

Reactie Internetconsultatie Wetsvoorstel vastgoedaandelentransacties

Van E.W.E.M. Cox
Datum 24 maart 2023

CMS Derks Star Busmann N.V.
Atrium | Parnassusweg 737
NL-1077 DG Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Het huidige artikel 15-1-a van de Wet op belastingen van rechtsverkeer ("**WBR**") voorziet in een vrijstelling van overdrachtsbelasting ter zake van de verkrijging van een onroerende zaak krachtens een levering als bedoeld in artikel 11-1-a-1 van de Wet op de omzetbelasting 1968 ("**Wet OB**") ter zake waarvan omzetbelasting is verschuldigd. Het betreft de levering van een bouwterrein in de zin van artikel 11-6 Wet OB of een nieuw vervaardigd gebouw en de daarbij behorende grond door een als zodanig handelend btw-ondernemer. Voor de toepassing van de vrijstelling van overdrachtsbelasting geldt als voorwaarde dat (a) de zaak niet als bedrijfsmiddel is gebruikt, of (b) – als de zaak wel als bedrijfsmiddel is gebruikt – de verkrijger de verschuldigde omzetbelasting in het geheel niet in aftrek kan brengen.

Zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis¹ is deze regeling om twee redenen getroffen:

1. om cumulatie van de omzetbelasting en overdrachtsbelasting te voorkomen in het geval het gaat om de verkrijgingen van onroerende zaken die als bedrijfsmiddel zijn gebruikt en waarbij de verkrijger de omzetbelasting in het geheel niet in aftrek kan brengen;
2. om van overdrachtsbelasting vrij te stellen verkrijgingen van 'nieuwbouw', dat wil zeggen nieuwe nog ongebruikte onroerende zaken die zich bevinden in de bouw- en handelsfase en waarvan de levering belast is met omzetbelasting, waarbij niet van belang is of de verkrijger de omzetbelasting al dan niet geheel of gedeeltelijk in aftrek kan brengen.

De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 23 februari 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AU8559) en 10 juni 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ7580) overwogen dat de verkrijging van aandelen in onroerende zaakrechtspersonen ("**ozr**") in de zin van artikel 4 WBR moet worden belast als werden de betrokken onroerende zaken zelf verkregen. De wetsfictie van artikel 4 WBR heeft, aldus de Hoge Raad, geen verdere strekking dan te voorkomen dat door middel van het tussenschuiven van rechtspersonen de heffing van overdrachtsbelasting wordt ontgaan. Met deze wetsfictie is niet beoogd de verkrijging van aandelen in een ozr onder de heffing van overdrachtsbelasting te brengen voor zover de verkrijging van een onroerende zaak die door die rechtspersoon wordt gehouden, zelf buiten de heffing van overdrachtsbelasting zou blijven vanwege de toepassing van – in dit geval – artikel 15-1-a WBR.

De voorgestelde wijziging van artikel 15-1-a WBR druist in tegen de achtergrond van de vrijstellingsbepaling. Immers, er zal na de wetsaanpassing cumulatie (kunnen) optreden, met name wanneer de onroerende zaken btw-vrijgesteld worden aangewend (zoals verhuurwoningen en zorgvastgoed). Bovendien ontstaat ongelijke behandeling van directe levering van vastgoed enerzijds en aandelentransacties anderzijds, zulks terwijl de overdrachtsbelasting rechtsvormneutraal zou moeten zijn. Deze ongelijke behandeling is het sterkst voelbaar wanneer het (deels) btw-belast gebruikt vastgoed betreft en een aandelentransactie hoogstwaarschijnlijk niet is gericht op het ontgaan van omzetbelastingheffing.

¹ Kamerstukken II 1967/68, 9324, nr. 3, pg. 23 en 33, Kamerstukken II 1969/1970, 10 560, nr. 3, pg. 27, Kamerstukken II 1994/95, 24 172, pg. 3, blz. 19, en nr. 5, pg. 18, 25-26

Wetsvoorstel schiet doel voorbij

Volgens de toelichting heeft het wetsvoorstel tot doel om het ontgaan van omzetbelastingheffing door middel van aandelentransacties met betrekking tot btw-vrijgesteld gebruikt vastgoed tegen te gaan. Dit is een politieke keuze, die in de huidige fiscale tijdsgeest past. Afgevraagd moet evenwel worden of het kabinet niet beoogt te zwaar geschut in stelling te brengen.

