‘aanmerkelijkbelangeis’ worden voldaan.

Als laatste voor dit onderdeel het volgende. Met successievelijk art. 834 en 835 VvW (oud) kon de rechtsvorm van een ovr worden omgezet in een bv en vice versa. Voor de heffing van overdrachtsbelasting is dan geen vrijstelling nodig, aangezien in deze gevallen de rechtspersoon niet ophoudt te bestaan en dus noch juridisch, noch economisch sprake is van een verkrijging op het niveau van de ovr of bv.³¹⁸ Naar aanleiding van vragen van de NOB, heeft de staatssecretaris in een Nnv expliciet bevestigd dat dan ook op het niveau van de aandeelhouders geen sprake zal zijn van een belaste indirecte verkrijging ex art. 4 Wet BRV, indien en voor zover geen verschuivingen optreden in de economische deelgerechtigdheden van de vennoten.³¹⁹

4.2.3 Overgangsregeling voor vastgoedbeleggingsfondsen

In het voorgestelde art. 56 Wet BRV van de Invoeringswet (oud), had de staatssecretaris een overgangsregeling opgenomen voor vastgoedbeleggingsfondsen. Volgens de staatssecretaris zouden anders bestaande vastgoedbeleggingsfondsen in een nadelige positie terecht komen ten opzichte van nog op te richten vastgoedbeleggingsmaatschappijen.³²⁰ Bestaande vastgoedbeleggingsfondsen hebben immers hun onroerende zaken – via hun bewaarder – met overdrachtsbelasting verkregen en zouden bij een overgang naar vastgoedbeleggingsmaatschappij nogmaals met overdrachtsbelasting te maken krijgen.³²¹

Op grond van de voorgestelde regeling zou bij een verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een vastgoedbeleggingsfonds onder de volgende voorwaarden geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn:

- a er is sprake van een beleggingsfonds ex art. 1:1 Wft;
- b het beleggingsfonds bestaat reeds op het tijdstip van de inwerkingtreding van de Invoeringswet (oud); en
- c binnen één jaar na de inwerkingtreding van de Invoeringswet (oud), verkrijgt het fonds rechtspersoonlijkheid met toepassing van art. 832 VvW (oud).

Ook een eventuele indirecte verkrijging³²² – op het niveau van de deelnemers – zou met de overgangsregeling niet aan overdrachtsbelasting onderworpen zijn

³¹⁸ Zie MvT (oud), p. 38.

³¹⁹ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31065, nr. 8 (Nnv), p. 10.

³²⁰ MvT (oud) p. 39.

³²¹ De overgang naar vastgoedbeleggingsmaatschappij is natuurlijk eerst mogelijk indien het vastgoedbeleggingsfonds civielrechtelijk is vormgegeven in een personenvennootschap (ov) en het dus niet een rechtsvorm *sui generis* betreft.

³²² Indien aan de voorwaarden van art. 4 Wet BRV zou worden voldaan.

geweest, indien en voor zover er geen wijzigingen zouden optreden in de deelgerechtigdheden van de deelnemers.³²³

Van Kempen heeft opgemerkt dat bij bestaande vastgoedbeleggingsfondsen doorgaans slechts de economische eigendom van het vastgoed tot het vennootschapsvermogen behoort; de juridische eigendom van het vastgoed bevindt zich in de regel bij een stichting.³²⁴ De overgangsregeling kon echter alleen worden toegepast ingeval het vastgoedbeleggingsfonds rechtspersoonlijkheid verkrijgt op de voet van art. 832 VvW (oud). Ingevolge art. 832 lid 2 onderdeel c VvW (oud) was voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid vereist dat alle goederen behorend tot *de vennootschappelijke gemeenschap* werden ingebracht in de rechtspersoon. Ergo, het vastgoedbeleggingsfonds kon slechts de economische eigendom van het vastgoed zonder heffing van overdrachtsbelasting inbrengen in de rechtspersoon.³²⁵ De juridische eigendom behoort immers dikwijls niet tot de vennootschappelijke gemeenschap. Volgens Van Kempen is het evenwel civielrechtelijk praktisch om tevens de juridische eigendom over te dragen aan de ovr, zodat de stichting kan worden ontbonden.

Ook de NOB heeft de staatssecretaris gewezen op deze belemmering.³²⁶ Maar in een Nnv heeft hij als volgt gereageerd: *“De ratio achter artikel 56 van de WBR is de handel in bewijzen van deelgerechtigdheid in een open beleggingsfonds, fiscaal niet te belemmeren. Een dergelijke belemmering doet zich niet voor ten aanzien van een bewaarder”*.³²⁷ Naar mijn mening heeft de staatssecretaris deze terechte vraag wel erg kort afgedaan met de opmerking dat een dergelijke belemmering zich niet voor zou doen ten aanzien van een bewaarder. Met de door hem voorgestelde wijzigingen in de fiscaliteit zou toch worden bewerkstelligd dat de doelstellingen van de civielrechtelijke regeling niet worden doorkruist?³²⁸ Volgens mij was structuurvereenvoudiging ook een van de doelstelling van de voorgestelde civielrechtelijke regeling.

4.2.4 Opteren voor rechtspersoonlijkheid

Op de voet van art. 832 VvW (oud) kon een ov rechtspersoonlijkheid verkrijgen. Ingevolge art. 832 lid 2 onderdeel c VvW (oud) moest de ov dan alle goederen behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap inbrengen in de rechtspersoon. Als tot die vennootschappelijke gemeenschap de juridische en/of economische eigendom van een onroerende zaak behoorde, dan zou op het niveau van de ovr sprake zijn geweest van een belaste verkrijging ex art. 2 Wet BRV. De staatssecretaris wilde (ook) ingeval van ondernemingsvastgoed de overgang van ov naar ovr niet met heffing van overdrachtsbelasting belemmeren. Daarom heeft hij met de Invoeringswet (oud) voorgesteld om de inbrengvrijstelling aan te passen, opdat ook

³²³ Zie de tweede volzin van het voorgestelde art. 56 lid 1 Wet BRV van de Invoeringswet (oud).

³²⁴ Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 3.2.3.

³²⁵ Wellicht ten overvloede, maar art. 9 lid 4 Wet BRV zou hier geen oplossing hebben geboden.

³²⁶ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31065, nr. 14 (Brief NOB), p. 4.

³²⁷ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31065, nr. 15 (Nnv), p. 14.

³²⁸ Zie MvT (oud), p. 34.

de inbreng van een onderneming in een ovr ex art. 832 VvW (oud) – onder voorwaarden – vrijgesteld kon plaatsvinden.

De staatssecretaris wilde dit initieel bewerkstelligen door de huidige inbrengvrijstelling ter zake van – kort samengevat – de inbreng van een onderneming in een nv of bv uit te breiden naar alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, waaronder dus voortaan ook de ovr zou moeten worden verstaan.³²⁹ In het verlengde hiervan zou in art. 15 lid 1 onderdeel e ten eerste Wet BRV de zinsnede ‘vennootschap die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft’ worden vervangen door ‘vennootschap die geen rechtspersoon is’, zodat voortaan alleen de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap *zonder* rechtspersoonlijkheid onder de reikwijdte van deze bepaling terecht zou komen. Met betrekking tot deze voorgestelde aanpassingen, heeft de staatssecretaris het volgende aangegeven: *“Met deze aanpassing wordt bereikt dat de inbreng in een OVR, die ook geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, niet onder vrijstelling voor transparante entiteiten valt. De OVR heeft net als de BV en NV een eigen vermogen. Daarom kan bij een verkrijging van onroerende zaken door een OVR als gevolg van de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een OV een beroep gedaan worden op de vrijstelling in artikel 15, eerste lid, onderdeel e, onder 2°”*.³³⁰

Met de voorgestelde regeling zouden bestaande ov’s worden achtergesteld ten opzichte van nieuw op te richten vennootschappen, aangezien de nieuwe vennootschappen direct de mogelijkheid hebben om ovr te worden. Bestaande ov’s zouden namelijk bij een beroep op de voorgestelde inbrengvrijstelling rekening moeten houden met de in het UB BRV opgenomen voorwaarden, waaronder een aanhoudingseis van drie jaren.³³¹ Naar aanleiding van een amendement van het lid Weekers³³², heeft de staatssecretaris met de vierde NvW daarom voorgesteld om de overgangmaatregel, wat betreft de aanhoudingseis van drie jaren, door te trekken naar bestaande ov’s die een onderneming drijven.³³³ Anders gezegd: de bestaande ov’s die een onderneming drijven en die zich binnen één jaar na de inwerkingtreding van de Invoeringswet (oud) hadden omgezet in een ovr, zouden niet te maken krijgen met de in het UB BRV opgenomen aanhoudingseis van drie jaren. Alle overige voorwaarden van de inbrengvrijstelling zouden daarentegen onverkort toepassing blijven vinden.³³⁴

Bovendien werden met de vierde NvW ook de voorgestelde aanpassingen binnen de inbrengvrijstelling zelf herzien.³³⁵ De staatssecretaris heeft er uiteindelijk voor gekozen om de overgang van de ov naar ovr (en de daardoor noodzakelijk geworden inbreng ex art. 832 lid 2 onderdeel c VvW (oud)) niet onder de

³²⁹ Zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 31065, nr. 2 (VvW), p. 17.

³³⁰ MvT (oud), p. 45.

³³¹ Zie Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 4.3 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31065, nr. 14 (Brief NOB), p. 4.

³³² *Kamerstukken II* 2007-2008, 31065, nr. 12 (Amendement van het lid Weekers).

³³³ Zie het voorgestelde art. 56 lid 2 Wet BRV van de Invoeringswet (oud) (*Kamerstukken II* 2008-2009, 31065, nr. 16 (Vierde NvW), p. 5).

³³⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31065, nr. 16 (Vierde NvW), p. 11.

