

Notarieel recht



Daan Bastiaans
Dirkzwager advocaten & notarissen

De potestatieve voorwaarde in de overdrachtsbelasting

Hoewel men in de notariële praktijk doorgaans streeft naar het voorkomen en genezen van onzekerheden, worden deze soms ook juist welbewust in het leven geroepen. Door middel van het overeenkomen van een ontbindende voorwaarde kunnen namelijk de meest uiteenlopende onzekerheden doorwerken in de tussen partijen gemaakte afspraken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het veelgebruikte financieringsvoorbehoud, de Groninger-akte of een koopoptie bij sale and lease back. In al deze gevallen is het bestaan van de door partijen aangegane verbintenis afhankelijk van het plaatsvinden van de in de voorwaarde gestelde onzekere gebeurtenis.

Het in vervulling gaan van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht,¹ maar sorteert wel goederenrechtelijk effect. Met het intreden van de aan de voorwaarde verbonden ge-

beurtenis gaat de eigendom van een onroerende zaak bijvoorbeeld van rechtswege over naar de nieuwe dan wel terug naar de oorspronkelijke eigenaar. Een teruglevering is niet nodig. In geval van een ontbindende voorwaarde kan de in het verleden betaalde overdrachtsbelasting vervolgens door de verkrijger (inmiddels niet meer eigenaar) worden teruggevraagd van de fiscus, indien de toestand van voor de verkrijging zowel feitelijk als rechtens wordt hersteld.² In de praktijk blijkt dat de hersteleis voor teruggave van overdrachtsbelasting niet altijd in het voordeel van de verkrijger wordt uitgelegd. Met name bij een sale and lease back en daarop gelijkende constructies is het nog onzeker of een beroep op artikel 19 Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) mogelijk is. Veelal wordt geoordeeld dat er in dergelijke gevallen geen sprake is van een toekomstig onzekere gebeurtenis. De vraag die daarom in deze bijdrage centraal staat is of het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde per definitie leidt tot teruggaaf van betaalde overdrachtsbelasting of dat de potestatieve voorwaarde hiervan uitgesloten is.

Sale-and-lease-back-constructie zonder een voor teruggaaf overdrachtsbelasting vereiste ontbindende voorwaarde

Een uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 27 augustus 2015 (ECLI:NL:RBGEL:2015:6419) geeft een goed voorbeeld van een sale-and-lease-backconstructie waarbij volgens

de rechtbank geen sprake is van een voor teruggaaf van overdrachtsbelasting vereiste ontbindende voorwaarde. In dit geval verhuurt de eigenaar van een distributiecentrum zijn onroerende zaak voor € 165 000 per kwartaal. Bij wijze van een 'operationele vastgoedlease' komt de eigenaar met een bank en de huurder overeen dat het distributiecentrum aan de bank zal worden geleverd, waarna de bank de zaak zal blijven verhuren aan de oorspronkelijke huurder voor € 175 000 per kwartaal. De bank betaalt hiervoor een koopprijs van € 8 000 000.

Blijkens de akte van levering worden de koopovereenkomst en de levering gesloten onder de ontbindende voorwaarde dat de verkoper gebruikmaakt van een aan hem toegekende terugkoopoptie. De eigenaar kan het pand namelijk terugkopen van de bank voor € 4 800 000. Na verloop van tien jaar besluit de oorspronkelijke eigenaar van deze optie gebruik te maken en verzoekt hij teruggaaf van overdrachtsbelasting in verband met herstel in de toestand van voor de verkoop. De inspecteur wijst het verzoek echter af.

De rechtbank oordeelt dat de sale-and-lease-backconstructie geen ontbindende voorwaarde inhoudt aangezien geen sprake is van een objectieve onzekerheid over een gebeurtenis die zich nog niet heeft voorgedaan en waarvan bij het sluiten van de overeenkomst ook niet vaststond of deze zich zou voordoen.³ Of de koopovereenkomst ontbonden wordt is in dit geval niet afhankelijk van een objec-

tief onzekere factor, maar van de wil van partijen. Hiermee is er volgens de rechtbank geen sprake van een ontbindende voorwaarde als bedoeld in artikel 19 WBR en is teruggave van overdrachtsbelasting aldus niet aan de orde.

Besluit staatssecretaris

De hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Gelderland ligt geheel in de lijn van het besluit van de staatssecretaris van 30 augustus 2012 (nr. BLKB2012/791M, *Stcrt.* 2012, 18286, *NTR* 2012/2393) waarin is bepaald dat:

‘De koopoptie is te beschouwen als een wilsrecht tot terugkoop en de uitoefening van de koopoptie is daarmee veelal afhankelijk van de keuze van de optiehouder. De levering aan de lessee door het inroepen van de ontbindende voorwaarde is dan ook feitelijk te beschouwen als een gewone teruglevering. Hierdoor is het niet mogelijk aanspraak te maken op teruggaaf van betaalde overdrachtsbelasting (...) Verder geldt dat bij uitoefening van een koopoptie in de overeenkomst van “sale and lease-back” of een daarmee vergelijkbare overeenkomst, in het algemeen geen sprake zal zijn van een feitelijk herstel in de zin van artikel 19 van de WBR. De koopoptieprijs staat immers bij het aangaan van de overeenkomst veelal vast en verschilt van de verkoopprijs. (...) Aanspraak op teruggaaf van betaalde overdrachtsbelasting is dus niet mogelijk.’