Op de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het omzetbelastingvoordeel in geval van een aandelentransactie niet gelijk is aan 21% van de koopsom c.q. de marktwaarde van het vastgoed; zelfs niet indien de koper in het geheel geen recht heeft op aftrek van de omzetbelasting die in geval van een activatransactie verschuldigd zou zijn. De praktijk leert dat de externe, btw-belaste kosten ter zake de vervaardiging van een nieuw gebouw over het algemeen ca. 70-75% van de koopsom/marktwaarde van de nieuwbouw (exclusief belasting) bedragen. Wanneer de oZR het vastgoed btw-vrijgesteld aanwendt, betekent dit dat de oZR de btw op zulke kosten niet in aftrek kan brengen. Met andere woorden, de oZR zelf kent een btw-druk van al gauw 14,7-15,75% (70-75% van 21%). Als de oZR de grond (doorgaans 10-15% van de koopsom/marktwaarde nieuwbouw) heeft verworven in de btw-sfeer, komt daar 2,1-3,15% fiscale druk op. Heeft de oZR de ondergrond verworven met overdrachtsbelasting, dan spreken we over 1,04-1,56%. Daarenboven kan de verkoper de btw op de verkoopkosten (1-2% van de koopsom/marktwaarde) niet in aftrek brengen. Kortom, in geval van een aandelentransactie bedraagt de totale fiscale druk (omzetbelasting en overdrachtsbelasting) in de huidige situatie, die het kabinet wenst te bestrijden, al gauw 16-19% van de koopsom/marktwaarde van de nieuwbouw.

De kostprijs voor de voortbrenging van een nieuw gebouw bestaat voorts uit kosten waarop in beginsel geen btw drukt, zoals leges en financieringskosten. In geval van een rechtstreekse levering bestaat de mogelijkheid dat de koper deze kosten zelf aangaat, zodat zulke kostencomponenten nimmer in de heffing van omzetbelasting en/of overdrachtsbelasting worden betrokken. In zoverre wordt geen (additioneel) belastingvoordeel behaald met een aandelentransactie.

In vergelijking met een rechtstreekse levering van onroerende zaken wordt met een aandelentransactie aldus enkel omzetbelastingheffing voorkomen over de winstmarge van de verkoper (doorgaans 6-10% van de koopsom/marktwaarde nieuwbouw exclusief belastingen).

Indien aandelentransacties ten aanzien van bv. nieuwbouw verhuurwoningen en zorgvastgoed worden belast met 10,4% overdrachtsbelasting, betekent zulks een totale fiscale druk van ca. 26,5-30%. Dit is aanzienlijk hoger dan bij de directe levering van onroerende zaken. Zulke additionele fiscale druk kan naar verwachting enkel worden gecompenseerd door – voor zover mogelijk – hogere huurprijzen te rekenen (met als gevolg dat wonen wederom duurder wordt voor de particuliere huurders) en/of de bouwkosten te drukken (met een negatieve impact op de kwaliteit van de verhuurwoningen / het zorgvastgoed). Wanneer compensatie niet of onvoldoende mogelijk (b)lijkt, bestaat het risico dat een project in zijn geheel geen doorgang vindt (met als resultaat dat de grote vraag aan woningen en zorgvastgoed alsnog niet of minder wordt ingevuld). Met een winstmarge van in totaal 6-10% over een beloop van meerdere jaren en gelet op de huidige rentestanden, kan simpelweg niet verwacht worden dat de projectontwikkelaar financieel de ruimte heeft om de verkoopprijs naar beneden bij te stellen.

Kortom, de voorgestelde wetswijziging schiet zijn doel voorbij. De additionele overdrachtsbelastingheffing bedraagt een veelvoud van de gemiste omzetbelasting. Willen negatieve effecten van deze voorgenomen fiscale maatregel worden beperkt of voorkomen, dan verdient het sterk de voorkeur dat hooguit wordt 'bijgeheven' tot het niveau van de omzetbelastingdruk die in een specifiek

geval zou optreden bij een directe levering van nieuwbouw vastgoed. Het is evenwel de vraag of het überhaupt politiek wenselijk is om – tegen de achtergrond van de wooncrisis, stijgende bouwkosten als gevolg van onder meer de oorlog in Oekraïne en de verduurzamingsopgave – vastgoedtransacties ten aanzien van met name verhuurwoningen en zorgvastgoed hoger te belasten dan in de huidige situatie. Het geniet wellicht de voorkeur dat het fiscale voordeel dat kan worden bereikt met een aandelentransactie (effectief gelijk aan een bedrag van 21% van de winst ad 6-10% van de koopsom, oftewel 1,26-2,1%) wordt aangewend om huurprijzen weer iets betaalbaarder te houden en/of te investeren in duurzaamheidsmaatregelen.

