

De veilingregeling in de vastgoedpraktijk

Wet OB 1968

Afgelopen jaren is de veilingpraktijk door de slechte economie sterk gegroeid. Sinds de publicatie van het 'Vastgoed Verzamelbesluit'¹, is de btw-veilingregeling weer een fiscaal item geworden dat grote invloed heeft op de eigen btw-aangifte van de veilende notaris.



mr. J.P. van Zanten

1. DE BTW-VEILINGREGELING

Als gevolg van de economische tegenspoed vinden steeds meer gedwongen veilingen van vastgoed² plaats (zowel binnen als buiten faillissement). In de meeste gevallen betreft het de openbare executoriale veiling van een onroerende zaak door de hypotheekhouder (veelal een bank) die gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot parate executie wanneer een hypotheekgever in verzuim is.

Op grond van art. 3, lid 1, sub a, Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB) is de overdracht of overgang van de macht om als eigenaar over een goed te beschikken de levering van een goed. Volgens art. 3, lid 5, Wet OB worden goederen die over de veiling verhandeld worden, echter geacht *aan* en vervolgens *door* de houder van de veiling te zijn geleverd.⁴ Afhankelijk van diverse factoren is deze veilingregeling van toepassing. De notaris treedt dan op als veilinghouder. Zoals uit dit artikel zal blijken, is het voor de notaris van groot belang om kennis te hebben van deze regeling.

Hierna zal eerst de achtergrond van deze bepaling behandeld worden. Daarna wordt het toepassingsbereik en de bijbehorende terminologie toegelicht. Vervolgens zullen de gevolgen van de veilingregeling, zoals de btw-verleggingsregeling en het aftrekrecht van de notaris in kaart gebracht worden. Ook het kiezen voor een btw-belaste levering ('opteren') en de executoriale verkoop van verhuurd vastgoed komen hierbij aan bod. Na de behandeling van de zorgplicht van de notaris zal worden afgesloten met een conclusie en een stroomschema.

1.1. Achtergrond

Bij de invoering van de veilingregeling in de Wet OB (destijds art. 3, lid 4) werd 'een regelmatige heffing van belasting en aftrek van de voorbelasting' beoogd.⁵ Zonder deze fictieregeling zou voor de omzetbelasting sprake zijn van een rechtstreekse levering door de veilingverkoper aan de koper (de macht om over het goed te beschikken gaat immers ook rechtstreeks over). Daarnaast zou de veilinghouder enkel een dienst – en dus geen levering – verrichten indien hij zijn provisie voor de veilingwerkzaamheden factureert (art. 4, lid 1, Wet OB). De verkoper op de veiling (een btw-ondernemer) dient dan een factuur ten behoeve van de koper op de veiling op te maken. Om te voorkomen dat partijen op deze manier met elkaar in aanraking komen, is de fictiebepaling van het huidige art. 3, lid 5, Wet OB ingevoerd.

De veilinghouder levert aldus een goed zonder dat hij civielrechtelijk eigenaar is geweest. Volgens de memorie van toelichting wordt hierdoor voor ondernemers bereikt dat de verkoop van hun goederen over een veiling niet tot een hogere belastingheffing leidt.⁶ Cumulatie treedt in beginsel op wanneer goederen van niet-ondernemers over een veiling verkocht worden. In dat geval is de veilinghouder btw verschuldigd wegens de levering van goederen en ontstaat cumulatie van btw wanneer de verkoper op de veiling niet aftrekgerechtigd is. Het Vastgoed Verzamelbesluit probeert deze cumulatie te vermijden. Hierna zal blijken dat dit niet geheel gelukt is.

1.2. Moment van btw-levering(en)

Civilrechtelijk verkrijgt de koper op een executoriale veiling de eigendom van een onroerende zaak door de inschrijving van het 'proces-verbaal van toewijzing' in het kadaster.⁷ Dit proces-verbaal omvat – al dan niet bij afzonderlijke akte – tenminste de (bijzondere) veilingvoorwaarden, het proces-verbaal van veiling (inzet en afslag), de akte van gunning en de akte van betaling (de kwijting).

