

32. Doorkijkers zijn doodkijkers

MR. E.W.E.M. COX

In de Voorjaarsnota 2023¹ kondigde de minister van Financiën aan dat het conceptwetsvoorstel vastgoedaandelentransacties² ingediend gaat worden. Per 2024 vervalt dan de samenloopvrijstelling voor de overdrachtsbelasting bij de verkrijging van aandelen in vastgoedrijke vennootschappen. Deze vrijstelling geldt momenteel bij de verkrijging van aandelen in een onroerende zaakrechtspersoon ('ozr'), indien en voor zover de bezittingen van die ozr bestaan uit een bouwterrein of nieuwbouw. Omdat een rechtstreekse verkrijging van dit type vastgoed is vrijgesteld van overdrachtsbelasting, geldt de samenloopvrijstelling ook bij indirecte verkrijging via ozr-aandelen. Dit besliste de Hoge Raad in de zogenoemde doorkijkarresten.³ Volgens het ministerie faciliteert deze doorkijkdoctrine onbedoeld gebruik en moet deze daarom vervallen.

De overdrachtsbelasting in grote lijnen

De heffing van overdrachtsbelasting is geregeld in de Wet op belastingen van rechtsverkeer ('WBRV'). Volgens die wet is onderworpen aan de heffing van overdrachtsbelasting 'de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen.' Dit belastbaar feit is op een tweetal punten uitgebreid. Op de eerste plaats wordt onder verkrijging mede begrepen de verkrijging van de economische eigendom. Daarnaast worden in art. 4 WBRV aandelen in een ozr bij wijze van wetsfictie als onroerende zaak aangemerkt. De verkrijging van de juridische en/of economische eigendom van zulke aandelen ('fictieve onroerende zaken') is dus ook belast met overdrachtsbelasting, doch alleen in geval van de verkrijging of uitbreiding van een aanmerkelijk belang.

Art. 4 WBRV is in 1995 ingevoerd om situaties tegen te gaan waarin overdrachtsbelastingheffing eenvoudig werd ontlopen door niet het vastgoed rechtstreeks over te dragen, maar door vastgoed onder te brengen in een rechtspersoon waarvan vervolgens alle aandelen werden vervreemd. De koper van de aandelen verkreeg de facto daarmee het achterliggende vastgoed.

Het eerste doorkijkarrest; de monumentenvrijstelling

De WBRV kent een aantal vrijstellingen van overdrachtsbelasting, waaronder – tot 1 januari 2010 – ter zake van de verkrijging van 'monumenten' door een monumentenrechtspersoon (het toenmalige art. 15 lid 1 sub p WBRV). Onder monumenten werd in dit verband verstaan onroerende zaken die in het Rijksmonumentenregister waren opgenomen. De vrijstelling zou enkel gelden bij de verkrijging van de 'stenen' (de onroerende zaak uit het monumentenregister). Aan de Hoge Raad werd echter een situatie voorgelegd waarin niet een monument, maar alle aandelen in een vennootschap met enkel dit monument waren verkregen. Aandelen zijn geen monumenten, dus de vrijstelling leek niet van toepassing. De Hoge Raad besliste evenwel anders.

Volgens de Hoge Raad was het regime van art. 4 WBRV nooit bedoeld om belasting te heffen over een indirecte verkrijging van een onroerende zaak, wanneer de rechtstreekse verkrijging van de onroerende zaak vrijgesteld was. De Hoge Raad zag dan ook ruimte voor een doorkijkbenadering; voor toepassing van de vrijstelling moest door het overgedragen lichaam heen worden gekeken. De verkrijging van de aandelen werd aldus gelijkgesteld met de verkrijging van het monument zelf en was eveneens vrijgesteld. Een indirecte verkrijging was vrijgesteld als een directe verkrijging vrijgesteld zou zijn.

Ook doorkijken bij de samenloopvrijstelling

Hiermee was het doorkijken van de Hoge Raad nog niet afgelopen. In 2011 hanteerde de Hoge Raad de doorkijkbenadering namelijk ook bij toepassing van de samenloop-

1 *Kamerstukken II 2022/23*, 35360, nr. 1.

2 Het oorspronkelijke voorstel voor een wettekst, voorstel voor een (memorie van) toelichting en het integraal afwegingskader (IAK) zijn te vinden op de overheidssite voor internetconsultaties (<https://www.internetconsultatie.nl/vastgoedaandelentransacties/b1>).

