

NOTITIE

Aan Ministerie van Financiën
Van Rob de Win en Arianne Bonthuis
Inzake Reactie op conceptwetsvoorstel vastgoedaandelentransacties
Datum 24 maart 2023

Dank voor het bieden van de mogelijkheid om te reageren op het conceptwetsvoorstel vastgoedaandelentransacties. Onderstaand treft u allereerst onze bemerkingen aan op het wetsvoorstel, daarna doen wij enkele suggesties.

1 Wetsvoorstel

- 1.1 In de omzetbelasting is de regel dat de verschillende wijzen van (indirect) overdragen van vastgoed elk hun eigen gevolgen hebben. Zo hebben een aandelenoverdracht¹, een overdracht van verhuurd vastgoed² en een overdracht van (enkel) een onroerende zaak zelf elk andere consequenties voor de heffing van omzetbelasting. Het verschil in belastingdruk tussen een belaste, of vrijgestelde levering, danwel onbelastbare overgang³ speelt geen rol bij de kwalificatie voor btw-doeleinden, de verschillen worden geaccepteerd.⁴ Ook kent de omzetbelasting geen doorkijkbenadering zoals deze in de Wet op belastingen van rechtsverkeer is opgenomen ten behoeve van de heffing van overdrachtsbelasting. Voor omzetbelastingdoeleinden kan een herkwalificatie zodoende enkel de orde komen in het geval van misbruik, in andere gevallen volgt de omzetbelasting de economische realiteit⁵ dat verschillende transactievormen niet gelijk te stellen zijn.
- 1.2 Zodoende wordt voor de btw-heffing - anders dan voor de verkrijging in de overdrachtsbelasting – de levering door een btw-ondernemer van (een kwalificerend belang aan) aandelen in een onroerendezaakrechtspersoon, op basis van artikel 11, lid 1 letter i onder 2 Wet op de omzetbelasting 1968, nog steeds aangemerkt als vrijgesteld van btw, ongeacht of het (indirect) de levering van een bouwterrein of 'nieuw' gebouw dan wel oud gebouw betreft.⁶ Dit is een bewuste keuze van de wetgever gebaseerd op artikel 135(1)(f) van de BTW-richtlijn die een verplichte vrijstelling kent voor handelingen inzake aandelen. Het kiezen voor een transactievorm op basis van dit wettelijk vastgelegde onderscheid levert volgens vaste rechtspraak geen misbruik van recht op.⁷
- 1.3 Hieruit leiden wij af dat de motivatie dat bij de verkrijging van een onroerende zaak omzetbelasting verschuldigd moet zijn dan wel overdrachtsbelasting fiscaal juridisch geen steek houdt. Immers, er zijn vele gevallen van (indirecte) overdrachten die niet leiden tot

¹ HvJ, 5 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:423, C-259/11 (*DTZ Zadelhoff*)

² HvJ 16 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:74 C-729/21, anders Hoge Raad 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:863, nr.18/01687

³ Door toepassing van artikel 37d Wet op de omzetbelasting

⁴ Nogmaals verwijzen wij naar HvJ 16 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:74 C-729/21

⁵ HvJ 20 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:409, C-653/11 (*Paul Newey*)

⁶ HvJ 05-07-2012, ECLI:EU:C:2012:423, C-259/11 (*DTZ Zadelhoff*)

⁷ HvJ, 21 februari 2006, ECLI:EU:C:2006:121, C-255/02 (*Halifax*)

omzetbelasting, maar waarvoor de Wet op belastingen van rechtsverkeer en het daarop gebaseerde beleid eveneens geen aanleiding biedt om te heffen.⁸