³³⁵ Zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31065, nr. 16 (Vierde NvW), p. 4.

inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV te brengen, maar om de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten eerste* Wet BRV jo. art. 4 UB BRV aan te passen, zodat ook de inbreng van een onderneming in een ovr onder de reikwijdte van laatstgenoemde bepaling terecht zou komen. De oorspronkelijk voorgestelde aanpassing van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV kwam daarmee te vervallen. De initieel in art. 15 lid 1 onderdeel e *ten eerste* Wet BRV voorgestelde woorden ‘vennootschap die geen rechtspersoon is’ zouden worden uitgebreid met ‘alsmede bij inbreng in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid’. In de toelichting bij de vierde NvW heeft de staatssecretaris ter zake het volgende opgemerkt: *“Gezien de forse typologische verschillen tussen een OVR en een BV en de vele overeenkomsten tussen een OV en een OVR is er voor gekozen de vrijstelling bij inbreng in een OVR mede op te nemen bij de vrijstelling bij inbreng in een OV”*.³³⁶ Naar mijn mening een belangrijke wijziging in een vrij laat stadium van de parlementaire behandeling van de Invoeringswet (oud). Vooropgesteld wordt dat ik de wijziging en opmerking van de staatssecretaris onderschrijf, maar de onderbouwing vind ik ietwat mager. De vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV is ‘geschreven’ voor de situatie waarin sprake is van een *omzetting* van een voor de inkomstenbelasting gedreven onderneming in de rechtsvorm van een personenvennootschap of eenmanszaak, naar een voor de vennootschapsbelasting gedreven onderneming in de rechtsvorm van bijvoorbeeld een bv. De wetgever wil dergelijke omzettingen niet met overdrachtsbelasting belemmeren. Ingeval van een overgang van ov naar ovr zou evenwel geen sprake zijn geweest van een fiscale omzetting, aangezien de ovr wat betreft de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting transparant zou blijven.

4.2.5 Opgeven van rechtspersoonlijkheid

Op de voet van art. 833 VvW (oud) kon een ovr haar rechtspersoonlijkheid opgeven en derhalve (weer) een ov worden. In dat geval moest de ovr op grond van art. 833 lid 2 onderdeel c VvW (oud) haar goederen inbrengen in een vennootschappelijke gemeenschap, waarvan de vennoten de deelgenoten zouden worden. Als tot die goederen de juridische en/of economische eigendom van een onroerende zaak behoort, dan zou op het niveau van de vennoten sprake zijn geweest van een belastbaar feit ex art. 2 Wet BRV. Ook deze overgang wilde de staatssecretaris niet met overdrachtsbelasting belemmeren. Hij wilde dit bewerkstelligen door (uiteindelijk) in art. 15 lid 1 onderdeel f *ten vierde* Wet BRV de volgende zin op te nemen: *“Inbreng van een onderneming in een vennootschappelijke gemeenschap met toepassing van artikel 833 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek”*.³³⁷ Aan de aanhef van art. 15 lid 1 onderdeel f Wet BRV zouden dan de woorden ‘krachtens inbreng’ worden toegevoegd. Voor toepassing van deze vrijstelling zouden nadere voorwaarden worden opgenomen in het UB BRV, waaronder een aanhoudingseis van drie jaren.³³⁸

Ingevolge art. 831a VvW (oud) kon de vereffening van het vermogen achterwege blijven, indien de door de ovr gedreven onderneming zou worden voortgezet door

³³⁶ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31065, nr. 16 (Vierde NvW), p. 11.

³³⁷ Zie *Kamerstukken II 2009-2010*, 31065, nr. A (VvW), p. 22.

³³⁸ MvT (oud), p. 45.

een van de vennoten. In dat geval moest de ovr al haar goederen leveren aan de voortzetter.³³⁹ De voorgestelde vrijstelling hierboven zou dan alleen geen toepassing hebben kunnen vinden, aangezien geen sprake is van *een inbreng* ex art. 833 VvW (oud). Naar aanleiding van een amendement van het lid Van Vroonhoven-Kok³⁴⁰, heeft de staatssecretaris daarom voorgesteld om in art. 15 lid 1 onderdeel f ten derde Wet BRV een vrijstelling op te nemen voor de situatie waarin een onroerende zaak wordt verkregen door de voortzetter als gevolg van *een levering* ex art. 831a VvW (oud).³⁴¹ Aan de aanhef van art. 15 lid 1 onderdeel f Wet BRV zou dan ook worden toegevoegd 'krachtens levering'. Voor toepassing van deze vrijstelling zouden met het huidige art. 15 lid 1 onderdeel f ten eerste Wet BRV vergelijkbare voorwaarden worden gesteld. Dat wil zeggen dat de voortzetter de oorspronkelijke inbrenger van de onroerende zaak moet zijn geweest en dat de onroerende zaak is ingebracht met toepassing van de inbrengvrijstelling.

De voorgestelde aanpassingen hierboven zouden evenwel het fundamentele knelpunt, wat betreft de heffing van overdrachtsbelasting van personenvennootschappen *zonder* rechtspersoonlijkheid (ov), niet hebben weggenomen.³⁴² Ingeval van bijvoorbeeld een wijziging van het vennotenbestand van een ov, zou ook met de voorgestelde aanpassingen heffing van overdrachtsbelasting veelal niet kunnen worden voorkomen. Van Kempen heeft indertijd reeds voorgesteld om in art. 15 Wet BRV te bepalen dat een verkrijging is vrijgesteld bij een wijziging van het vennotenbestand, mits vennoot blijft degene die de onroerende zaken heeft ingebracht met behulp van de inbrengvrijstelling.³⁴³ Aan de andere kant vraagt zij zich af of er nog wel grondslag bestaat voor handhaving van de uitbrengvrijstelling.³⁴⁴ Wat daar ook van zij, de voorgestelde aanpassingen waren naar mijn mening onnodig onduidelijk en hadden het fundamentele knelpunt wat betreft de ov niet opgelost.

4.2.6 Ovr in de herstructureringsvrijstelling

In de Invoeringswet (oud) waren geen aanpassingen voorgesteld ter zake van de herstructureringsvrijstelling. Ook is in de parlementaire behandeling van de Invoeringswet (oud) weinig aandacht besteed aan de mogelijke toepassing van de ovr in de herstructureringsvrijstelling. Wel heeft de NOB aan de staatssecretaris gevraagd te bevestigen dat voor de toepassing van art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV onder het begrip 'vennootschap', zoals bedoeld in art. 5a lid 7, art. 5b lid 5 en art. 5c lid 2 UB BRV, voortaan mede dient te worden verstaan de ovr. Naar aanleiding van deze vraag, heeft de staatssecretaris aangegeven dat genoemde bepalingen in het UB BRV dusdanig zullen worden aangepast, zodat ook een ovr onder de gebruikelijke voorwaarden gebruik kan maken van de herstructureringsfaciliteiten.³⁴⁵

³³⁹ Zie art. 831a lid 2 VvW (oud).

³⁴⁰ *Kamerstukken II* 2009-2010, 31065, nr. 27 (Amendement van het lid Van Vroonhoven-Kok).

³⁴¹ Zie voetnoot 337.

³⁴² Zie hoofdstuk 3 van dit onderzoek.

³⁴³ Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 4.5.

³⁴⁴ Zie vorige voetnoot.

³⁴⁵ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31065, nr. 8 (Nnv), p. 10.

Ook naar mijn mening zou de ovr voortaan als vennootschap in de herstructureeringsvrijstelling ter zake van interne reorganisatie en bedrijfsfusie moeten worden aangemerkt. Curieus vind ik echter de vraag van de NOB aan de staatssecretaris om te bevestigen dat onder het begrip ‘vennootschap’ in de zin van de splitsingsfaciliteit ex art. 5c UB BRV ook zou moeten worden verstaan de ovr. In het VvW (oud) was immers geen splitsingsregeling opgenomen voor de ovr. Het expliciet noemen van de ovr in de splitsingsfaciliteit van art. 5c UB BRV zou dan ook geen betekenis hebben gehad.

4.3 Wenselijke overdrachtsbelastingaanpassingen

4.3.1 Algemeen

In het Voorontwerp is de nieuwe privaatrechtelijke regeling voor personenvennootschappen opgenomen. Het uitgangspunt van het Voorontwerp is dat personenvennootschappen van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben.³⁴⁶ De wetgever sluit thans derhalve niet aan bij een formele handeling, maar hij kent de vennootschap rechtspersoonlijkheid toe op het moment dat aan een aantal materiële kenmerken is voldaan – op het moment dat sprake is van een vennootschap in de zin van art. 800 lid 1 Voorontwerp. Alhoewel in de civiele literatuur veel kritiek is geleverd op deze materiële benadering³⁴⁷, wordt in de uitwerking van de voorliggende paragraaf aangenomen dat de wetgever bij het indienen van het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel evenzeer het toekennen van rechtspersoonlijkheid verbindt aan het moment dat sprake is van een personenvennootschap. Dientengevolge zal in de uitwerking van de onderhavige paragraaf een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid *niet* meer bestaan. Ook zal dan geen sprake meer zijn van een vennootschappelijke gemeenschap en behoren de (ingebrachte) goederen slechts tot het vermogen van de vr. Naar mijn mening is deze aanname verdedigbaar, aangezien de civiele wetgever indertijd een gelijke keuze heeft gemaakt bij de invoering van de zogenaamde informele vereniging.³⁴⁸ Het van rechtswege toekennen van rechtspersoonlijkheid is dus geen noviteit en zorgt voor een belangrijke vereenvoudiging ten opzichte van een systeem waarbij aansluiting wordt gezocht bij een formeel criterium, bijvoorbeeld de inschrijving in het Handelsregister. Bovendien hoeft dan de (systematiek van het) Voorontwerp niet ingrijpend te worden herzien.

De rechtspersoonlijkheid van het Voorontwerp is beperkter van opzet dan die van Boek 2-rechtspersonen. Ingevolge art. 803 lid 1 Voorontwerp is Boek 2 BW namelijk niet van toepassing, met uitzondering van art. 2:4 lid 2 en 2:5 BW. Omdat art. 2:5 BW van overeenkomstig toepassing is, staat de vr wat het vermogensrecht betreft gelijk met een natuurlijk persoon. Dit betekent dat de vr zelfstandig rechten en plichten kan dragen en derhalve onroerende zaken kan verkrijgen. Gelet op het

³⁴⁶ Zie art. 803 lid 1 Voorontwerp. Ingevolge art. 803 lid 3 Voorontwerp kan een vennootschap die niet is ingeschreven in het Handelsregister geen registersgoederen verkrijgen en geen erfgenaam zijn (rechtspersoonlijkheid met beperkte rechtsbevoegdheid).

³⁴⁷ Voor een uitgebreide behandeling van de privaatrechtelijke literatuur ter zake, wordt verwezen naar (de voetnoten) in § 2.3.3 van dit onderzoek.