Wanneer de wetgever toch ervoor zou kiezen om een wetsaanpassing door te voeren om een mogelijk omzetbelastingvoordeel te beperken of voorkomen, geniet het sterk de voorkeur dat niet de WBR maar de Wet OB wordt aangepast – en wel door herinvoering van de integratieheffing (zoals voorheen opgenomen in artikel 3-3-b Wet OB), doch enkel ten aanzien van "*het door een ondernemer voor bedrijfsdoeleinden bestemmen van in het eigen bedrijf vervaardigde onroerende zaken en rechten waaraan deze zijn onderworpen in de gevallen waarin, indien de zaken of rechten van een ondernemer zouden zijn betrokken, hij geen recht zou hebben op volledige of nagenoeg volledige aftrek van de op die zaken of rechten drukkende belasting"* (onderstreepte tekst wijkt af van de tekst van artikel 3-3-b Wet OB zoals die luidde tot 1 januari 2013, zulks om de werking van de integratieheffing te beperken tot de beoogde gevallen). Met een gedeeltelijke herinvoering van de integratieheffing kan juist op doelmatige en doeltreffende wijze worden bereikt dat eenzelfde omzetbelastingdruk ontstaat als bij de turnkey verkrijging van een nieuwbouwobject.

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat de integratieheffing destijds (onder meer) is afgeschaft omdat deze heffing ontwikkelaars ervan weerhield om niet-woningen te transformeren naar woningen. Zulks speelt alleen wanneer een dergelijke transformatie zou leiden tot de voortbrenging van een nieuw vervaardigd goed (artikel 11-5-b Wet OB). Gelet op de uitspraken van de Hoge Raad van 4 november 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1577) en 11 november 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1609), kunnen enkel wijzigingen in de bouwkundige constructie, daaronder begrepen vervanging (van een deel) van de bestaande bouwkundige constructie, de conclusie rechtvaardigen dat een verbouwing zo ingrijpend is geweest dat daardoor een vervaardigd goed is voortgebracht. De praktijk leert dat in geval van de transformatie van bijvoorbeeld een oud kantoorgebouw naar verhuurwoningen de dragende constructie veelal volledig in stand blijft en juist niet wordt gewijzigd. Met andere woorden, slechts in uitzonderlijke gevallen zou een herinvoering van de integratieheffing een fiscaal nadelige impact kunnen hebben op transformatieprojecten. Voorts klopt het weliswaar dat een integratieheffing tot effect heeft dat bij de eerste btw-vrijgestelde ingebruikneming door de o.z. omzetbelastingheffing plaatsvindt over de totale aankoop-/kostprijs, doch daar staat tegenover dat de o.z. gedurende de bouw recht heeft op aftrek van de omzetbelasting op kosten en dat deze heffing per saldo beperkt is in vergelijking met de situatie dat de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting niet langer van toepassing is op aandelentransacties. In zoverre valt niet te verwachten dat een ingebruikneming van het vastgoed door de o.z. (in afwachting van de verkoop) wordt uitgesteld. Tot slot is moeilijk voorstelbaar dat de voorkoming van mogelijke discussies met belastingplichtigen over de heffingsgrondslag bij een integratieheffing opweegt tegen de additionele belastingdruk in geval van aanpassing van de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting en daarmee de negatieve impact op de realisatie van nieuwbouw verhuurwoningen en zorgvastgoed.

Beperking impact wetsvoorstel, bewijsvermoeden en tegenbewijsregeling

Wanneer de aanpassing van de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting niet wordt heroverwogen, verdient het sterk de aanbeveling dat de impact van het wetsvoorstel drastisch wordt beperkt.