Op het moment van de inschrijving van het proces-verbaal wordt de macht om als eigenaar over een goed te beschikken overgedragen aan de koper en vindt de btw-levering plaats. Nu de zaak over de veiling is verhandeld, wordt deze op grond van art. 3, lid 5, Wet OB geacht *aan* en vervolgens *door* de houder van de veiling te zijn geleverd. De inschrijving van het proces-verbaal bewerkstelligt voor de omzetbelasting een fictieve levering door de verkoper aan de veilinghouder (aanlevering), welke op een ondeelbaar moment onmiddellijk gevolgd wordt door een fictieve levering door de veilinghouder aan de koper (doorlevering). Deze aan- en doorlevering vinden naar mijn mening plaats op het moment van inschrijving.

1.3. Notaris als veilinghouder

In het verleden is het standpunt ingenomen dat een notaris die optreedt als veilinghouder handelt als openbaar ambtenaar waardoor de fictiebepaling van art. 3, lid 5, Wet OB niet op hem van toepassing zou zijn. Op grond van een arrest van het Europese Hof van Justitie⁸, heeft de staatssecretaris van Financiën het standpunt ingenomen dat een notaris in dat geval handelt in het kader van zijn onderneming en dus als btw-ondernemer.⁹ Hierdoor ziet de veilingregeling van art. 3, lid 5, Wet OB ook op een notaris die optreedt als veilinghouder.

1.4. Toepassingsbereik goedkeuring

Tot 1 januari 1995 was het mogelijk om de veilingregeling in bepaalde gevallen op verzoek buiten toepassing te laten.¹⁰ Deze mogelijkheid verviel bij de invoering van de margeregeling.¹¹ Aangezien de margeregeling niet op de veiling van onroerende zaken van toepassing is¹², werd, om cumulatie van btw te voorkomen, goedgekeurd dat de veilingregeling bij de veiling van onroerende zaken buiten toepassing bleef.¹³ Bij het Vastgoed Verzamelbesluit is deze goedkeuring ingetrokken en geldt de volgende goedkeuring:

‘De toepassing van de veilingregeling bij onroerende zaken leidt tot cumulatie van belastingdruk als een nieuwe onroerende zaak door een ander dan een ondernemer via een veiling wordt verkocht aan een andere niet-ondernemer, die de belasting voor de geleverde onroerende zaak niet in aftrek kan brengen. Ter voorkoming van deze cumulatie keur ik goed dat artikel 3, vijfde lid, van de wet buiten toepassing blijft bij niet-ondernemers die nieuwe onroerende zaken aanbrengen bij veilingen. Overigens moet de veilinghouder in deze gevallen wél belasting voldoen over de provisie die hij ontvangt voor de bemiddeling bij de verkoop.’¹⁴

‘Deze cumulatie’

Deze op zichzelf vrij heldere tekst roept bij nadere bestudering toch vragen op. Zo wordt in eerste instantie gesproken over de verkoop van een ‘nieuwe’ onroerende zaak¹⁵ door een ander dan een ondernemer via een veiling aan een andere niet-ondernemer. Vervolgens wordt ter voorkoming van (deze) btw-cumulatie goedgekeurd dat de veilingregeling buiten toepassing blijft bij niet-ondernemers die nieuwe onroerende zaken aanbrengen bij de veiling. Uit deze zin kan worden opgemaakt dat enkel de btw-positie van de ‘aanbrenger’ relevant is.

Voor de veilinghoudende notaris is de uitleg van de bewoording van dit besluit essentieel. Dient hij zich bij het opstellen van de fiscale paragraaf van de veilingvoorwaarden enkel te richten op de btw-positie van de aanbrenger? Dat zou wel zo overzichtelijk zijn, de (btw-positie van de) veilingkoper is immers voorafgaand aan de veiling nog onbekend! De goedkeuring spreekt echter over de ‘voorkoming van deze cumulatie’, hetgeen terug lijkt te grijpen op de vorige volzin. Hier kan tegenin worden gebracht dat dergelijke (en dus ook ‘deze’?) cumulatie zich eveneens voordoet bij de verkoop van nieuwe onroerende zaken aan btw-vrijgestelde ondernemers.

De opsomming ‘beleidsmatige aanwijzingen’ op de eerste pagina van het Vastgoed Verzamelbesluit (b)lijkt de oplossing te bieden. Hierin is opgenomen dat de goedkeuring om af te zien van toepassing van art. 3, lid 5, Wet OB ziet op de situatie waarbij niet-ondernemers nieuwe onroerende zaken aanbrengen bij veilingen, die vervolgens worden verkocht aan niet-ondernemers. De btw-status van de koper is dus toch relevant. Het is vreemd dat de goedkeuring aan de hand van deze opsomming dient te worden geïnterpreteerd. Navraag bij de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) leert dat in een onderling overleg met het Ministerie van Financiën is aangegeven dat de goedkeuring wel degelijk zo strikt dient te worden uitgelegd. Enkel de verkoop van een nieuwe onroerende zaak door een niet-ondernemer

aan een andere niet-ondernemer is van de veilingregeling uitgezonderd.¹⁶ Op alle andere verkopen van vastgoed over de veiling is de veilingregeling dus van toepassing.