³⁴⁸ Zie concept-MvT, p. 24.

privaatrechtelijke karakter van de overdrachtsbelasting en op de destijds met de Invoeringswet (oud) voorgestelde wijzigingen, zou het thans ook logisch zijn om voortaan de vr voor de heffing van overdrachtsbelasting aan te merken als de belastingplichtige verkrijger ex art. 16 Wet BRV. Indien de civiele wetgever uiteindelijk toch kiest voor een formeel criterium voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid, dan dient naar mijn mening de personenvennootschap *zonder* rechtspersoonlijkheid bij fictie te worden aangemerkt als de belastingplichtige verkrijger (vr).³⁴⁹

Bij een vr zullen de (ingebrachte) goederen tot haar eigen vermogen behoren. De vennoten verkrijgen dan *een aandeel in de vr*. Ook dit aandeel dient men te onderscheiden van een aandeel in een kapitaalvennootschap. Met een aandeel in een vr wordt immers slechts bedoeld op de *middellijke* gerechtigdheid van de vennoten tot de goederen van de vennootschap. In art. 813 lid 5 Voorontwerp is de zogenaamde uittredingsvergoeding opgenomen³⁵⁰, maar de indertijd gehanteerde term 'economische deelgerechtigdheid' is in deze bepaling niet expliciet teruggekeerd. Het Voorontwerp gebruikt de woorden: 'het aandeel van de vennoot in de vennootschap'. Gelet op het privaatrechtelijke karakter van de overdrachtsbelasting en op de in het verleden voorgestelde aanpassingen, zou het mijns inziens met de invoering van Titel 7.13 BW ook logisch zijn om voortaan het aandeel (de economische deelgerechtigdheid) van een vennoot in een vr aan te merken als een aandeel in de zin van de Wet BRV.

Opgemerkt wordt dat het waarschijnlijk is dat in het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel accommoderend overgangsrecht zal worden opgenomen. Hierdoor kunnen goederen en contracten, die thans tot de goederenrechtelijke gemeenschap van de vennoten van een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid behoren, met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW *onder algemene titel* overgaan op het vermogen van de vr. In de uitwerking van de voorliggende paragraaf wordt hier daarom van uitgegaan.

Kort samengevat zijn naar mijn mening de navolgende overdrachtsbelastingaanpassingen, in verband met een invoering van Titel 7.13 BW, wenselijk:

- 1 aanmerken vr als rechtspersoon;
- 2 aanmerken aandeel van de vennoot in een vr als een aandeel;
- 3 invoeren overgangsregeling voor bestaande personenvennootschappen;
- 4 vrijstelling bij inbreng van een onderneming in een vr;
- 5 vrijstelling bij vereffening van het vermogen van een ontbonden vr en bij voortzetting door de enig overblijvende vennoot; en
- 6 aanmerken vr als vennootschap in de zin van de herstructureringsvrijstelling ter zake van bedrijfsfusie en interne reorganisatie.

Alvast merk ik op dat Rozendal³⁵¹ (de commissie), maar bijvoorbeeld ook de NOB in haar reactie op het consultatiewetsvoorstel³⁵², mijns inziens te makkelijk aansluiting zoekt bij de in het verleden voorgestelde wijzigingen en daarmee –

³⁴⁹ Zie Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 2. Zie ook hoofdstuk 5 van dit onderzoek.

³⁵⁰ Zie § 2.3.4 van dit onderzoek.

³⁵¹ Zie de door Rozendal voorgestelde aanpassingen (Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 145).

³⁵² NOB 2019.

waarschijnlijk onbewust – oog verliest voor de aanmerkelijke kans dat met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en dus vennootschappelijke gemeenschappen niet meer zullen bestaan. Maar het eerstgenoemde geldt ook ingeval de wetgever uiteindelijk de rechtspersoonlijkheid wil verbinden aan het moment van inschrijving in het Handelsregister. Bestaande, ingeschreven, personenvennootschappen verkrijgen dan – anders dan met het VvW (oud) – van rechtswege rechtspersoonlijkheid en daarmee, kortgezegd, de juridische en/of economische eigendom van het vastgoed. Van een vrijwillige omzetting naar rechtspersoonlijkheid, zal dus geen sprake zijn.³⁵³

In de bijlage van dit onderzoek heb ik de naar mijn mening wenselijke aanpassingen van de in de Wet BRV opgenomen artikelen geëxpliciteerd. In de navolgende (sub)paragrafen wordt door middel van een toelichting uitleg gegeven en aan de hand van een vergelijking met de voorgestelde aanpassingen van de Invoeringswet (oud) onderbouwd, waarom de thans door mij voorgestelde wijzigingen wenselijk zijn en tot een optimale invoering van Titel 7.13 BW zal leiden.

Als laatste voor dit algemene deel merk ik op dat de huidige tegemoetkoming voor vastgoedbeleggingsfondsen (art. 2 lid 3 e.v. Wet BRV) met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW *niet* kan komen te vervallen. Van der Velden heeft in zijn artikel – kortgezegd – conclusie genomen dat het niet voor de hand ligt dat een (vastgoed)beleggingsfonds civielrechtelijk kwalificeert als personenvennootschap.³⁵⁴ Normaliter is dus sprake van een rechtsvorm *sui generis*. Met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW zullen er derhalve vastgoedbeleggingsfondsen zijn die niet van rechtswege rechtspersoonlijkheid verkrijgen, aangezien zij niet kwalificeren als vennootschap in de zin van het voorgestelde art. 7:800 BW. Voor deze vastgoedbeleggingsfondsen zal de tegemoetkoming daarom haar betekenis behouden.³⁵⁵

4.3.2 Vr in de regeling voor fictieve onroerende zaken

In het kader van een invoering van Titel 7.13 BW dient voor de toepassing van de Wet BRV de vr expliciet als rechtspersoon te worden aangemerkt. Dit omdat dan geen discussie kan ontstaan over de vraag of onder het begrip ‘rechtspersoon’ in de Wet BRV ook dient te worden verstaan de vr. De vr is immers geen Boek 2-rechtspersoon. Thans kan dit ook – analoog aan de Invoeringswet (oud) – worden bereikt door in art. 52 lid 3 Wet BRV op te nemen dat onder een rechtspersoon mede dient te worden verstaan de vr.³⁵⁶ Dit heeft tot gevolg dat de vr als verkrijger ex art. 16 Wet BRV kan worden aangemerkt en dat de vr kan kwalificeren als een ovr in de zin van art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV.

In het verlengde hiervan dient ook het begrip ‘aandeel’ in de Wet BRV nader te worden gedefinieerd. Ook dit kan worden bewerkstelligd door in art. 52 lid 2 Wet

³⁵³ Zie § 4.3.3 hierna.

³⁵⁴ Van der Velden, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2011/11, § 4.

³⁵⁵ Vermeulen pleit overigens voor de loskoppeling van de Wft in art. 2 lid 3 Wet BRV en de invoering van een eigen definitie op de voet van art. 6a lid 3 Wet VPB (Vermeulen, *WFR* 2014/393). Ofschoon ik deze visie onderschrijf, heb ik het voorstel niet meegenomen. Dit omdat een dergelijke wijziging losstaat van mijn onderzoek.

³⁵⁶ Zie onderdeel D van de bijlage van dit onderzoek.

BRV op te nemen dat onder een aandeel mede dient te worden verstaan: het aandeel van een vennoot in een vr.³⁵⁷ Gevolg hiervan is dat voortaan het aandeel van een vennoot in een vr als een fictieve onroerende zaak ex art. 4 lid 1 Wet BRV kan kwalificeren. Ook kan daarmee een belang in een vr onder de toerekeningsbepaling van art. 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV terecht komen.

Sinds 1 januari 2008 geldt met het begrip ‘belang’ voor de aanmerkelijkbelangeis en toerekeningsbepaling een materiële toets.³⁵⁸ Met Rozendal³⁵⁹ ben ik van mening dat ‘deze’ toets ook dient te gaan gelden voor de vraag of sprake is van een gekwalificeerd belang in een vr. Mijns inziens wordt het materiële, economische, belang van een vennoot in een vr evenwel slechts bepaald door de gerechtigdheid van die vennoot tot de stille reserves van het onderliggende vastgoed. Bovendien kan het belang in een vr *in privaatrechtelijke zin* niet worden vertegenwoordigd door het bezit van aandelen.³⁶⁰ Een en ander in ogenschouw genomen, is volgens mij met het begrip ‘belang’ ten aanzien van een aandeel als vennoot in het vermogen van een vr, minder sprake van een open norm en hoeft de exacte invulling ervan niet aan de praktijk en jurisprudentie overgelaten te worden. De staatssecretaris kan met de invoering van Titel 7.13 BW expliciet aangeven, hoe het belang in een vr in kwantitatieve en kwalitatieve zin dient te worden bepaald. Dit zal de rechtszekerheid ten goede komen. Overigens zal ook hier, naar mijn mening, de mate van zeggenschap geen rol gaan spelen bij het bepalen of sprake is van een materieel belang.

Met de Invoeringswet (oud) werd er nadrukkelijk voor gekozen om voor het consolidatievoorschrift de ovr niet gelijk te stellen aan de Boek 2-rechtspersonen. Volgens de staatssecretaris moest een deelname in een ovr altijd worden geconsolideerd, dus ook ingeval van een minder dan 1/3 gedeelte belang. Aan de hand van een voorbeeld heb ik reeds duidelijk gemaakt waarom deze beslissing tot onevenredige situaties zou hebben geleid (§ 4.2.2). Ook Rozendal merkt thans op dat met de in het verleden voorgestelde regeling materieel gelijke situaties, verschillend behandeld zouden worden.³⁶¹ Ik sluit me hier derhalve bij aan. Meer specifiek dient naar mijn mening onder het begrip ‘belang’ in de zin van het consolidatievoorschrift (art. 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV) ook te worden verstaan een belang in een vr. En onder het begrip ‘lichaam’ ex art. 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV dient ingevolge art. 4 lid 10 jo. art. 2 lid 7 Wet BRV mijns inziens ook te worden verstaan de vr. De woorden ‘maat- en vennootschappen’ in art. 2 lid 7 Wet BRV kunnen komen te vervallen.³⁶² Onder de zinsnede ‘andere rechtspersonen’ dient dan ingevolge het voorgestelde art. 52 lid 3 Wet BRV ook de vr te worden verstaan.

³⁵⁷ Zie vorige voetnoot. Ik geef hier de voorkeur aan de zinsnede ‘het aandeel van een vennoot’ ten opzichte van ‘de economische deelgerechtigdheid van een vennoot’, omdat dan bij de terminologie van het Voorontwerp wordt gebleven (zie art. 813 lid 5 Voorontwerp).

³⁵⁸ Zie § 3.2.3.2 van dit onderzoek.

³⁵⁹ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3., p. 146.

³⁶⁰ Vgl. *Kamerstukken II* 2007-2008, 31206, nr. 6 (Nnv), p. 13-14.

³⁶¹ Stevens e.a. 2020, t.a.p.

³⁶² Zie onderdeel A van de bijlage van dit onderzoek.