Commentaar

De zienswijze dat het inroepen van een ontbindende voorwaarde feitelijk te beschouwen is als een gewone teruglevering, bevredigt mijns inziens alleen indien de strekking van de koopoptie ook daadwerkelijk is dat de verkoper het recht heeft om de verkochte onroerende zaak terug te kopen middels een nieuwe overeenkomst (obligatoire koopoptie). In dat geval is het begrijpelijk dat teruggave van betaalde overdrachtsbelasting niet aan de orde is. Dit is echter een geheel andere figuur dan wanneer het de bedoeling is dat de oorspronkelijke

overeenkomst door het inroepen van de voorwaarde tenietgaat (ontbindende voorwaarde met goederenrechtelijke werking).⁴ Indien er in het laatste geval eveneens sprake is van herstel in de toestand van voor de overdracht, wordt er voldaan aan de vereisten voor artikel 19 WBR en is teruggaaf van betaalde overdrachtsbelasting in beginsel mogelijk.

Een veel interessantere vraag is of onder ontbindende voorwaarde iedere voorwaarde kan worden verstaan of dat de potestatieve voorwaarde hiervan is uitgesloten. De Rechtbank Gelderland en de staatssecretaris gaan er, zoals uit het voorgaande blijkt, van uit dat de zuiver potestatieve voorwaarde geen ontbindende voorwaarde zou zijn, omdat er geen sprake is van een toekomstige, onzekere gebeurtenis. Lang niet iedereen is het hier echter mee eens. Schoordijk stelt bijvoorbeeld dat het bepaald onzeker is of de verkoper zijn wilsrecht na zoveel tijd zal willen uitoefenen.⁵ Brunner meent ronduit:

‘Een ongeoorloofde potestatieve voorwaarde is alleen aanwezig indien het ontstaan van de verbintenis uitsluitend van de wil van de schuldenaar afhankelijk is. Is de verbintenis eenmaal ontstaan dan is er geen bezwaar tegen dat een van de partijen de bevoegdheid heeft om de verbintenis te beëindigen of te wijzigen.’⁶

Een dergelijke benadering onderschrijf ik. Naast het feit dat derden objectief niet weten of de wilsgerechtigde in de toekomst van zijn optie-recht gebruik zal maken, weet ook de wilsgerechtigde partij zelf dit niet met zekerheid. Hij maakt thans immers geen gebruik van zijn wilsrecht, juist vanwege een zekere onzekerheid.⁷ De stelling dat een potestatieve voorwaarde geen voorwaarde kan zijn doordat een objectieve onzekerheid ontbreekt is hiermee onjuist. Desalniettemin zie ik een ander groot bezwaar tegen de zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde. In een uiterst vrijblijvende rechtsverhouding waarin men zich door een enkele

wilsverklaring kan bevrijden van zijn verplichtingen is er in wezen geen sprake van een gebondenheid.⁸ Het mogelijke gevolg dat reeds verrichte prestaties ongedaan moeten worden gemaakt onderstreept dit des te meer.

Conclusie

Een onzorgvuldig geformuleerde voorwaarde zou onder omstandigheden een obligatoir recht tot terugkoop kunnen vormen. In dat geval is nimmer sprake van teruggaaf van reeds betaalde overdrachtsbelasting. Met betrekking tot een potestatieve voorwaarde met goederenrechtelijke werking is de staatssecretaris van mening dat ook in dit geval geen overdrachtsbelasting terugbetaald dient te worden, omdat hier een objectieve onzekerheid ontbreekt. Dit is onjuist. Het is immers bepaald onzeker of een wilsgerechtigde na verloop van tijd zijn wilsrecht zou willen uitoefenen. De vraag is echter wel in hoeverre er bij een dergelijk vrijblijvende rechtsverhouding sprake is van gebondenheid tussen partijen. Wellicht kan het daarom geen kwaad om een zekere mate van onzekerheid door te laten werken in de partijafspraken.

1. Artikel 3:38 lid 2 BW. Tot 1992 was onder het oud BW aan de vervulling van een voorwaarde wel terugwerkende kracht verbonden. Deze terugwerkende kracht verklaarde de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde. E.e.a. hing nauw samen met ons causale stelsel van eigendomsoverdracht.
2. Artikel 19 lid 1 sub a WBR.
3. Rb. Gelderland 27 augustus 2015, nr. AWB-14, 7329, r.o. 18.
4. Zo ook: J.C. van Straaten, *Wegwijs in de overdrachtsbelasting*, Den Haag: Sdu 2014, p. 493.
5. H.C.F. Schoordijk & F.C.E. Schoordijk, ‘Ongerief rond de hersteleis van art. 19 lid 1 WBR’, *WPNR* 2009, afl. 6813, p. 774-783.
6. C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 56.
7. Vgl. H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 653.
8. H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 643.