- 1.4 Het wetsvoorstel wordt onder meer gemotiveerd met de stelling: *“Hoewel deze maatregel geen volledig gelijk speelveld creëert tussen nieuwe onroerende zaken die via aandelen worden geleverd en nieuwe onroerende zaken die direct worden geleverd, blijkt dat dit de meest doelmatige en doeltreffende maatregel is om de ongelijkheid in belastingdruk tussen deze twee transactievormen te verminderen.”* Deze motivering roept vele vragen op. Zo is ons niet duidelijk waarom beoogd wordt om bij verschillende soorten verkrijgingen (aandelen of een onroerende zaak) die ook civielrechtelijk (aansprakelijkheden, contractsovername etc.) en fiscaal (denk aan de vennootschapsbelasting) totaal andere gevolgen hebben, de ongelijkheid in belastingdruk te verminderen. Bovendien leidt het wetsvoorstel juist tot veel ongelijkheid in belastingdruk tussen de twee transactievormen, met name in het geval het nieuwe vastgoed btw-belast geëxploiteerd gaat worden (en waar bovendien in het geheel geen overdrachtsbelasting hoort te drukken).
- 1.5 Zoals terecht aangegeven in voetnoot 4 van de motivatie van het wetsvoorstel spelen namelijk ook andere motieven een rol, waarbij het beperken van aansprakelijkheid doorgaans niet eens het hoofdmotief is. Niet zelden is het feit dat de omgevingsvergunning op naam van de Vastgoed B.V. is verleend veel belangrijker. Ditzelfde geldt ingeval de Vastgoed B.V. een anterieure overeenkomst is aangegaan met de gemeente en geen mogelijkheid bestaat van ‘contractoverdracht’.
- 1.6 De conclusie is daarmee onvermijdelijk dat het wetsvoorstel uitsluitend is ingegeven door financiële motieven van de wetgever dan wel het afstraffen van deze transactievorm. Het door de Hoge Raad in zijn doorkijkarresten⁹ voor de heffing van overdrachtsbelasting vastgelegde ‘neutraliteitsbeginsel’ wordt daarmee – anders dan in 1995 – geweld aangedaan¹⁰.
- 1.7 De heffing wegens verkrijgingen van fictieve onroerende zaken heeft geen verdere strekking dan te voorkomen dat door middel van het tussenschuiven van rechtspersonen de heffing van overdrachtsbelasting wordt ontgaan. Wij verwijzen in dat kader naar de conclusie van Advocaat-Generaal Niessen¹¹ waarin hij ingaat op de wetssystematiek: *“De regeling ziet dus door het juridische gordijn van de vennootschappen heen door de machtsoverdracht ten aanzien van het vennootschappelijke onroerend goed voor de heffing van overdrachtsrecht als een eigendomsoverdracht van dat goed te beschouwen.”*¹²
- 1.8 Met de wetsfictie is echter niet beoogd een daaraan tegenovergesteld resultaat te bewerkstelligen door in een geval waarin vanwege de onderhavige vrijstellingsbepaling verkrijging van de onroerende zaak zelf buiten de heffing zou blijven, een belastingplicht in het leven te roepen, omdat de verkrijging niet de onroerende zaak zelf betreft maar de aandelen die de onroerende zaak vertegenwoordigen.

⁸ Denk aan overdracht van een belang van minder dan 1/3 in een onroerendezaakrechtspersoon, of overdracht van een algemeenheid van goederen, onder meer omvattende een nieuwe onroerende zaak

⁹ Zie Hoge Raad 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559; Hoge Raad 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580; en Hoge Raad 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110.

¹⁰ Wetsvoorstel 24172

¹¹ Conclusie van Advocaat-Generaal Niessen, 24 november 2005, ECLI:NL:PHR:2007:AU8559

¹² Kamerstukken II, 1969-1970, 10 560, nr. 3 (MvT), blz. 18

- 1.9 Het wetsvoorstel is zodoende aan te merken als regelgeving tegen niet bestaand misbruik en leidt tot het financieel treffen van een legitieme en economisch gebruikelijke transactievorm vanuit de vooronderstelling dat de te bestrijden structuur 'in hoofdzaak' ten doel heeft de belastingdruk te minimaliseren. Dit terwijl er, zoals reeds aangegeven, doorgaans vele niet fiscale redenen ten grondslag liggen aan de keuze de aandelen in een vastgoedvennootschap te verwerven.
- 1.10 Ook menen wij dat de doorkruising van de wetsystematiek zeer onwenselijk is, omdat dit leidt tot het onnavolgbaar worden van wetten en daarmee – onvermijdelijk – tot ongewenste afstraffing van een volstrekt legitieme keuze om aandelen over te dragen in een Vastgoed B.V.