3 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559, HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580, en HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, *NTRF* 2018/2774.

vrijstelling van art. 15 lid 1 sub a WBRV. Deze vrijstelling geldt – onder voorwaarden (!) – bij een met omzetbelasting belaste levering van een bouwterrein of nieuw gebouw. De samenloopvrijstelling voorkomt in dergelijke situaties, de naam zegt het al, samenloop van btw en overdrachtsbelasting.

In de aan de Hoge Raad voorgelegde casus ging het om de levering van alle aandelen in een entiteit, waarvan de bezittingen bestonden uit percelen grond die voor de omzetbelasting als bouwterrein konden worden aangemerkt. In geval van een activatransactie zou de levering van de bouwterreinen btw-belast zijn geweest. De levering van aandelen is evenwel vrijgesteld van omzetbelasting. De wettekst biedt dan geen ruimte om de samenloopvrijstelling toe te passen. In een arrest uit 1982⁴ had de Hoge Raad nog bevestigd dat het enkele feit dat bij levering van aandelen geen omzetbelasting is verschuldigd in de weg stond aan toepassing van de samenloopvrijstelling; er was immers geen sprake van cumulatie (=samenloop). In 2011 ging de Hoge Raad echter ‘om’. In het verlengde van de eerdere doorkijkbenadering bij toepassing van de monumentenvrijstelling oordeelde de Hoge Raad nu dat de samenloopvrijstelling juist wél van toepassing was bij een indirecte (via aandelen) verkrijging van bouwterreinen.

Financiën

De doorkijkbenadering van de Hoge Raad werd door de praktijk omarmd. Ook de staatssecretaris van Financiën berustte in de toepassing. Sterker nog, in een nieuw Samenloopbesluit (2017)⁵ schrijft de staatssecretaris zelfs dat *‘de samenloopvrijstelling ook bij de verkrijging van aandelen in een onroerendezaakrechtspersoon [kan] worden toegepast, voor zover de bezittingen bestaan uit gebruikte onroerende zaken waarop bij een rechtstreekse verkrijging artikel 15, zesde (en zevende) lid, van de WBR toepasbaar zou zijn.’*

Nu, amper zes jaren later, verandert Financiën van koers. De doorkijkbenadering opent besparingsmogelijkheden voor partijen met een beperkt btw-aftrekrecht. Door in voorkomend geval niet de stenen, maar juist aandelen over te dragen, kan btw-heffing worden beperkt terwijl ook nog een vrijstelling van overdrachtsbelasting geldt. In het consultatiedocument wordt een dergelijke opzet aangemerkt als een ongewenste, belastingbesparende structuur die bestreden moet worden met een wetswijziging.

Academische kantnoot

Het heffingslek dat het kabinet thans constateert vloeit niet voort uit de wettekst van de WBRV. Immers, op grond van de letterlijke wettekst kan bij aandelentransacties nimmer een beroep worden gedaan op de samenloopvrijstelling, aangezien nooit sprake is van een verkrijging krachtens een btw-belaste levering of dienst. De levering van aandelen is

immers niet onderworpen aan de btw-heffing. Het kabinet komt dan ook met een tekstvoorstel voor art. 15 lid 1 sub a WBRV dat innerlijk tegenstrijdig lijkt: de aandelenverkrijging wordt wettelijk uitgezonderd van de vrijstelling, terwijl op grond van de huidige wettekst überhaupt al geen aanspraak op de vrijstelling bestaat.

Daarnaast de volgende kanttekening. Met het wetsvoorstel wordt beoogd belastingbesparing tegen te gaan. Het gaat dan echter niet om een besparing van overdrachtsbelasting, maar om een besparing van btw. Het is bijzonder dat het kabinet kiest voor een wijziging in de WBRV om een btw-besparing te voorkomen. Zulks terwijl het wetsvoorstel verstrekkende gevolgen heeft, ook voor situaties waarin zich geen btw-besparing voordoet (omdat het onderliggende vastgoed volledig btw-belast wordt gebruikt). In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt in dit kader al opgemerkt dat het voorstel (mede) tot doel heeft de ongelijkheid tussen activa- en aandelentransacties weg te nemen, maar dat de maatregel geen volledig gelijk speelveld creëert tussen nieuwe onroerende zaken die via aandelen worden geleverd en nieuwe onroerende zaken die direct worden geleverd. De vraag is waarom het ministerie er dan toch voor kiest om alle vastgoedaandelentransacties in de heffing van overdrachtsbelasting te betrekken en het vermeende heffingslek niet in de Wet op de omzetbelasting 1968 (‘Wet OB’) te dichten. Aandelentransacties zullen na de wetswijziging namelijk zwaarder worden belast in de overdrachtsbelasting, terwijl dat – gelet op de wetshistorie – nooit de bedoeling was bij de invoering van art. 4 WBRV. Het huidige wetsvoorstel kan dan ook rekenen op het nodige commentaar.