4.3.3 Overgangsregeling voor bestaande personenvennootschappen

Met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW verkrijgen personenvennootschappen van rechtswege rechtspersoonlijkheid. Indien tot de vennootschappelijke gemeenschap van een bestaande personenvennootschap vastgoed behoort, dan kunnen voor de heffing van overdrachtsbelasting twee belastbare feiten naar voren komen. De economische eigendom van het vastgoed zal immers van rechtswege overgaan op het vermogen van de vr. Alsdan is op het niveau van de vr sprake van een in beginsel belaste economische eigendomsverkrijging ex art. 2 lid 2 Wet BRV. Indien de juridische eigendom van het vastgoed tot de goederenrechtelijke gemeenschap behoort, dan zal deze – met overgangsrecht – *onder algemene titel* overgaan op het vermogen van de vr. In dat geval is op het niveau van de vr alleen sprake van een juridische eigendomsverkrijging in de zin van art. 2 lid 1 Wet BRV. Ingeval van een vastgoedbeleggingsfonds, maar ook bij de personenvennootschappen die een onderneming exploiteren, behoort de juridische eigendom evenwel vaak niet tot de goederenrechtelijke gemeenschap. De juridische eigendom behoort tot het vermogen van een stichting c.q. tot het (privé)vermogen van (een van) de vennoten. Ook in die gevallen kan het wenselijk zijn om de juridische eigendom over te dragen aan de vr, maar deze zal dan wel notarieel geleverd moeten worden.

Ik stel voor om ter zake van beide verkrijgingen een overgangsmaatregel op te nemen in een nieuw art. 56 Wet BRV.³⁶³ Ingevolge het eerste lid kunnen de bestaande personenvennootschappen, als gevolg van de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW, rechtspersoonlijkheid en daarmee de juridische en/of economische eigendom van het vastgoed zonder heffing van overdrachtsbelasting verkrijgen. Dit artikel is gebaseerd op de in het verleden voorgestelde overgangsregeling voor bestaande vastgoedbeleggingsfondsen (§ 4.2.3). Deze overgangsregeling zou echter slechts van toepassing zijn op de bestaande vastgoedbeleggingsfondsen; bestaande ov's die een onderneming drijven konden zonder heffing van overdrachtsbelasting rechtspersoonlijkheid verkrijgen door gebruik te maken van de inbrengvrijstelling. Met de invoering van Titel 7.13 BW stel ik derhalve voor om de overgangsregeling uit te breiden naar alle bestaande personenvennootschappen, dus ook personenvennootschappen met ondernemingsvastgoed. Op grond van de tweede volzin van het nieuwe art. 56 lid 1 Wet BRV zal ook op het niveau van de vennoten geen sprake zijn van een indirecte verkrijging³⁶⁴, indien en voor zover er geen wijzigingen optreden in de belangen van de vennoten. Hebben de vennoten vóór de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW gebruik gemaakt van de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e ten eerste Wet BRV, dan blijven de krachtens dat artikel gestelde voorwaarden in stand.³⁶⁵ Een eventuele bestaande aanhoudings- en voortzettingseis blijven dus voor de resterende periode van kracht.

In het geval de juridische eigendom niet tot de goederenrechtelijke gemeenschap behoort en dus met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW niet onder algemene titel over zal gaan op het vermogen van de vr, dan kan de latere verkrijging van de juridische eigendom door levering aan de vr niet worden vrijgesteld door

³⁶³ Zie onderdeel E van de bijlage van dit onderzoek.

³⁶⁴ Als aan de voorwaarden van art. 4 Wet BRV wordt voldaan.

³⁶⁵ Zie het door mij voorgestelde art. 56 lid 2 Wet BRV.

toepassing van het door mij voorgestelde art. 56 lid 1 Wet BRV.³⁶⁶ Er dient namelijk sprake te zijn van een bestaande personenvennootschap, die met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW op de voet van art. 7:803 BW van rechtswege vr wordt en daardoor de juridische en/of economische eigendom van het vastgoed verkrijgt. In het derde lid van het nieuwe art. 56 Wet BRV heb ik daarom bepaald dat ook de verkrijging van de juridische eigendom door de vr in dergelijke gevallen zonder heffing van overdrachtsbelasting kan plaatsvinden, indien deze verkrijging plaatsvindt in rechtstreekse samenhang met de overgang van de economische eigendom op het vermogen van de vr als gevolg van de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW.³⁶⁷

Kort samengevat is zowel de werkgroep³⁶⁸, de NOB³⁶⁹, als Rozendal³⁷⁰ van mening dat analoog aan de Invoeringswet (oud) ter zake van de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door de bestaande personenvennootschappen die een onderneming exploiteren, een vrijstelling dient te worden opgenomen in art. 15 Wet BRV. Voorts dient volgens Rozendal conform de Invoeringswet (oud) een overgangsregeling voor vastgoedbeleggingsfondsen te worden ingevoerd, zodat zij zonder heffing van overdrachtsbelasting vastgoedbeleggingsmaatschappij kunnen worden.³⁷¹ Ook Rozendal is (met betrekking tot de vastgoedbeleggingsfondsen) van mening dat ingeval de juridische eigendom niet tot de goederenrechtelijke gemeenschap behoort, deze zonder heffing van overdrachtsbelasting moet kunnen worden overgedragen aan de vr (vastgoedbeleggingsmaatschappij).³⁷²

Het moge duidelijk zijn dat ik het fundamentele uitgangspunt van bovengenoemde auteurs niet deel. Naar mijn mening moet men ter zake niet gaan werken met een voorwaardelijke (inbreng)vrijstelling, ook niet als men analoog aan de Invoeringswet (oud) bijvoorbeeld de in het UB BRV opgenomen aanhoudingseis van drie jaren niet zou stellen. Als geen overdrachtsbelasting is verschuldigd op grond van een vrijstelling, dan dient namelijk wel aangifte te worden gedaan en in die aangifte moet dan expliciet een beroep worden gedaan op de vrijstelling.³⁷³ In Nederland zijn er ongeveer 210.000 personenvennootschappen.³⁷⁴ Stel dat bij de helft van deze personenvennootschappen ondernemingsvastgoed tot de vennootschappelijke gemeenschap behoort. In dat geval zouden met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW ca. 105.000 aangiften overdrachtsbelasting moeten worden ingediend en door de Belastingdienst dienen te worden gecontroleerd. Een onnodige exercitie als je het mij vraagt. Ter zake van de uitvoerbaarheids- en eenvoudtoets zou dan ook niet goed gescoord worden. Bovendien verkrijgen de bestaande personenvennootschappen met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW van rechtswege rechtspersoonlijkheid. In tegenstelling tot het VvW (oud), is de rechtspersoonlijkheid van

³⁶⁶ Ook art. 9 lid 4 Wet BRV biedt voor deze gevallen geen oplossing.

³⁶⁷ Zie ook: Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 3.2.

³⁶⁸ Van Olffen e.a. 2016, Bijl. V, p. 33.

³⁶⁹ NOB 2019, § 2, p. 4.

³⁷⁰ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 146-147.

³⁷¹ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 147.

³⁷² Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 148.

³⁷³ Zie art. 15 lid 9 Wet BRV.

³⁷⁴ Nader voorlopige cijfers over het vierde kwartaal van 2020 van CBS StatLine.

het Voorontwerp derhalve niet-facultatief.³⁷⁵ Het stellen van nadere (ontbindende) voorwaarden vind ik dan niet juist, aangezien het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid en daarmee het vastgoed geen keuze is. Misbruiksituaties kunnen zich dan volgens mij niet voordoen.

4.3.4 Inbreng van een onderneming in een vr

Als de juridische en/of economische eigendom van een onroerende zaak wordt ingebracht in een vr, dan zal op het niveau van de vr sprake zijn van een belaste verkrijging ex art. 2 Wet BRV. Met de Invoeringswet (oud) werd er (uiteindelijk) voor gekozen om de huidige inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel *ten eerste* Wet BRV uit te breiden (§ 4.2.4). Met deze indertijd voorgestelde uitbreiding kon de ov zonder heffing van overdrachtsbelasting rechtspersoonlijkheid verkrijgen en dus een ovr worden. Met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW zullen er naar verwachting geen personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid meer bestaan. In plaats van een uitbreiding ben ik daarom thans van mening dat de huidige inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel *ten eerste* Wet BRV jo. art. 4 UB BRV dient te worden aangepast, zodat alleen nog maar de inbreng van een onderneming in een vr met toepassing van deze vrijstelling zonder heffing van overdrachtsbelasting kan plaatsvinden.³⁷⁶ In de praktijk dient men dan voornamelijk te denken aan de inbreng van een eenmanszaak in een vr. Maar bijvoorbeeld ook een bv of vr zou met toepassing van deze vrijstelling haar onderneming in kunnen brengen in een (andere) vr (bedrijfsfusie).³⁷⁷ De huidige inbrengvrijstelling ter zake van de inbreng van een onderneming in een vennootschap die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, komt hiermee dus te vervallen.

In principe kunnen de huidige voorwaarden van art. 15 lid 1 onderdeel *e ten eerste* Wet BRV jo. art 4 UB BRV onverminderd toepassing blijven vinden.³⁷⁸ Dat wil zeggen dat ook ingeval van een inbreng van een onderneming in een vr, de inbrenger een gehele (subjectieve) onderneming dient in te brengen. Daarnaast moet men voldoen aan de 'crediteringseis'. In de praktijk wordt deze eis evenwel als een knelpunt ervaren, namelijk in die gevallen waarin sprake is van goodwill.³⁷⁹ Ik stel voor om met de invoering van Titel 7.13 BW art. 4 lid 1 UB BRV te versoepelen, in die zin dat ook ingeval van een ingroeiregeling voor de crediteringseis mag worden uitgegaan van de boekwaarde van het vermogen van de ingebrachte onderneming, zoals die geldt voor de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting.³⁸⁰ Verder kunnen ook de aanhoudings- en voorzettingseis van kracht blijven. In de praktijk heeft de aanhoudingseis echter rechtsonzekerheid tot gevolg. Thans is het namelijk de verkrijger die de vrijstelling verliest, indien de inbrenger niet aan de aanhoudingseis

³⁷⁵ Ook niet ingeval voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid wordt aangesloten bij het moment van inschrijving in het Handelsregister.

³⁷⁶ Zie onderdeel C lid 1 van de bijlage van dit onderzoek.

³⁷⁷ Maar dan kan naar mijn mening ook gebruik worden gemaakt van de bedrijfsfusievrijstelling. Zie § 4.3.6 hierna.

³⁷⁸ In art. 4 UB BRV moeten wel een aantal redactionele aanpassingen worden doorgevoerd. Een uitgebreide bespreking hiervan zou het bestek van dit onderzoek te buiten gaan.

³⁷⁹ Zie § 3.2.4.2 van dit onderzoek.