De keuze voor een aandelentransactie hoeft niet fiscaal te zijn ingegeven. Er kan bijvoorbeeld worden gekozen voor een aandelentransactie omdat op het niveau van de oorzakelijke contracten, aanspraken en verplichtingen ten aanzien van het vastgoed bestaan, die niet afzonderlijk hoeven worden overgedragen / gecedeerd in het geval van een aandelentransactie. Bij een levering van het vastgoed zelf zullen bepaalde aanspraken en contracten wel separaat moeten worden overgedragen / gecedeerd, in sommige gevallen zelfs met instemming van de wederpartij. Dit is onnodig complex en kan leiden tot vertraging en extra kosten. In bepaalde gevallen zal het bovendien uiterst moeilijk of niet mogelijk zijn om een overeenkomst / aanspraak op de koper te doen overgaan, bijvoorbeeld een hypothecaire geldlening of fiscale investeringsaftrek (EIA/MIA). Een aandelentransactie kan om die reden de voorkeur genieten. Het kan ook zijn dat een verkrijger niet alle aandelen in de oorzakelijke verwerft, maar wel een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4-3 WBR. In zulke gevallen zijn zakelijke (niet-fiscale) redenen denkbaar waarom de verkrijger niet direct mede-eigenaar moet worden van de onroerende zaak, maar medeaandeelhouder in de oorzakelijke; bijvoorbeeld omdat aandelen makkelijker verhandelbaar zijn dan mede-eigendom van een onroerende zaak. Tot slot moet worden gedacht aan de situatie dat de bezittingen van de oorzakelijke niet bestaan uit een enkele onroerende zaak, maar uit een volledige portefeuille (misschien zelfs met vastgoed in derde landen, zij het minder dan 70%). In zulke gevallen kan de wens, noodzaak of verplichting bestaan de portefeuille in stand te houden en het vastgoed niet afzonderlijk te verkopen.

Met name wanneer de onroerende zaken die worden gehouden door de oorzakelijke btw-belast wordt aangewend, mag worden aangenomen dat de keuze voor een aandelentransactie niet is ingegeven om heffing van omzetbelasting te voorkomen of beperken. Immers, bij de directe levering van het vastgoed zou weliswaar omzetbelasting zijn verschuldigd, maar zou de verkrijger de verschuldigde omzetbelasting in aftrek kunnen brengen (per saldo geen omzetbelastingdruk). Als ten aanzien van dergelijke *asset types* wel overdrachtsbelasting zou worden geheven bij een aandelendeal, leidt dit ontegenzeggelijk tot een 'overkill'.

Gelet op het vorenstaande verdient het aanbeveling om sub 2 van het voorgestelde artikel 15-1-a WBR aan te vullen, zodanig dat de verkrijging van aandelen enkel in de heffing van overdrachtsbelasting wordt betrokken indien de keuze voor een aandelentransactie in overwegende mate is gericht op het ontgaan van omzetbelastingheffing. Wanneer de betreffende oorzakelijke gerechtigd is tot 90% of meer btw-aftrekrecht op de voet van artikel 15 Wet OB, zou als bewijsvermoeden kunnen gelden dat de aandelentransactie niet in overwegende mate is gericht op voorkoming van omzetbelastingheffing. Immers, zoals gezegd is een aandelentransactie onder het voorgestelde artikel 15-1-a WBR juist fiscaal nadeliger ter zake van de overdracht van btw-belast gebruikt vastgoed, zodat mag worden aangenomen dat de keuze voor een aandelentransactie om andere (niet-fiscale) redenen is ingegeven. Maar ook ten aanzien van (deels) btw-vrijgesteld verhuurde objecten, zouden belastingplichtigen in de gelegenheid moeten worden gesteld om aannemelijk te maken dat de keuze voor een aandelentransactie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan van omzetbelastingheffing. Voor hen zou alsdan een tegenbewijsregeling kunnen worden geïntroduceerd (vgl. artikel 5c Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer).

Artikel 37d Wet OB

De toepassing van artikel 37d Wet OB ten aanzien van de overdracht van een verhuurd nieuwbouw woon-/zorgcomplex door een projectontwikkelaar aan een woningcorporatie of belegger leidt tot een vergelijkbare fiscale druk als bij de voorkoop van een dergelijk complex middels een aandelentransactie. Gelet op de uitspraken van Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 mei 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:4042 en ECLI:NL:GHARL:2022:4044) en de beschikking van het Hof van Justitie EU in de zaak "W" (ECLI:EU:C:2023:74), moet ermee rekening worden gehouden dat de overdracht van verhuurd vastgoed onder het bereik het algemeenheidsregime van artikel 37d Wet OB valt, ongeacht of de verkoper het vastgoed als voorraad of als belegging aanhield.