Commentaar

De vijftientwintig openbare reacties op het wetsvoorstel zijn – op z’n zachtst gezegd – niet mild. Hoogstwaarschijnlijk om die reden heeft het ministerie de respondenten op 12 april uitgenodigd voor een gezamenlijke gespreksronde om de commentaren mondeling toe te lichten.

Tijdens deze bijeenkomst stelde het ministerie de vraag waarom, als een aandelentransactie fiscaal duurder wordt, belastingplichtigen niet simpelweg kiezen voor een activatransactie. Saillant detail is dat het ministerie er zelf kennelijk al van uitgaat dat partijen nog altijd voor een aandelendeal (moeten) kiezen, nu zij de opbrengst van de maatregel op € 155 miljoen aan extra *overdrachtsbelasting* heeft geraamd. Ook vanuit de zaal kwam flink protest: de keuze voor een activatransactie blijkt in veel gevallen juist onmogelijk. De oorzaken kan namelijk contracten hebben gesloten met derde partijen, die niet overdraagbaar zijn. Denk aan een anterieure overeenkomst met de gemeente. Als de koper opnieuw naar de gemeente moet, zal dat leiden tot ongewenste vertraging en wellicht additionele vereisten. Ook andere contracten en aanspraken kunnen uiterst moeilijk of überhaupt niet worden gecedeerd, zoals een hypothecaire geldlening of een fiscale investeringsaftrek. Daarnaast kan gedacht worden aan situaties waarin een

⁴ HR 13 januari 1982, nr. 20875, *BNB* 1982/74.

⁵ Besluit van 17 maart 2017, nr. 2017-51500, *Stcrt.* 2017, 16579, onderdeel 2.2.7.

verkrijger medeaandeelhouder in een ozz wil worden of het Nederlandse vastgoed onderdeel is van een grotere portefeuille. Een activatransactie leidt dan tot een veelheid aan afzonderlijke overdrachtshandelingen, meer complexiteit en wellicht hogere kosten.

Kortom, in veel gevallen kan een aandelentransactie om niet-fiscale redenen sterk de voorkeur genieten en soms zelfs de enige reële mogelijkheid zijn. Met name wanneer het betrokken vastgoed btw-belast gebruikt wordt, een hard gelach. De aandelentransactie wordt dan 10,4% duurder, terwijl er zich geen btw-besparing voordoet. Het is dan ook de vraag waarom dit type vastgoed door de maatregel moet worden geraakt.

Maar ook transacties ten aanzien van btw-vrijgesteld gebruikt vastgoed, zoals verhuurwoningen en zorgvastgoed, worden extra hard geraakt. Immers, op het niveau van de ozz zullen externe kosten met btw worden gemaakt ter zake van de realisatie van de nieuwbouw, welke btw niet in aftrek kan worden gebracht. Het betreft materiaalkosten en de kosten van de (onder)aannemer, architect, installateur, adviseur, makelaar, etc. Als deze kosten meer dan 50,5% van de koopprijs van de onroerende zaak bedragen, zal een aandelentransactie *overall* duurder zijn dan een activaoverdracht. In de praktijk is alleen geen btw verschuldigd over financieringskosten, leges en ontwikkelwinst en – als deze in de ovb-sfeer is verworven – over de grond. Uit de reacties op het wetsvoorstel kan worden afgeleid dat de winst doorgaans 6-10% van de koopprijs bedraagt en de btw-vrije componenten (exclusief grond) tezamen niet meer dan 15%. Dit betekent dat op een bedrag gelijk aan ten minste 85% van de koopprijs reeds btw drukt (= 17,85%) en de btw-besparing die op dit moment zou kunnen worden gerealiseerd dus niet veel meer dan 3% bedraagt. Na invoering van het wetsvoorstel stijgt de totale fiscale druk bij een aandelendeal tot 30%.

De aandelentransactie wordt door het wetsvoorstel in veruit de meeste gevallen duurder dan een activatransactie. De vraag komt op waarom een eventueel btw-lek dan ook niet wordt gerepareerd in de Wet OB, bijvoorbeeld door een gedeeltelijk herinvoering van de integratieheffing. Juist met een integratielevering, doch enkel ten aanzien van nieuw vervaardigde onroerende zaken, kan worden bereikt dat btw wordt verschuldigd over financieringskosten, leges en grond (als die zonder btw is verworven) en naar mijn mening juist een gelijk spelveld wordt gecreëerd tussen activa- en aandelentransacties. Een sluitende onderbouwing waarom deze optie minder doelmatig en doeltreffend is, ontbreekt in de toelichting op het wetsvoorstel.