De aanbrenger bij een veiling

Zonder nadere definiëring spreekt het besluit over het aanbrengen van nieuwe onroerende zaken bij veilingen. Bij de vrijwillige veiling van een onroerende zaak zal duidelijk zijn dat de eigenaar hieronder dient te worden verstaan. Lastiger is het wanneer bijvoorbeeld een bank als hypotheekhouder gebruik maakt van haar rechten en een onroerende zaak in het openbaar laat veilen. Brengt de bank de onroerende zaak ook aan bij de veiling?

Ten tijde van het oud BW heeft Hof Arnhem geoordeeld dat de eigenaar/hypotheekgever aangemerkt wordt als degene die levert en dus de aanbrenger is.¹⁷ De staatssecretaris van Financiën heeft bij besluit van 18 januari 1982 met deze opvatting van het hof ingestemd.¹⁸ Dit besluit is ingetrokken bij het Vastgoed Verzamelbesluit. Na de invoering van het huidige BW heeft de Hoge Raad op 23 juni 1999 geconcludeerd dat de eigenaar – en niet de bank – goederen levert door het uitoefenen van het recht van parate executie.¹⁹ In deze zaak ging het echter niet om een hypotheekhouder maar om een pandhouder. Met annotator M.E. van Hilten meen ik dat gelet op hetzelfde civielrechtelijke karakter van pand en hypotheek meebrengt dat hetgeen ten aanzien van pand op roerende zaken geldt ook van toepassing is op hypotheek op registergoederen. In de literatuur wordt dan ook algemeen aangenomen dat ook bij een gedwongen veiling de eigenaar van een onroerende zaak als de aanbrenger bij een veiling dient te worden aangemerkt.

1.5. Gevolgen van de veilingregeling

1.5.1. De verlegging van btw

De btw-verleggingsregeling is van toepassing op de executoriale verkoop van onroerende zaken (art. 12, lid 5, Wet OB jo. art. 24ba, lid 1, sub d, en sub e, Uitv.besl. Wet OB). De verschuldigde btw wordt hierdoor niet geheven bij de verkoper maar bij de koper.

Volgens art. 24ba, lid 1, sub d, Uitv.besl. Wet OB wordt de heffing van btw verlegd in het geval een in zekerheid gegeven onroerende zaak wordt geleverd aan een ondernemer tot executie van die zekerheid. Blijkens § 5.3 van het Vastgoed Verzamelbesluit gaat het hier met name om:

- de verkoop op last van een hypotheekhouder (binnen en buiten faillissement); en
- de verkoop door een curator die namens de hypotheekhouder verkoopt: de oneigenlijke lossizzzzng (binnen faillissement).

Wanneer een curator een onroerende zaak waar een hypotheek op rust zelf onderhands verkoopt, geldt de verleggingsregeling niet nu de verkoop niet plaatsvindt op last van een zekerheidsgerechtigde.

Op grond van art. 24ba lid 1 sub e Uitvoeringsbesluit Wet OB geldt ook een verlegging indien een onroerende zaak wordt geleverd aan een ondernemer door de executieschuldenaar op grond van een executoriale titel. Blijkens § 5.3 van het Vastgoed Verzamelbesluit gaat het hier met name om:

- de verkoop door een beslaglegger met een gerechtelijk vonnis (een executoriale titel) die verkoopt via een openbare veiling (buiten faillissement);
- de verkoop door de ontvanger van de Belastingdienst die beslag heeft gelegd (het dwangbevel is de executoriale titel); en
- de verkoop door een curator in een faillissement via een openbare veiling (het gerechtelijk faillissementsvonnis vormt hierbij de executoriale titel).