³⁸⁰ Zie nogmaals: Van Kempen, *TFO* 2015/140.1, § 2.6, p. 118-119.

voldoet. Maar met de invoering van Titel 7.13 BW is het voortaan de vr die een beroep doet op de vrijstelling en deze dus verliest, ingeval de inbrenger niet aan de aanhoudingseis voldoet. De rechtsonzekerheid zal daarmee dus (deels) worden weggenomen.

Zowel de werkgroep³⁸¹, de NOB³⁸², als Rozendal³⁸³ geven – kortgezegd – aan dat voor de onderhavige situatie, analoog aan de Invoeringswet (oud), de huidige vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV jo. art. 5 UB BRV van overeenkomstig toepassing moet zijn. Van Kempen geeft echter aan dat haar verwachting is dat, gelet op de oude voorgestelde fiscale regeling, de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten eerste* Wet BRV ook zal gaan gelden voor de inbreng van een onderneming in een vr.³⁸⁴

Naar mijn mening is een uitbreiding van de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV jo. art. 5 UB BRV niet gewenst voor de situatie waarin een onderneming wordt ingebracht in een vr. Ook met de vierde NvW (oud) werd er in de Invoeringswet (oud) uiteindelijk voor gekozen om niet de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV, maar de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e *ten eerste* Wet BRV uit te breiden, maar wellicht dat de werkgroep, de NOB en Rozendal dat over het hoofd hebben gezien. Met de staatssecretaris³⁸⁵ ben ik van mening dat er forse typologische verschillen bestaan tussen een (o)vr en een bv. Bovendien wil de wetgever met art. 15 lid 1 onderdeel e *ten tweede* Wet BRV jo. art. 5 UB BRV bewerkstelligen dat de zogenoemde fiscale omzetting niet met overdrachtsbelasting wordt belemmerd (§ 4.2.4). Ingeval van een inbreng van een eenmanszaak in een vr zal echter geen sprake zijn van een dergelijke omzetting, omdat de vr voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting (naar verwachting) transparant zal blijven.

4.3.5 Vereffening van het vermogen van een ontbonden vr

De economische eigendom van een onroerende zaak zal als gevolg van de vereffening van rechtswege overgaan op het (privé)vermogen van (een van) de vennoten. Indien de vr ook juridisch eigenaar is, dan zal de juridische eigendom notarieel geleverd dienen te worden. Met het VvW (oud) kon een ovr haar rechtspersoonlijkheid opgeven en dus (weer) een ov worden. In de Invoeringswet (oud) werd ter zake een vrijstelling voorgesteld.³⁸⁶ Met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW zullen er naar verwachting evenwel geen personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid meer bestaan. Een vr kan derhalve haar rechtspersoonlijkheid niet opgeven, anders dan door ontbinding en vereffening van haar vermogen. Ik ben daarom van mening dat met de invoering van Titel 7.13 BW de huidige vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f *ten eerste* Wet BRV dient te worden aangepast, opdat *slechts* de verkrijging van een onroerende zaak door de oorspronkelijke inbrenger daarvan krachtens vereffening van het vermogen van een vr op grond van deze

³⁸¹ Van Olffen 2016, Bijl. V, p. 32.

³⁸² NOB 2019, § 2, p. 4.

³⁸³ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 148.

³⁸⁴ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.3.7.A.a.*

³⁸⁵ Zie nogmaals: *Kamerstukken II 2008-2009*, 31065, nr. 16 (Vierde NvW), p. 11.

³⁸⁶ Zie § 4.2.5 hiervoor.

bepaling zonder heffing van overdrachtsbelasting kan plaatsvinden.³⁸⁷ Daarbij dient dan wel de voorwaarde te worden gesteld dat de onroerende zaak in het verleden in de vennootschap was ingebracht, waarbij gebruik is gemaakt van de inbrengvrijstelling.³⁸⁸ De huidige uitbrengvrijstelling ter zake van de verdeling der goederen van een maatschap of vennootschap die geen rechtspersoonlijk heeft, kan mijns inziens dus komen te vervallen, omdat met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW geen personenvennootschappen meer zonder rechtspersoonlijkheid zullen bestaan.

In het voorgestelde art. 7:819 BW is een regeling opgenomen voor de situatie waarin de onderneming van de ontbonden vr wordt voortgezet door de enig overblijvende vennoot.³⁸⁹ Op grond van deze bepaling kan de vereffening van het vermogen van de vr achterwege blijven en gaat het vermogen van de ontbonden vr onder algemene titel over op de voortzettende vennoot, met dien verstande dat registergoederen eerst overgaan nadat is voldaan aan de voor levering vereiste voorschriften. De juridische eigendom van een onroerende zaak dient derhalve notarieel geleverd te worden aan de voortzetter. In het VvW (oud) was een vergelijkbare regeling opgenomen.³⁹⁰ In de Invoeringswet (oud) werd daarom ook een vrijstelling voorgesteld voor het geval waarin de voorzetter krachtens levering een onroerende zaak verkrijgt van een ontbonden ovr. Ook hier werden de voorwaarden gesteld dat de levering geschiedt aan de oorspronkelijke inbrenger en dat de onroerende zaak in de vennootschap was ingebracht met toepassing van de inbrengvrijstelling. Thans ben ik van mening dat analoog aan de Invoeringswet (oud) met de invoering van Titel 7.13 BW een vrijstelling dient te worden opgenomen voor de situatie waarin de juridische eigendom van een onroerende zaak wordt geleverd aan de voortzetter met toepassing van art. 7:819 BW.³⁹¹

In het kort zijn de werkgroep³⁹² en Rozendal³⁹³ van mening dat voor deze situatie, analoog aan de Invoeringswet (oud), de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten tweede Wet BRV jo. art. 4a UB BRV dient te worden uitgebreid. Ze geven aan dat hierbij dan natuurlijk niet de voorwaarde van de geruisloze terugkeer ex art. 14c Wet VPB moet worden gesteld, omdat de vr voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting naar verwachting transparant zal blijven. De NOB stelt meer in het algemeen voor om in art. 15 Wet BRV een bepaling op te nemen die voorziet in een vrijstelling voor de heffing van overdrachtsbelasting als gevolg van de beëindiging van de rechtspersoonlijkheid en de daarmee samenhangende levering van de juridische eigendom aan de vennoten.³⁹⁴

³⁸⁷ Zie onderdeel C lid 2 en 3 van de bijlage van dit onderzoek.

³⁸⁸ Ik hanteer dus dezelfde voorwaarden, als de voorwaarden die thans gelden voor de huidige uitbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten eerste Wet BRV.

³⁸⁹ Zie art. 819 Voorontwerp.

³⁹⁰ Zie art. 831a VvW (oud).

³⁹¹ Zie onderdeel C lid 2 en 4 van de bijlage van dit onderzoek. Opgemerkt wordt dat de juridische eigendom dan tevens de economische eigendom omvat.

³⁹² Van Olffen 2016, Bijl. V, p. 33.

³⁹³ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 148.

³⁹⁴ NOB 2019, § 2, p. 4-5.

Over het algemeen onderschrijf ik de visies van bovengenoemde auteurs, maar meer specifiek ben ik het niet eens met het voorstel van de werkgroep en Rozendal, in die zin dat men naar mijn mening thans niet de huidige vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten tweede Wet BRV jo. art. 4a UB BRV dient uit te breiden. Dit werd overigens met de Invoeringswet (oud) ook niet voorgesteld, maar dat terzijde. In tegenstelling tot de ovr van het VvW (oud), kan de vr haar rechtspersoonlijkheid niet opgeven, anders dan door ontbinding en vereffening van haar vermogen. De onderneming van de vr wordt dan gestaakt. Van een voortzetting door de voormalige aandeelhouder(s) is derhalve geen sprake. Mijns inziens dient dus de huidige uitbrengvrijstelling (art. 15 lid 1 onderdeel f *ten eerste* Wet BRV) te worden aangepast, zodat alleen nog maar de verkrijging krachtens vereffening van het vermogen van een ontbonden vr door de oorspronkelijke inbrenger op grond van deze bepaling zonder heffing van overdrachtsbelasting kan plaatsvinden.³⁹⁵

Als laatste voor dit onderdeel wordt nog het volgende opgemerkt. Het huidige stramien van art. 7 jo. art. 12 Wet BRV ingeval van verdeling, is in de wet gekomen om misbruik van de inbrengvrijstelling tegen te gaan.³⁹⁶ Met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW zal echter geen sprake meer zijn van een vennootschappelijke gemeenschap en dus ook niet meer van een verdeling daarvan. Dat gezegd hebbende neem ik conclusie dat de bepalingen van art. 7 en art. 12 Wet BRV kunnen komen te vervallen.³⁹⁷ Voortaan zal bij een 'gewone' verdeling van een goederengemeenschap, de daadwerkelijke verkrijging in aanmerking genomen worden en hoeft dus niet meer op grond van art. 12 lid 1 Wet BRV de waarde te worden verminderd met het aandeel dat de verkrijger reeds had in het hem toegedeelde goed.

4.3.6 Vr in de herstructureringsvrijstelling

In het Voorontwerp is geen herstructureringsregeling opgenomen. In het VvW (oud) was ook geen herstructureringsregeling te vinden. Een ovr kon slechts met toepassing van art. 834 VvW (oud) worden omgezet in de rechtsvorm van een bv. In het Voorontwerp zit ook geen omzettingsregeling. Mijn stellige verwachting is evenwel dat met het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel *wel* een omzettingsregeling zal worden geïntroduceerd, waarmee de vr kan worden omgezet in de rechtsvorm van een bv en vice versa. Ingeval van een dergelijke omzetting is voor de overdrachtsbelasting geen sprake van een verkrijging, aangezien dezelfde rechtspersoon eigenaar blijft van de onroerende zaken. Op het niveau van de vennoten/aandeelhouders kan daarentegen wel sprake zijn van een indirecte verkrijging, namelijk indien aan de voorwaarden van art. 4 Wet BRV wordt voldaan. De staatssecretaris dient ook³⁹⁸ met de invoering van Titel 7.13 BW te bevestigen dat in dergelijke gevallen op het niveau van de vennoten/aandeelhouders geen sprake

³⁹⁵ Overigens merk ik op dat ik het ook verdedigbaar vind om de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel f ten eerste Wet BRV geheel af te schaffen. Zie nogmaals: Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht BvR.2.3.9.A*. Deze vrijstelling is namelijk gebaseerd op de gedachte dat de inbrenger slechts tijdelijk afstand heeft gedaan van de door hem ingebrachte onroerende zaken. Deze gedachte was reeds door de praktijk achterhaald, maar wordt nu ook door art. 813 Voorontwerp weersproken.

³⁹⁶ Zie § 3.2.4.3 van dit onderzoek.

³⁹⁷ Zie onderdeel B van de bijlage van dit onderzoek.

