

## 3.6

### Vrijstelling overdrachtsbelasting bij bedrijfsopvolging door middel van schenking van aandelen in een BV

Hoge Raad 30 november 2018, nr. 17/04543

Art. 15 lid 1 onderdeel b, art. 4 Wet BRV

V-N Vandaag 2018/2632

RN 2019/3

V-N Vandaag 2018/1255

V-N 2018/35.18

V-N 2018/65.13

ECLI:NL:HR:2018:2110

ECLI:NL:PHR:2018:615

**Bij de schenking van aandelen in een vastgoed-BV, kan onder voorwaarden gebruik worden gemaakt van een doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting en een vrijstelling in de schenkbelasting (de bedrijfsopvolgingsregeling waardoor heffing geheel of gedeeltelijk achterwege blijft of naar de toekomst wordt uitgesteld). Hierbij was onduidelijk of ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting van toepassing kan zijn. De Hoge Raad heeft op 30 november 2018 bevestigd dat die vrijstelling onder voorwaarden ook bij de schenking van aandelen in een vastgoed-BV kan worden toegepast, zodat ook de heffing van overdrachtsbelasting achterwege kan blijven.**

Een vader heeft 100% van de aandelen in een Holding-BV. Deze Holding-BV heeft 100% van de aandelen in een Dochter-BV. Deze vennootschappen exploiteren vastgoed en drijven hiermee een onderneming. Sinds mei 2010 is zijn dochter werkzaam bij Holding-BV, en ondersteunt zij haar vader bij zijn werkzaamheden. Vader schenkt vervolgens op 25 september 2013 alle aandelen in de Holding-BV (en indirect Dochter-BV) aan zijn dochter in verband met de bedrijfsopvolging binnen de familie.

De Holding-BV kwalificeert als een Onroerende Zaak Rechtspersoon (hierna: OZR), waardoor dochter bij de verkrijging van de aandelen van Holding-BV € 141.360 overdrachtsbelasting zou zijn verschuldigd over de waarde van het vastgoed in de (onderliggende) vennootschap(pen). De dochter doet echter een beroep op de vrijstelling voor de verkrijging van een onderneming. Volgens de inspecteur is deze vrijstelling in de overdrachtsbelasting niet van toepassing.

In geschil is of bij de schenking van aandelen in Holding-BV de vrijstelling voor de verkrijging van een privéonderneming mag worden toegepast, omdat a. op grond van bestaande jurisprudentie door de vennootschap heen gekeken mag worden en b. de OZR-wetgeving de toepassing van de vrijstelling niet zou mogen belemmeren.

De Hoge Raad oordeelt dat er geen reden is om de verkrijging van aandelen in een BV die een materiële onderneming uitoefent, anders te behandelen dan de verkrijging van een onderneming die in privé wordt gedreven. De verkrijging van vastgoed zou dan namelijk wel zijn vrijgesteld van overdrachtsbelasting. De Hoge Raad oordeelt dat de vrijstelling ook van toepassing is bij de verkrijging van vastgoed door middel van schenking van de aandelen in een BV met een materiële onderneming die vastgoed exploiteert. De Hoge Raad oordeelt dat de heffing van overdrachtsbelasting in deze situatie achterwege blijft voor dochter bij de verkrijging van de aandelen in Holding-BV, omdat ook aan de overige voorwaarden voor toepassing van de vrijstelling is voldaan.

#### Zie ook:

- HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559, *BNB* 2007/167, *V-N* 2007/14.27.
- HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580, *BNB* 2011/219, *V-N* 2011-32.19.
- *Cursus Belastingrecht, deel Belastingen van Rechtsverkeer*, onderdeel 2.1.10.F.d.

**Wenk:**

- Veel ondernemers hebben hun ondernemingsactiviteiten ondergebracht in een of meerdere vennootschappen, zoals een BV. Deze vennootschappen bezitten veelal ook vastgoed dat al of niet voor de eigen onderneming wordt gebruikt.
- Als een persoon de aandelen in een onderneming (BV) wil overdragen aan een volgende generatie, dan is het van belang vooraf te toetsen of de BV kwalificeert als een zogenaamd OZR in de zin van art. 4 Wet BRV voor de overdrachtsbelasting. In dit kader zijn de bezitseris en doeleis van art. 4 Wet BRV van belang. Zonder die kwalificatie is over de verkrijging van de aandelen van de BV geen overdrachtsbelasting verschuldigd. Ingeval de BV wel als OZR kwalificeert, dan is bij de verkrijging van de aandelen normaliter overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van het aanwezige Nederlandse vastgoed.
- Bij de schenking van de aandelen in een vastgoed-BV kan de schenker onder voorwaarden gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting en een vrijstelling in de schenkbelasting (de bedrijfsopvolgingsregeling waardoor heffing geheel of gedeeltelijk achterwege blijft of naar de toekomst wordt uitgesteld). Hierbij was onduidelijk of ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting van toepassing kan zijn.
- Bij schenking van de aandelen in een vastgoedonderneming die kwalificeert als OZR, is overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van het in Nederland gelegen vastgoed dat deze BV houdt. Er geldt namelijk geen wettelijke vrijstelling in de overdrachtsbelasting voor de schenking van aandelen in een OZR in het kader van een bedrijfsopvolging. In de praktijk werden dergelijke aandelen maar zeer beperkt geschonken, omdat voor een verkrijging bij een overlijdenssituatie van een aandeelhouder van een vastgoedonderneming wel een wettelijke vrijstelling voor de overdrachtsbelasting kan worden genoten.
- De overdrachtsbelasting kent daarentegen wel een wettelijke vrijstelling (art. 15 lid 1 onderdeel b Wet BRV) voor de schenking van een in privé gedreven onderneming, zoals een eenmanszaak of personenvennootschap.
- De Hoge Raad heeft op 30 november 2018 geoordeeld dat de bedrijfsopvolgingsregeling in de overdrachtsbelasting in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel b Wet BRV ook van toepassing is op de schenking van aandelen in een vennootschap (zoals een BV) die grotendeels vastgoed houdt.
- Uit het arrest volgt dat de schenking van de aandelen in een OZR vrijgesteld is van overdrachtsbelasting onder de volgende voorwaarden:
  - de bedrijfsopvolger is een direct familielid (broer/zus, kinderen, kleinkinderen, of echtgeno(o)t(e));
  - de BV drijft een 'materiële' onderneming. De activiteiten vormen dan meer dan normaal vermogensbeheer. Dit wordt beoordeeld aan de hand van het geheel van werkzaamheden, zowel kwantitatief als kwalitatief. Hierbij spelen de aard en omvang van de arbeid (de 'plus arbeid'-toets) en het rendement (de 'plus rendement'-toets) een grote rol; en
  - de begiftigde van de aandelen zet de onderneming in de BV voort. Het zou daarbij ook mogelijk moeten zijn om de aandelen stapsgewijs over te dragen aan de begiftigde.
- Gezien het bovenstaande arrest is het van belang dat de aard en de omvang van de (vastgoed) activiteiten tijdig en goed in kaart worden gebracht en dat daar waar mogelijk de structuur op aangepast wordt. De opzet van een juiste bedrijfsopvolgingsstructuur kan namelijk overdrachtsbelasting, maar ook inkomstenbelasting en erf- en schenkbelasting besparen.

*Mr. J.L.H. van Heugten (Dirkzwager Legal & Tax)*