

## Besparing BTW moet ook mogelijk zijn bij overdracht nieuw vastgoed

01-06-2011 11:33

Als belastingplichtige kun je soms een eigenwijze fiscus op je weg treffen. Zie het volgende, uit het leven gegrepen voorbeeld. Een projectontwikkelaar bouwt een kantoorpand, bestemd voor de markt, voor totaal € 40 miljoen. De ontwikkelaar sluit vervolgens een huurcontract met een btw-vrijgestelde huurder. Deze vrijgestelde verhuur triggert de integratieheffing waardoor de ontwikkelaar 19% btw over € 40 miljoen (€ 7,6 miljoen) moet afdragen aan de fiscus.

De verhuur heeft ook een positief gevolg: de marktwaarde van het pand stijgt van € 40 miljoen naar € 60 miljoen. Wanneer de ontwikkelaar het nieuwe pand vervolgens verkoopt aan een belegger is deze laatste in beginsel btw verschuldigd (19% van € 60 miljoen = € 11,4 miljoen). Vanwege de btw-belaste levering mag de ontwikkelaar alsnog de betaalde btw ad € 7,6 miljoen (deels) aftrekken. Vanwege de vrijgestelde verhuur kan de belegger de € 11,4 miljoen btw echter niet terugvragen. In de regel wordt met een vrijgestelde huurder afgesproken dat deze de verhuurder compenseert voor de btw-schade. De 'pijn' zit dan dus uiteindelijk bij de huurder. In eerste instantie voor € 7,6 miljoen, maar door de verkoop aan de belegger uiteindelijk voor € 11,4 miljoen. Gelukkig voor de huurder is daar nog artikel 37d in de wet. Toch?

Ondernemers die hun onderneming (of een zelfstandig gedeelte daarvan) overdragen aan een andere ondernemer, hoeven op grond van dit artikel geen btw over deze overdracht in rekening te brengen (een dergelijke overdracht wordt gezien als de overdracht van een 'going concern'). Voor onze huurder een alleraardigst artikel! De levering van de ontwikkelaar aan de belegger wordt immers geacht niet te hebben plaatsgevonden. En dat scheelt € 3,8 miljoen aan btw-schade, die dus ook niet gecompenseerd hoeft te worden. De HR heeft in 2008, in het licht van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (Zita Modes), geoordeeld dat ook de overdracht van een verhuurde onroerende zaak onder de reikwijdte van dit artikel valt. Belangrijke voorwaarde is het voortzettingsvereiste: volgens de Hoge Raad moet de onroerende zaak (het object) duurzaam worden geëxploiteerd. Het gaat er dus niet om wie (welk subject) de exploitatie van het object voortzet, maar dat de exploitatie van het object wordt voortgezet. Onze casus voldoet aan deze voorwaarde.

De fiscus wenst het evenwel anders te zien. Logisch, zij mist € 3,8 miljoen aan btw (de btw over de verkoopwinst van de projectontwikkelaar). De fiscus ziet ruimte in datzelfde voortzettingsvereiste: Daar de projectontwikkelaar niet het oogmerk zal hebben het verhuurde pand duurzaam te exploiteren, maar uitsluitend de onroerende zaak verhuurt om het als beleggingsobject te kunnen verkopen, is er geen sprake van duurzaam exploiteren door de projectontwikkelaar.

De fiscus haalt het subjectieve oogmerk van de verkoper erbij en gaat daarmee verder dan het Europese Hof van Justitie en de Hoge Raad. Deze zienswijze rijmt ook niet met een recente uitspraak van rechtbank Arnhem waarin zij artikel 37d nota bene van toepassing verklaarde op een ABCD transactie. B en C hadden uiteraard niet het oogmerk van duurzame exploitatie. De verhuur liep echter gewoon door, zodat vanuit het object gezien de exploitatie ervan werd voortgezet. De subjectieve bedoeling van de individuele partijen vond de rechtbank niet relevant.

Voor de belastingplichtige betekent een dergelijke patstelling: meegaan met de fiscus en betalen of voorleggen aan de rechter. Mij dunkt een interessante casus; niet alleen vanwege het grote financiële belang.

# VASTGOED JOURNAAL

Mocht de rechter hierin uiteindelijk uitspraak moeten doen dan verwacht ik de nodige aandacht hiervoor van het schrijversgilde. Hopelijk dus een "wordt vervolgd".

*Bart de Vries is belastingadviseur bij Rechstaete Vastgoedadvocaten & Belastingadviseurs.*