³⁹⁸ Zie nogmaals: *Kamerstukken II 2007-2008*, 31065, nr. 8 (Nnv), p. 10.

is van een verkrijging, indien en voor zover de belangen niet wijzigen. In het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel verwacht ik geen andere herstructureringsfaciliteiten, in die zin dat de vr naar verwachting niet betrokken kan zijn bij een juridische fusie en splitsing.

Rozendal geeft aan dat het logisch zou zijn als de vr voortaan in aanmerking zou komen voor toepassing van de interne reorganisatievrijstelling ex art. 15 lid 1 onderdeel h jo. art. 5b UB BRV.³⁹⁹ Volgens hem dient de vr expliciet als vennootschap te worden aangemerkt in art. 5b lid 9 UB BRV. Dit als alternatief voor de huidige situatie waarin de open cv in de tekst van deze bepaling is opgenomen. De vr kan dan deel uitmaken van een concern. Verder merkt Rozendal op dat de materiële toets met het begrip 'belang' ook moet gaan gelden voor de vraag of sprake is van een gekwalificeerd belang in een vr.⁴⁰⁰ De NOB geeft aan dat naar haar mening de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV jo. art. 5a UB BRV (bedrijfsfusievrijstelling) ook van toepassing zou moeten zijn ingeval van een inbreng van een onderneming in een vr.⁴⁰¹

Ik sluit me aan bij bovenstaande opmerkingen. Als de open cv in art. 5b lid 9 UB BRV wordt vervangen door de vr, dan kan de vr voortaan deel uitmaken van een concern in de zin van de interne reorganisatievrijstelling en dan wordt de huidige onduidelijkheid omtrent de open cv in deze faciliteit weggenomen.⁴⁰² Voorts dient ook naar mijn mening voor de vraag of sprake is van een kwalificerend belang in een vr, met het begrip 'belang' een materiële toets toepassing te vinden. Daarnaast ben ik met de NOB van mening dat de vr voortaan in aanmerking moet komen voor toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling. Een bv zou bijvoorbeeld haar onderneming in kunnen brengen in een vr tegen toekenning van aandelen door die vr. Ook zou een vr haar onderneming in kunnen brengen in een andere vr met toepassing van deze vrijstelling. In art. 5a lid 7 UB BRV kan dan ook de zinsnede 'de open commanditaire vennootschap' vervangen worden door 'de vennootschap met rechtspersoonlijkheid'. De huidige onduidelijkheid ter zake van de open cv in de bedrijfsfusievrijstelling wordt hiermee weggenomen.⁴⁰³ Als laatste merk ik op dat de herstructureringsvrijstelling ter zake van juridische fusie (art. 5bis UB BRV) en splitsing (art. 5c UB BRV) geen betekenis zal hebben voor de vr, aangezien een vr (naar verwachting) civielrechtelijk niet betrokken kan zijn bij dergelijke herstructureringsingen.

³⁹⁹ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 145.

⁴⁰⁰ Stevens e.a. 2020, § 5.4.3, p. 146.

⁴⁰¹ NOB 2019, § 2, p. 4.

⁴⁰² Dit knelpunt kan ook worden weggenomen door de open cv geheel af te schaffen. Zie het consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen). Met dit wetsvoorstel wil de wetgever – onder andere – per 1 januari 2022 de open cv afschaffen. Naar aanleiding van Kamervragen (*Kamerstukken II 2020-2021*, nr. 2021Z07464), heeft de staatssecretaris evenwel (impliciet) aangegeven dat de beoogde inwerkingtreding van 1 januari 2022 niet realistisch is.

⁴⁰³ Zie vorige voetnoot.

4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de overdrachtsbelastingaspecten van de Invoeringswet (oud) geanalyseerd en is een aantal overdrachtsbelastingwijzigingen voorgesteld in verband met een invoering van Titel 7.13 BW. Dit hoofdstuk heeft antwoord gegeven op de laatste deelvraag van dit onderzoek: “Welke overdrachtsbelastingaanpassingen zijn wenselijk in verband met een invoering van Titel 7.13 BW?”.

Met het VvW (oud) werd een formeel criterium gehanteerd voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid. Hierdoor zou er een tweedeling zijn ontstaan binnen de personenvennootschappen, namelijk personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid. Ook wat de overdrachtsbelasting betreft, zou worden aangesloten bij deze civielrechtelijke tweedeling. Alleen de ovr zou voortaan zelf als de belastingplichtige verkrijger kwalificeren; de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid zou transparant blijven. De ongelijke behandeling van personenvennootschappen *zonder* rechtspersoonlijkheid zou daarmee blijven bestaan. Bovendien zouden ook de meer praktische knelpunten met betrekking tot deze personenvennootschappen niet worden opgelost. Denk aan de meldingsplicht/aansprakelijkheid bij de overdracht van een econoom, de onduidelijkheid en onzekerheid omtrent de toepassing van de inbreng- en uitbrengvrijstelling, de onnodige onduidelijkheid ter zake van de open cv als vehikel in de herstructureringsvrijstelling, etc. Alles overziend waren de in het verleden voorgestelde aanpassingen uitvoerbaar, eenvoudig en over het algemeen wenselijk te noemen, maar deze zouden een optimale invoering van Titel 7.13 BW in het kader van overdrachtsbelasting hebben ontbeerd.

Uitgangspunt van het Voorontwerp is dat alle personenvennootschappen van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben. Thans derhalve geen formeel criterium. Ook in het kader van de overdrachtsbelasting dient naar mijn mening te worden aangesloten bij deze materiële benadering. En ingeval de civiele wetgever uiteindelijk toch kiest voor een formeel criterium voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid, dan dient de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid fictief te worden aangemerkt als de belastingplichtige verkrijger (vr). Alle personenvennootschappen zullen dan in de toekomst zelf als de belastingplichtige verkrijger worden aangemerkt. Het fundamentele knelpunt, maar ook het praktische knelpunt ter zake van de meldingsplicht/aansprakelijkheid bij de overdracht van economische eigendom, komt hiermee te vervallen. Bij een wisseling van het vennotenbestand en bij een wijziging in de *overwinstverdeling*, zal geen sprake meer zijn van een directe verkrijging ex art. 2 Wet BRV. In dergelijke gevallen kan eerst overdrachtsbelasting worden geheven, indien aan de voorwaarden van art. 4 Wet BRV wordt voldaan. Personenvennootschappen en Boek 2-rechtspersonen zouden dan gelijk worden behandeld. Dit zal leiden tot meer rechtsvormneutraliteit. Ook zal een dergelijke behandeling bijdragen aan de rechtszekerheid van vennoten en de uitvoerbaarheid/eenvoud van de overdrachtsbelastingbehandeling van personenvennootschappen ten goede komen.

In tegenstelling tot de werkgroep, NOB en commissie, prefereer ik een overgangsmaatregel voor bestaande personenvennootschappen met ondernemingsvastgoed boven een vrijstellingsbepaling. Bij toepassing van een (voorwaardelijke) vrijstelling

dient namelijk aangifte te worden gedaan, hetgeen niet zou bijdragen aan de uitvoerbaarheid en eenvoud van de regeling. Bovendien is de rechtspersoonlijkheid van het Voorontwerp niet-facultatief. Het stellen van nadere (ontbindende) voorwaarden lijkt me dan niet gerechtvaardigd en heeft overigens rechtsonzekerheid tot gevolg.

5 Recapitulatie en conclusie

5.1 Recapitulatie

Ingevolge het vigerende privaatrecht kennen we de volgende personenvennootschappen: de maatschap, vof en cv. De wettelijke regeling met betrekking tot deze personenvennootschappen, is thans (nog) verspreid opgenomen over Titel 9 van Boek 7A BW (maatschap) en Titel 3 van Boek 1 WvK (vof en cv). Het huidige personenvennootschappenrecht is evenwel gedateerd. Titel 3 van Boek 1 WvK staat al langer op het punt om te verdwijnen. Daarbij is het de bedoeling dat de regeling zal worden samengebracht in een nieuwe Titel 13 van Boek 7 BW. Naar aanleiding van een rapport van de werkgroep in 2016⁴⁰⁴, heeft de wetgever op 21 februari 2019 een voorontwerp wetsvoorstel voor het moderniseren van de regeling omtrent personenvennootschappen geconsulteerd.⁴⁰⁵ Het betreft de civielrechtelijke regeling. Een inwerkingtreding van Titel 7.13 BW zal echter ook gevolgen hebben voor de belastingheffing van personenvennootschappen, vooral in de sfeer van de overdrachtsbelasting. In dit onderzoek stond daarom de vraag centraal, hoe personenvennootschappen naar toekomstig recht zouden moeten worden behandeld in de overdrachtsbelasting. De centrale vraagstelling is beantwoord aan de hand van drie deelvragen.

Allereerst is in hoofdstuk 2 de volgende deelvraag behandeld: *“Welke civielrechtelijke wijzigingen heeft de regeling van het Voorontwerp tot gevolg?”*. De regeling van het Voorontwerp vormt vooral de codificatie van de thans in vennootschaps-overeenkomsten opgenomen gebruikelijke bepalingen, alsmede van de jurisprudentie aangaande personenvennootschappen. Desalniettemin zal er ook met de nieuwe regeling sprake blijven van een grote mate van contractsvrijheid. De belangrijkste vernieuwing betreft het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen. De personenvennootschap zal dan wat het vermogensrecht betreft, gelijk komen te staan met een natuurlijk persoon. Voortaan kan een wisseling van het vennotenbestand plaatsvinden zonder dat de vennootschap wordt ontbonden, waardoor complexe voortzettings- en vermogensbedingen achterwege kunnen blijven. In de literatuur is evenwel veel commentaar geleverd op het *van rechtswege* toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de (stille) vennootschap. Hieruit kan men afleiden dat in het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel (a) de stille vennootschap niet dient terug te keren en/of (b) voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid toch aansluiting moet worden gezocht bij het moment van inschrijving in het Handelsregister. Ik heb aangegeven voorstander te zijn van alleen het eerste, omdat dan (de systematiek van) het Voorontwerp niet ingrijpend hoeft te worden herzien. De vennootschap is dan in de toekomst alleen de vennootschap die als zodanig aan het economische rechtsverkeer deelneemt. Voorts geeft het Voorontwerp een nieuwe regeling voor de ontbinding en vereffening van het vermogen van de (ontbonden) vr. Voortaan zal geen sprake meer zijn van een bijzondere/vennootschappelijke gemeenschap en dus ook niet

⁴⁰⁴ Van Olffen e.a. 2016.

⁴⁰⁵ Voorontwerp.

meer van een verdeling daarvan, aangezien alle personenvennootschappen met de voorgestelde regeling van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben.