Tot slot de vraag in hoeverre sprake is van een ongelijk spelveld en of de timing van het wetsvoorstel niet ongelukkig is. Tijdens de gespreksronde kwam aan de orde dat het met name woningcorporaties en fiscale beleggingsinstellingen ('fbi's') zijn die geen aandelen kunnen of willen kopen. Met de voorgenomen afschaffing van de vastgoed-fbi per 2025, zal dit bezwaar ten aanzien van de betreffende insti-

tutionele beleggers niet meer spelen. We kijken dan enkel nog naar de corporaties, die over het algemeen een ander product kopen dan de buitenlandse investeerders die voor een aandelendeal (willen kunnen) kiezen. De ongelijkheid lijkt in zoverre beperkt, terwijl alle transacties geraakt worden met extra heffing. Gelet op de woningbouwopgave, afgezet tegen stijgende bouwkosten en rente, lijkt een extra fiscale heffing slecht getimed. Winsten staan al onder druk en additionele ovb-druk kan woningbouwprojecten de das omdoen.

Conclusies en aanbevelingen

De tendens van alle reacties – online en tijdens de gespreksronde – was dat het wetsvoorstel haar doel voorbij lijkt te schieten en de vastgoedmarkt onnodig hard te raken, hetgeen noopt tot de volgende aanbevelingen (van meest naar minst favoriet):

1. algehele heroverweging van het wetsvoorstel, opdat de 3% btw-besparing kan worden ingezet om de huurprijzen weer iets betaalbaarder te houden en/of te investeren in duurzaamheidsmaatregelen;
2. gedeeltelijke herinvoering btw-integratielevering 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'*;
3. beperking reikwijdte van het wetsvoorstel, zodanig dat de verkrijging van aandelen enkel in de ovb-heffing wordt betrokken indien de keuze voor een aandelentransactie in overwegende mate is gericht op het voorkomen of beperken van btw-heffing. Wanneer de ozz een aftrekrecht van 90% of meer geniet, zou als bewijsvermoeden kunnen gelden dat de aandelentransactie niet in overwegende mate op btw-besparing is gericht. Voor overige situaties dient een tegenbewijsregeling te worden geïntroduceerd;
4. matiging van het ovb-tarief ten aanzien van de betreffende aandelentransacties tot 3%.

In ieder geval verdient het aanbeveling om – ter voorkoming van cumulatie – de ovb-heffingsmaatstaf bij aandelentransacties te verminderen met de niet-aftrekbare btw op het niveau van de ozz en de eventuele overdrachtsbelasting die de ozz heeft voldaan ter zake van de verkrijging van de grond/oudbouw. Voorts mist het wetsvoorstel een overgangsregeling, die noodzakelijk is om te voorkomen dat lopende projecten (waarbij verplichtingen zijn aangegaan vóór 27 februari 2023) verlieslatend worden. Gelet op een doorlooptijd van al gauw drie jaren, zou het praktisch het eenvoudigst zijn om de invoering op te schorten tot 1 januari 2026. Het ligt namelijk niet in lijn der verwachtingen dat projecten die nu worden opgestart nog voor die datum worden gerealiseerd. Met een opschorting wordt voorko-

men dat ten aanzien van iedere overdracht vanaf 1 januari 2024 moet worden beoordeeld of al verplichtingen waren aangegaan vóór 27 februari 2023; dit hoeft dan alleen voor aandelenverkrijgingen vanaf 2026.

Voorjaarsnota

Uit de Voorjaarsnota blijkt dat het wetsvoorstel zal worden doorgezet en meeloopt in het Belastingplan 2024. Naar aanleiding van de internetconsultatie wordt gewerkt aan een aangepast voorstel met overgangsrecht om de overmaat van het voorstel te beperken. De wetswijziging zal naar verwachting met ingang van 1 januari 2024 in werking treden. Een uitgestelde inwerkingtredingsdatum zou ook

een alternatief kunnen bieden voor soms in de uitvoering complex gebleken overgangsrecht.

Ik blijf de ontwikkelingen met belangstelling volgen en hoop – wellicht tegen beter weten in – dat het daadwerkelijke voorstel toch meer nuancering kent dan de enkele introductie van een overgangsregeling.

Over de auteur



Mr. E.W.E.M. Cox

Vastgoedfiscalist en counsel bij CMS.