Bij de executoriale veiling van nieuwe onroerende zaken wordt de btw dus verlegd. Dit geldt zowel voor de levering aan de veilinghouder (mits de eigenaar/hypothecair schuldenaar btw-ondernemer is), als voor de levering door de veilinghouder aan de koper (wederom mits de koper btw-ondernemer is). De veilinghoudende notaris dient hier in zijn eigen administratie rekening mee te houden. Als sprake is van een btw-belaste levering (nieuw vastgoed of optie voor btw-belaste levering) moet de notaris aldus de hierover verschuldigde btw aangeven. Aangezien hij de onroerende zaak vervolgens voor btw-belaste prestaties gebruikt – namelijk voor de btw-belaste doorlevering aan de koper – kan hij de btw op dezelfde aangifte als voorbelasting in aftrek brengen. Alhoewel hierdoor per saldo geen btw verschuldigd wordt, is de notaris toch verplicht om de bedragen aan btw in zijn aangifte op te nemen (art. 14 Wet OB).

Levering aan de notaris – factuurvereiste?

Een aanbrennende btw-ondernemer dient bij een executoriale veiling van een nieuwe onroerende zaak de koopsom zonder btw op de factuur te zetten onder vermelding van: 'btw verlegd'. De praktijk leert dat er bij de executoriale verkoop van een onroerende zaak geen contact is tussen de notaris en de aanbrenner. Wanneer de notaris een nota in naam en voor rekening van de aanbrenner (een ondernemer) opmaakt, zou deze afrekening onder voorwaarden²⁰ kunnen worden aangemerkt als btw-factuur (*selfbilling*). Eén van deze voorwaarden is dat door de aanbrenner en de notaris is overeengekomen dat de notaris de factuur opmaakt. Zonder contact ontbreekt dit akkoord. Voor de notaris is een geldige btw-factuur van de aanbrenner echter niet van belang voor zijn recht op aftrek van voorbelasting. Indien de btw op de (aan)levering naar hem is verlegd, kan hij deze namelijk op grond van art. 15, lid 1, sub c, ten tweede, Wet OB in aftrek brengen.

Levering door de notaris

Voor zover de notaris een nieuwe onroerende zaak via een veiling doorlevert aan een btw-ondernemer of aan een rechtspersoon (andere dan ondernemer), dient een factuur te worden uitgereikt. Goedgekeurd is dat de notariële akte (en niet de afrekening!) bij transacties in onroerende zaken de factuur is.²¹ De vereiste gegevens uit art. 35a Wet OB dienen dan wel in de akte te zijn opgenomen.

1.5.2. Bijkomende kosten terzake executieveilingen

Bijkomende kosten voor rekening van de koper bestaan meestal grotendeels uit het notarieel honorarium, de inzetpremie, explootkosten van de deurwaarder, kosten van de regioveiling, kosten diverse veilingwebsites, zuiveringskosten en kadasterkosten.

Naast de doorlevering verricht de notaris zijn notariële dienst. Het is de vraag of deze dienst een afzonderlijke btw-prestatie vormt of opgaat in de levering (de 'hoofdprestatie') en aldus als één samengestelde prestatie van de notaris wordt aangemerkt. Bepalend is of de notaris, vanuit de modale consument gezien, één of meerdere hoofdprestaties verricht.²² Indien de levering en de dienst niet als afzonderlijke prestaties zijn aan te merken, volgt de dienst als bijkomstige prestatie het btw-regime van de hoofdprestatie.

In bovengenoemde goedkeuring is opgenomen dat de veilingregeling buiten toepassing blijft bij de verkoop van nieuwe onroerende zaken door en aan een niet-ondernemer. De notaris is dan 'wél' btw verschuldigd over de provisie die hij ontvangt voor de bemiddeling bij de verkoop. Zoals gezegd zou zonder de goedkeuring de levering door de notaris btw-belast zijn. De fictieve regeling blijft door de goedkeuring dus buiten toepassing, maar de notaris is wél btw verschuldigd. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de staatssecretaris van mening is dat de notariële dienst een onderdeel vormt van een samengestelde prestatie (de levering door de notaris). Voor de notaris is een vrijgestelde dienst bij de veilingverkoop van 'oude' onroerende zaken²³ echter een ongewenst gevolg. Een duidelijk standpunt van het Ministerie van Financiën is op dit punt wenselijk.

De plokpenning (ook wel strijkgeld genoemd) kan belast zijn met btw. Over het algemeen wordt aangenomen dat de plokpenning een vergoeding voor een dienst van de hoogste bieder aan de verkoper is om de veilingopbrengst te vergroten. Deze plokpenning wordt in sommige gevallen door de verkoper betaald. In dat geval ligt het voor de hand dat de vergoeding een dienst is voor de geleverde prestatie en belast is met btw indien de hoogste bieder een btw-ondernemer is.²⁴ Aftrek van de btw door de verkoper lijkt mij aanmerkelijk wanneer de levering van het pand belast is.