Vervolgens is in hoofdstuk 3 de volgende deelvraag aan bod gekomen: *“Hoe worden personenvennootschappen naar huidig recht behandeld in de overdrachtsbelasting en welke knelpunten komen hierbij naar voren?”*. De Wet BRV is van oorsprong sterk gebaseerd op het civiele recht. Wel heeft zij de afgelopen decennia wat meer economische trekken gekregen. Het uitgangspunt van de wetgever lijkt te zijn dat hij in wezen gelijke gevallen, ook wat betreft de overdrachtsbelasting gelijk wil behandelen. Deze meer economische benadering wordt echter niet doorgetrokken naar de behandeling van personenvennootschappen. De (stille) maatschap, vof en (open) cv worden voor de heffing van overdrachtsbelasting (nog steeds) transparant behandeld, hetgeen een fundamenteel knelpunt tot gevolg heeft. Thans wordt namelijk een niet-gerechtigd onderscheid gemaakt tussen de behandeling van personenvennootschappen en Boek 2-rechtspersonen, vooral in die gevallen waarin sprake is van het (indirect) overdragen van ondernemingsvastgoed. Bij een wisseling van het vennotenbestand en bij een wijziging in de gerechtigdheid tot de stille reserves van een personenvennootschap, kan heffing van overdrachtsbelasting vaak niet worden vermeden. Dit terwijl in een vergelijkbare situatie, waarin de onderneming wordt geëxploiteerd in een rechtspersoon, een wijziging van het belang in die rechtspersoon niet tot heffing van overdrachtsbelasting zal leiden. In dat opzicht is de overdrachtsbelasting niet rechtsvorm-neutraal.

Als laatste stond in hoofdstuk 4 de derde deelvraag centraal: *“Welke overdrachtsbelastingaanpassingen zijn wenselijk in verband met een invoering van Titel 7.13 BW?”*. Met de systematiek van het VvW (oud) zou er een tweedeling binnen de personenvennootschappen zijn ontstaan – personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid. De in het verleden voorgestelde overdrachtsbelastingaanpassingen sloten aan bij deze civielrechtelijke tweedeling. Slechts de ovr zou voortaan zelf als de belastingplichtige verkrijger worden aangemerkt. De ongelijke behandeling van personenvennootschappen *zonder* rechtspersoonlijkheid, zou daarmee blijven bestaan. Thans is het uitgangspunt van het Voorontwerp echter dat alle personenvennootschappen van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben. Naar mijn mening moet in de overdrachtsbelasting worden aangesloten bij deze materiële benadering. Alle personenvennootschappen (vr's) zullen dan voortaan zelf als de belastingplichtige verkrijger kwalificeren. Het fundamentele knelpunt, maar ook het praktische knelpunt inzake de meldingsplicht/aansprakelijkheid bij de overdracht van een econoom, komt hiermee te vervallen. Bij toetreding, uittreding en vervanging van vennoten en bij een wijziging in de overwinstverdeling van een personenvennootschap, zal dan immers geen sprake meer zijn van een directe verkrijging op de voet van art. 2 Wet BRV. In dergelijke gevallen kan heffing van overdrachtsbelasting zich eerst voordoen, ingeval aan de voorwaarden van art. 4 Wet BRV wordt voldaan. Personenvennootschappen en Boek 2-rechtspersonen zouden dan gelijk worden behandeld, hetgeen de overdrachtsbelasting meer rechtsvorm-neutraal zal maken. Een dergelijke behandeling zal bovendien ook bijdragen aan de rechtszekerheid van belastingplichtigen en de uitvoerbaarheid/eenvoud van de overdrachtsbelasting ten goede komen. Een belangrijke en, naar mijn mening, wenselijke overdrachtsbelastingaanpassing, is dat in art. 56 Wet BRV een

overgangsmaatregel dient te worden opgenomen voor alle bestaande personenvennootschappen. Zij verkrijgen namelijk met de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW van rechtswege rechtspersoonlijkheid en daarmee, kortgezegd, de juridische en/of economische eigendom van het vastgoed. Deze verkrijgingen zijn imperatief en moeten derhalve niet met overdrachtsbelasting worden belast. Een overgangsregeling is uitvoerbaar, eenvoudig en komt de rechtszekerheid van belastingplichtigen ten goede.

5.2 Conclusie

Ter afsluiting van dit onderzoek wordt op basis van de bevindingen antwoord gegeven op de onderzoeksvraag: “Hoe zouden personenvennootschappen naar toekomstig recht moeten worden behandeld in de overdrachtsbelasting?”.

De huidige knelpunten ter zake van de heffing van overdrachtsbelasting van personenvennootschappen dienen te worden weggenomen. De invoering van Titel 7.13 BW is het geëigende moment om dit te bewerkstelligen, *a fortiori* gelet op het feit dat alle personenvennootschappen conform de civielrechtelijke regeling van het Voorontwerp van rechtswege rechtspersoonlijkheid hebben. In het kader van de overdrachtsbelasting kan dan eenvoudigweg worden aangesloten bij het civiele recht. In de toekomst zullen dan *alle* personenvennootschappen voor overdrachtsbelastingdoeleinden hetzelfde worden behandeld, als thans de Boek 2-rechtspersonen worden behandeld.

Indien de wetgever bij het indienen van het definitieve civielrechtelijke wetsvoorstel toch de keuze maakt om personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid toe te kennen op het moment van inschrijving in het Handelsregister, dan moet – gelet op de bevindingen van dit onderzoek – de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid fictief worden aangemerkt als de belastingplichtige verkrijger (vr). In dat geval blijven de door mij voorgestelde aanpassingen wenselijk en optimaal. Van Kempen heeft reeds 14 jaar geleden aangegeven dat ook los van een invoering van Titel 7.13 BW het wenselijk zou zijn als de Wet BRV zodanig zou worden gewijzigd, dat personenvennootschappen zelf als de belastingplichtige verkrijger zouden worden aangemerkt.⁴⁰⁶

Staatssecretaris, dit is het *momento*! Ik heb alvast een concept wetsvoorstel gere-digeerd.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Zie nogmaals: Van Kempen, *WFR* 2007/824, § 2.

⁴⁰⁷ Zie de bijlage hieronder.

Bijlage – Voorstel van Wet

De **Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970** wordt als volgt gewijzigd.

A

In **artikel 2**, zevende lid, vervallen de woorden ‘maat- en vennootschappen’.

B

Artikel 7 en **artikel 12** komen te vervallen.

C

Artikel 15 wordt als volgt gewijzigd:

- 1 in het eerste lid, onderdeel e, onder 1^o, wordt de zinsnede ‘vennootschap die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft’ vervangen door ‘vennootschap met rechtspersoonlijkheid ex artikel 800 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek’;
- 2 in het eerste lid, onderdeel f, aanhef, wordt de zinsnede ‘verdeling of vereffening’ vervangen door ‘vereffening of levering’;
- 3 het eerste lid, onderdeel f, onder 1^o, wordt vervangen door ‘vereffening van het vermogen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid ex artikel 800 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, door de inbrenger of iemand die als rechtverkrijgende onder algemene titel van de inbrenger een aandeel had in het door hem verkregen goed, mits het verkregen goed in de vennootschap was ingebracht met toepassing van de vrijstelling, bedoeld in onderdeel e’; en
- 4 in het eerste lid, onderdeel f, wordt na 2^o het volgende ingevoegd: ‘3^o levering van de tot het ondernemingsvermogen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid ex artikel 800 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek behorende vermogensbestanddelen met toepassing van artikel 819 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, aan de inbrenger of iemand die als rechtverkrijgende onder algemene titel van de inbrenger een aandeel had in het hem geleverde goed, mits het geleverde goed in de vennootschap was ingebracht met toepassing van de vrijstelling, bedoeld in onderdeel e’.

D

Artikel 52 komt te luiden:

Art. 52

Deze wet verstaat onder:

1. waarde: waarde in het economische verkeer;
2. aandeel: aandeel en het aandeel van een vennoot in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, alsmede in een vennootschap die naar het recht van een andere Staat is opgericht of ontstaan en naar aard en inrichting daarmee vergelijkbaar is; en

3. rechtspersoon: rechtspersoon en de vennootschap met rechtspersoonlijkheid, alsmede de vennootschap die naar het recht van een andere Staat is opgericht of ontstaan en naar aard en inrichting daarmee vergelijkbaar is.

E

Na het opschrift van hoofdstuk VII (**Overgangs- en slotbepalingen**) wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Art. 56

1. Geen overdrachtsbelasting is verschuldigd indien een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, die bestaat op het tijdstip van de inwerkingtreding van Titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, van rechtswege rechtspersoonlijkheid verkrijgt op grond van artikel 803 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De eerste volzin is eveneens van toepassing op de daaruit voortvloeiende indirecte verkrijgingen indien de betreffende vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid door de inwerkingtreding van Titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek een rechtspersoon, als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel a, wordt, indien en voor zover geen wijzigingen optreden in de belangen van de vennoten. Voor de toepassing van de referentieperiode van een jaar in artikel 4, eerste lid, onderdeel a, worden de bezittingen van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid vóór de inwerkingtreding van Titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek beschouwd als de bezittingen van de rechtspersoon.
2. Indien vóór de inwerkingtreding van Titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gebruik is gemaakt van de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, onderdeel e, onder 1^o, dan blijven de krachtens dat artikel gestelde voorwaarden van toepassing.
3. Ook is geen overdrachtsbelasting verschuldigd ter zake van de verkrijging van de juridische eigendom door de vennootschap met rechtspersoonlijkheid, indien deze verkrijging plaatsvindt in onmiddellijke samenhang met de verkrijging van de economische eigendom door deze vennootschap als gevolg van de inwerkingtreding van Titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Literatuurlijst

I. Artikelen

Boschma, *Ondernemingsrecht* 2019/110

Boschma, 'Vermogensrechtelijke aspecten: de vennootschap-rechtspersoon als eigenaar, pandrecht en vruchtgebruik', *Ondernemingsrecht* 2019/110.

Doornebal, *WFR* 2002/9

J. Doornebal, 'Inbreng-, toetredings- en uittredingsproblematiek bij personenvennootschappen vanaf 2001', *WFR* 2002/9.

Gassler, *TFO* 2008/15

Y.E. Gassler, 'Het wetsvoorstel personenvennootschappen en de gevolgen voor de overdrachtsbelasting', *TFO* 2008/15.

Huizink, *Ondernemingsrecht* 2019/112

J.B. Huizink, 'De stille maatschap: het grootste geheim van ons recht', *Ondernemingsrecht* 2019/112.

Mathey-Bal, *WPNR* 2013/6980

P.P.D. Mathey-Bal, 'De stille maatschap in het openbare handelsregister', *WPNR* 2013/6980.