Anders dan bij aandelentransacties (waarvoor in sommige gevallen bewust is gekozen; zij het niet per definitie om omzetbelasting te besparen), is de toepassing van artikel 37d Wet OB nadrukkelijk nimmer de keuze van de betrokken belastingplichtigen. Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, is artikel 37d Wet OB van rechtswege van toepassing. Hooguit zou de toepassing kunnen worden voorkomen, door het vastgoed als ontwikkelaar niet voorafgaand aan de verkoop in verhuur te nemen. Echter, een dergelijk uitstel is niet wenselijk gelet op de grote vraag naar woonruimte en zorgvastgoed.

Toch valt te verwachten dat – vanwege het vergelijkbare fiscale resultaat – de besluitgever de goedkeuring opgenomen in onderdeel 2.2.2 van het besluit van 16 maart 2017, nr. 2017-51500 (het "**samenloopbesluit**"), zal intrekken of beperken. Zulks is niet wenselijk om de redenen hiervoor aangehaald, namelijk omdat een beperking van de toepassing van de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting:

- a. leidt tot additionele fiscale druk (en wel een veelvoud van de thans 'gemiste' omzetbelasting), welke druk naar verwachting zal worden afgewenteld op de huurder en/of zal leiden tot een slechtere kwaliteit;
- b. onnodig en onbedoeld tot effect heeft dat transacties ten aanzien van (nagenoeg) volledig btw-belast gebruikt vastgoed worden getroffen; en
- c. als ongewenst effect kan hebben dat de ingebruikneming van vastgoed wordt uitgesteld.

Overgangsmaatregel

Bouwprojecten kennen een lange doorlooptijd van meerdere jaren. Projecten die thans in uitvoering zijn kunnen zwaar geraakt worden door het wetsvoorstel, terwijl investeringsverplichtingen zijn aangegaan ruim voordat het wetsvoorstel bekend werd gemaakt. Partijen zullen in veel gevallen niet meer in staat zijn contracten en verplichtingen hierop aan te passen, met als gevolg dat projecten verlieslatend worden, dat een koper de additionele druk zal trachten compenseren met hogere prijzen, of zelfs dat lopende projecten tussentijds worden beëindigd.

Het verdient om die reden aanbeveling te voorzien in een overgangsregeling voor aandelentransacties, indien de ozr op of voor 27 februari 2023 investeringsverplichtingen is aangegaan ten aanzien van het vastgoed dat door of in opdracht van de ozr wordt ontwikkeld of indien op of voor 27 februari 2023 reeds een overeenkomst was gesloten ter zake de overdracht van aandelen in een ozr.

Conclusie en aanbevelingen

Het wetsvoorstel schiet zijn doel voorbij en zal in veel gevallen leiden tot excessieve belastingdruk, juist ook ten aanzien van gevallen waarin momenteel in het geheel geen belastingvoordeel wordt behaald met de keuze voor een aandelentransactie. Het voorstel kan de doelmatigheidstoets niet volstaan. Er wordt geenszins een gelijk spelveld gecreëerd tussen ondernemers en particuliere kopers, daar ondernemers zullen worden geconfronteerd met bovenmatige heffing. Voorts wordt de keuze tussen uitpanden (verkoop aan particuliere kopers) of verkoop aan een woningverhuurder meestal niet ingegeven door de markt of de fiscale druk, maar gedicteerd door het bestemmingsplan van de gemeente. Tot slot lijkt het kabinet te miskennen dat het overgrote merendeel van verhuurwoningen in eigendom is bij woningcorporaties en institutionele beleggers – en niet bij particuliere verhuurders. Ook de corporaties en institutionele beleggers, die sociale en middenhuur aanbieden, worden hard getroffen door het voorstel en geconfronteerd met extra belastingdruk.

Gelet op de opgaaf om betaalbare huurwoningen aan de voorraad toe te voegen, verdient het dan ook aanbeveling invoering van het wetsvoorstel te heroverwegen. Mocht het kabinet willen vasthouden aan een maatregel, dan lijkt gerichte herinvoering van de integratieheffing het enige haalbare alternatief. Daarmee wordt voorkomen dat transacties met commercieel vastgoed onnodig worden getroffen en/of excessieve belastingdruk ontstaat. Voorts voorkomt zulks complexe aanpassing van de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting in de WBR en het samenloopbesluit, welke aanpassingen – wanneer de samenloopvrijstelling wel zou worden beperkt ten aanzien van aandelentransacties – absoluut noodzakelijk zijn om ongewenste neveneffecten te voorkomen of beperken (namelijk in die gevallen waarin de keuze voor een aandelentransactie niet fiscaal is ingegeven). Tot slot zou een passende overgangsmaatregel moeten voorkomen dat lopende projecten verlieslatend worden.

* * * * *