2 Suggesties

- 2.1 Mocht deze transactievorm echt bestreden moeten worden, hetgeen wij ons aldus zeer afvragen, dan doen wij hierna enkele voorstellen die leiden tot een meer evenwichtig eindresultaat en die bovendien respecteren dat er redenen zijn om aandelen te verwerven.
- 2.2 De invoering van een equivalent van de eerder afgeschafte integratieheffing¹³ zou voornoemde vermeende ongelijkheid kunnen oplossen. Dit is evenwel een andere vorm van integratieheffing dan in de toelichting op het wetsvoorstel (paragraaf 5) is beschreven. Wij menen dat artikel 11 van de BTW-Richtlijn dit toestaat, omdat een lidstaat alle maatregelen kan vaststellen die nodig zijn om belastingfraude en -ontwijking met gebruikmaking van deze bepaling te voorkomen.
- 2.3 Het verschil in belastingdruk tussen een verkrijging van een onroerende zaak dan wel aandelen in een onroerendezaakrechtspersoon ligt in de hoofdzaak in de interne kosten van de projectontwikkelaar waarop geen btw wordt berekend in het geval van een fiscale eenheid voor de btw. Belangrijk hierbij is het karakter van de omzetbelasting: een belasting over de toegevoegde waarde als belasting op het eindverbruik¹⁴. Zolang de fiscale eenheid bestaat en de onroerende zaak een bedrijfsmiddel blijft van de fiscale eenheid heeft de fiscale eenheid voor alle te verrichten werkzaamheden de keuze tussen 'inbesteden' (zelf doen) of 'uitbesteden' (uitvoering door een derde). Omdat bij een keuze voor 'inbesteden' geen sprake is van (eind)verbruik, volgt uit het btw-systeem geen heffing. Op het moment dat de Vastgoed B.V. *om welke reden dan ook* geen deel meer uitmaakt van de fiscale eenheid (dus niet enkel als de aandelen worden vervreemd) wordt de B.V. zelfstandig btw-ondernemer.¹⁵ Op dat moment worden de 'interne diensten' die binnen de fiscale eenheid zijn verleend feitelijk alsnog verbruikt. Het lijkt redelijk om voor het bepalen van de maatstaf van heffing ter gelegenheid van deze 'ontvoeging' aansluiting te zoeken bij de herzieningsregeling voor kostbare diensten, waarvoor artikel 190 van de BTW-richtlijn een basis biedt. Reeds eerder is hiervoor een wetsvoorstel geconsulteerd.¹⁶ Dit zijn diensten die kenmerken hebben die vergelijkbaar zijn met kenmerken die doorgaans aan investeringsgoederen worden toegeschreven. De interne diensten van de

¹³ Destijds opgenomen in artikel 3 lid 3 onderdeel b Wet op de omzetbelasting 1968.

¹⁴ Deze omschrijving is ontleend aan de toelichting op het ontwerp van de Zesde richtlijn VN 15 september 1973, nr. 18A.

¹⁵ Ervan uitgaande dat de BV economische activiteiten verricht, hetgeen voor de hand ligt bij een vastgoedvennootschap.

¹⁶ Consultatie van 18 mei 2017, wetsvoorstel Uitbreiding btw-herzieningsregels voor kostbare diensten

ontwikkelaar zouden als onderdeel van de totstandbrenging van een investeringsgoed als zodanig aangemerkt kunnen worden.

- 2.4 Ook menen wij dat het toepassen van de systematiek van artikel 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer zou moeten worden onderzocht, waardoor de waarde van het vastgoed (grondslag van de verkrijging) wordt verminderd met het bedrag waarover omzetbelasting in rekening is gebracht die op grond van artikel 15 van de Wet op de omzetbelasting 1968 niet in aftrek mocht worden gebracht, ongeacht het moment waarop de kosten gemaakt zijn. Hierdoor zou effectief in alle gevallen (dus ongeacht of sprake is van 1 prestatie voor de omzetbelasting, dan wel meerdere) enkel de waarde van het vastgoed voor zover daarover geen omzetbelasting in rekening is gebracht in de heffing van overdrachtsbelasting worden betrokken. Wij menen dat dit goed past in wat het wetsvoorstel beoogt op te lossen, namelijk het niet heffen van belasting over kosten en/of marge waarop niet reeds (omzet)belasting heeft gedrukt, dat is immers het werkelijk verschil in belastingdruk tussen de twee transactievormen (afgezien van de vennootschapsbelasting implicaties).
- 2.5 Tot slot geven wij in overweging om de voorgestelde beperking van de toepassing van artikel 15, lid 1 letter a van de Wet op belastingen van rechtsverkeer te beperken tot vennootschappen die (nagenoeg) geen recht hebben op aftrek van omzetbelasting op de voet van artikel 15 van de Wet op de omzetbelasting 1968.¹⁷ In de gevallen waarin de vennootschap recht heeft op aftrek van omzetbelasting blijft dan de mogelijkheid open om met deze transactievorm te werken vanwege alle andere motieven die aan de keuze voor deze transactievorm ten grondslag kunnen liggen.

¹⁷ Vergelijk ook artikel 15, lid 4 Wet op de belastingen van rechtsverkeer en het slot van artikel 15, lid 1 letter a van de Wet op belastingen van rechtsverkeer.