Mathey-Bal, *Ondernemingsrecht* 2019/117

P.P.D. Mathey-Bal, 'Modernisering personenvennootschappen. Over winst, verlies en administratieplicht', *Ondernemingsrecht* 2019/117.

Mourik, *Ondernemingsrecht* 2019/114

M.J.A. van Mourik, 'Gemoderniseerde personenvennootschappen, huwelijksvermogensrecht en erfrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/114.

Perrick, *Ondernemingsrecht* 2019/118

S. Perrick, 'Personenvennootschappen, ontbinding en vereffening', *Ondernemingsrecht* 2019/118.

Robben, *FBN* 2008/63

M.T.E. Robben, 'Wijzigingen overdrachtsbelasting (artikelen 4 en 15, lid 1, oh WBR)', *FBN* 2008/63.

Robben, *WPNR* 2015/7060

M.T.E. Robben, 'De gewijzigde interne reorganisatievrijstelling', *WPNR* 2015/7060.

Rozendal, *WFR* 2008/1000

A. Rozendal, 'Het begrip "belang" in de overdrachtsbelasting: méér duidelijkheid gewenst!', *WFR* 2008/1000.

Rozendal, *FBN* 2011/11-58

A. Rozendal, 'Verdachte bezittingen in de regeling voor onroerendezaaklichamen' *FBN* 2011/11-58.

Rozendal, NTFR 2011/98

A. Rozendal, 'Het nieuwe art. 4 lid 11 Wet BRV 1970: een dode letter?', *NTFR* 2011/98.

Rozendal, WPNR 2015/7060

A. Rozendal, 'De toegenomen reikwijdte van art. 4 WBR', *WPNR* 2015/7060.

Rozendal, WFR 2017/102

A. Rozendal, 'De heffingsmaatstaf in de overdrachtsbelasting bij de verkrijging van aandelen in onroerendezaakrechtspersonen', *WFR* 2017/102.

Seerden & Rheinfeld, WFR 2020/54

L.J.F. Seerden & J.W.A. Rheinfeld, 'Een kwart eeuw economische eigendom: medicijn met bijwerkingen', *WFR* 2020/54.

Simonis, NTFR 2016/7

D.C. Simonis, 'Enkele fiscale aspecten van de vastgoed-cv', *NTFR* 2016/7.

Van der Linden, WFR 2014/48

G.J. van der Linden, 'Belang nog steeds niet begrensd', *WFR* 2014/48.

Van Gijlswijk, WFR 2011/96

M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Inkoop van art. 4-aandelen vanaf 2011. (N)iets nieuws onder de zon?', *WFR* 2011/96.

Van Kempen, WFR 2007/824

M.L.M. van Kempen, 'Personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2007/824.

Van Kempen, TFO 2015/140.1

M.L.M. van Kempen, 'Inbreng, toetreden, uittreden en terugtreden bij personenvennootschappen', *TFO* 2015/140.1.

Van Olfen, Ondernemingsrecht 2019/105

Van Olfen, 'Modernisering personenvennootschappen. *Less is more, but can also be too little*' *Ondernemingsrecht* 2019/105.

Van Veen, NJB 2018/1240

W.J.M. van Veen, 'De personenvennootschap en de bijzondere gemeenschap', *NJB* 2018/1240.

Van der Velden, Vastgoed Fiscaal & Civiel 2011/11

J.W.P.M. Van der Velden, 'Civielrechtelijke aspecten van fondsen voor gemene rekening', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2011/11.

Vennix, WFR 2011/1104

W.J.M. Vennix, 'Overdrachtsbelasting: op weg naar het einde?', *WFR* 2011/1104.

Vermeulen, WFR 2014/393

H. Vermeulen, 'Vastgoedbeleggingsfondsen en de heffing van overdrachtsbelasting nieuwe stijl', *WFR* 2014/393.

Witpeerd, WFR 2020/142

F.M. Witpeerd, 'Belastingheffing van personenvennootschappen', *WFR* 2020/142.

Wuisman, TvOB 2017-1

I.S. Wuisman, 'Toekomstige soorten personenvennootschappen: If it ain't fair, fix it!', *TvOB* 2017-1.

Zaman, Ondernemingsrecht 2019/115

D.F.M.M. Zaman, 'Herstructurering van personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/115.

II. Boeken**Gassler, in: Cursus Belastingrecht**

Y.E. Gassler, in: Cursus Belastingrecht BvR.2.1.A, BvR.2.1.3, BvR.2.1.4.C, BvR.2.1.10.D en BvR.2.3.14-18.

Kroeze, Timmerman & Wezeman 2019

M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Meijers 2015

V.A.E.M. Meijers, 'Personenvennootschappen', in: A.M.J. van Buchem-Spapens & I. de Waal-van Wessems (red.), *Inleiding Privaatrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2015.

Mohr & Meijers 2018

A.L. Mohr & V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Stevens e.a. 2020

A.J.A. Stevens (red.) e.a., *Belastingheffing van personenvennootschappen – knelpunten en oplossingen. Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260*, Rotterdam: Vereniging voor Belastingwetenschap 2020.

Van Kempen, in: Cursus Belastingrecht

M.L.M. van Kempen, in: Cursus Belastingrecht BvR.0.0.2, BvR.2.1.7.A, BvR.2.3.4, BvR.2.3.4.B.a, BvR.2.3.4.C.a, BvR.2.3.7.B.c1, BvR.2.3.7.C.a, BvR.2.3.8.A, BvR.2.3.9.A, BvR.2.3.9.B.d en BvR.2.3.9.B.b.

Van Olffen e.a. 2016

M. van Olffen e.a. (red.), *Modernisering personenvennootschappen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 137)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Straaten, Rozendal & Schoenmaker 2016

J.C. van Straaten, A. Rozendal & F.A.M. Schoenmaker, *Wegwijs in de Overdrachtsbelasting*, Den Haag: Sdu 2016.

III. Overige bronnen

CBS StatLine

Centraal Bureau voor de Statistiek StatLine 2021 – Bedrijven; bedrijfsgrootte en rechtsvorm. Te raadplegen via: <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/>. Geraadpleegd op 27 maart 2021.

Miljoenennota 2021

Miljoenennota 2021, Bijlage 4 'De belasting- en premieontvangsten', V-N 2020/46.3. Geraadpleegd op 27 maart 2021.

Parlementaire stukken

I. Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken I 2004-2005, 28746, nr. A (Gewijzigd VvW)

Kamerstukken I 2009-2010, 31065, nr. A (Gewijzigd VvW)

Kamerstukken I 2010-2011, 31065, nr. C (Brief inzake wetsvoorstel 31065)

Kamerstukken II 1969-1970, 10560, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 1994-1995, 24172, nr. 10 (Brief van de staatssecretaris)

Kamerstukken II 1999-2000, 27030, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2002-2003, 28746, nr. 1;2 (VvW)

Kamerstukken II 2002-2003, 28746, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2006-2007, 31065, nr. 2 (VvW)

Kamerstukken II 2006-2007, 31065, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2007-2008, 31065, nr. 8 (Nnv)

Kamerstukken II 2007-2008, 31065, nr. 12 (Amendement lid Weekers)

Kamerstukken II 2007-2008, 31206, nr. 6 (Nnv)

Kamerstukken II 2008-2009, 31065, nr. 14 (Brief NOB)

Kamerstukken II 2008-2009, 31065, nr. 15 (Nnv)

Kamerstukken II 2008-2009, 31065, nr. 16 (Vierde NvW)

Kamerstukken II 2009-2010, 31065, nr. 27 (Amendement lid Van Vroonhoven-Kok)

Kamerstukken II 2020-2021, nr. 2021Z07464 (Kamervragen)

II. Overige stukken

Besluit van 27 februari 1996

Besluit van 27 februari 1996 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit van rechtsverkeer, *Stb.* 1996, 144.

AIFM-richtlijn

Richtlijn 2011/61/EU beheerders alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijn 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010, 8 juni 2011, *PbEU* 2011, L 174.

Wet overige fiscale maatregelen 2014

Wet van 18 december 2013 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2014), *Stb.* 2013, 566.

Besluit belastbaar feit in de overdrachtsbelasting

Besluit van 15 oktober 2015, nr. BLKB 2015/794M (Besluit belastbaar feit in de overdrachtsbelasting), *Stcrt.* 2015, 36766.

Besluit ondernemingsfaciliteiten

Besluit van 25 mei 2018, nr. 2018-50125 (Besluit ondernemingsfaciliteiten), *Stcrt.* 2018, 30213.

Besluit toestemmingsvereiste commanditaire vennootschappen

Besluit van 25 december 2018, nr. BLKB2015/1209M (Besluit toestemmingsvereiste commanditaire vennootschappen), *Stcrt.* 2015, 46508.

Voorontwerp

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen). Voorontwerp wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen (VvW). Publicatiedatum: 21 februari 2019. Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/1313>.

Concept-MvT

Voorontwerp toelichting wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen (MvT). Publicatiedatum: 21 februari 2019. Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/1313>.

NOB 2019

Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen. Publicatiedatum: 29 mei 2019. Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap/reactie/dbb297ad-92fb-4986-b18e-89c774b7ea3e>.

Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten ter aanpassing van het fiscale kwalificatiebeleid inzake rechtsvormen (Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen). Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (VvW). Publicatiedatum: 29 maart 2021. Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/fiscaalkwalificatiebeleid-rechtsvormen>.

Jurisprudentielijst

I. Hoge Raad der Nederlanden

HR 26 november 1897, W 7047 (*Boeschoten/Besier*)

HR 17 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5302, *BNB* 1993/199, m.nt. Zwemmer

HR 14 maart 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4593 (*Hovuma/Spreeuwenberg*), *NJ* 2003/327, m.nt. J.M.M. Maeijer.

HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 (*Biek Holdings*), *NJ* 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde.

HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9044, *BNB* 2010/45, m.nt. J.C. van Straaten

HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:PHR:2004:A03184 (*Scheepjeshofarrest*), *BNB* 2005/52, m.nt. J.W. Zwemmer

HR 23 februari 2007, nr. 41 591, *BNB* 2007/167

HR 10 juni 2011, nr. 10/00498, *BNB* 2011/219

HR 10 oktober 2014, nr. 13/06391, *BNB* 2014/246

HR 10 juni 2016, nr. 15/03784, *V-N* 2016/35.12

HR 30 november 2018, nr. 17/04543, *BNB* 2019/37

HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:504, *V-N* 2021/17.13, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

II. Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1988, ECLI:NL:GHSHE:1988:AB8209 (*Basjes/Blaauw Rendita Nederland*), *NJ* 1994/454

Hof Amsterdam 11 september 2014, nr. 13/00082, *V-N* 2014/65.27