In sommige gevallen komen de kosten echter voor rekening van de koper op de veiling op grond van de veilingvoorwaarden. De koper maakt deze kosten dan in verband met de onroerende zaak en kan de btw hierop in aftrek brengen wanneer hij de onroerende zaak gebruikt voor btw-belaste doeleinden.

Behalve de kadasterkosten zijn alle overige bovengenoemde kosten btw-belast. De factuur voor deze kosten van derden wordt veelal in eerste instantie om administratieve redenen aan de notaris gericht. Hij brengt deze kosten vervolgens conform de veilingvoorwaarden bij de koper in rekening. Aangezien er veelal geen rechtsverhouding bestaat tussen deze derden en de koper op de veiling, vormen de kosten geen doorlopende post. Hierdoor worden zij beschouwd als onderdeel van de vergoeding (de koopsom) en volgen de kosten het btw-regime van de vergoeding.²⁵ Dit geldt ook voor de kosten voor inlichtingenverstrekkingen door het kadaster en het opvragen van uittreksels uit diverse registers. Kadastrale rechten voor het bijhouden van de registers van het kadaster kunnen onder voorwaarden buiten de heffing van btw blijven.

De btw op deze kosten komt voor aftrek in aanmerking wanneer de koper de onroerende zaak aanwendt voor btw-belaste doeleinden.

1.5.3. Het aftrekrecht van de notaris

Zoals gezegd blijft de veilingregeling alleen buiten toepassing bij de verkoop van nieuwe onroerende zaken door en aan een niet-ondernemer. Voor oude onroerende zaken geldt de veilingregeling dus altijd, ongeacht door wie aangebracht of door wie er op de veiling wordt gekocht. De notaris vericht dan met de doorlevering een btw-vrijgestelde levering als bedoeld in art. 11, lid 1, onderdeel a, Wet OB.

Voor het aftrekrecht van voorbelasting van de notaris zijn deze constatering van groot belang. Dit aftrekrecht wordt immers beperkt door de vrijgestelde activiteiten. Alleen de btw op kosten voor btw-belaste prestaties kan de notaris als voorbelasting in aftrek brengen.²⁶

Wanneer het de voordruk op algemene kosten betreft, komt de voorbelasting in beginsel gedeeltelijk conform de 'pro rata' (belaste omzet ten opzichte van totale omzet) voor aftrek in aanmerking. Een notaris die veel oude onroerende zaken veilt, kan hierdoor snel in de problemen komen.²⁷ De veilingopbrengst van oude onroerende zaken wordt door de fictie van de veilingregeling immers als btw-vrijgestelde omzet aangemerkt voor de notaris. Dit kan voor de notaris meebrengen dat zijn recht op aftrek van btw op algemene kosten aanzienlijk wordt beperkt. Een splitsing van de voorbelasting op ingekochte goederen en diensten op basis van het werkelijk gebruik zou dan waarschijnlijk tot een zuiverder uitkomst leiden dan splitsing naar omzetten. Een splitsing overeenkomstig het 'werkelijk gebruik' is echter alleen mogelijk als de notaris aannemelijk maakt dat het werkelijk gebruik van de door de notaris aangeschafte goederen en diensten niet overeenkomt met de omzetverhoudingen zodat hij afwijkt van de *pro rata* (art. 15, Wet OB, jo. art. 11, lid 2, Uitv.besch. OB). De vaststelling van het werkelijk gebruik dient te berusten op objectief en nauwkeurig vast te stellen gegevens.²⁸

1.6. Opteren bij de levering van oude onroerende zaken?

Voor de executieveiling van een oude onroerende zaak van een ondernemer geldt de veilingregeling. Nu deze zaak meer dan twee jaar geleden voor het eerst in gebruik is genomen, is de levering aan en door de notaris van btw vrijgesteld tenzij er door partijen geopteerd wordt voor een met btw-belaste levering.²⁹ De verleggingsregeling is dan van toepassing.³⁰

Een aanbrennende ondernemer kan gelet op de herziening van de door hem in aftrek gebrachte voorbelasting belang hebben bij opteren. Dit betekent door de veilingregeling dat er geopteerd moet worden door de geëxecuteerde ondernemer en de veilinghouder tezamen en door de veilinghouder en de veilingkoper tezamen. De veilingkoper dient dan een ondernemer te zijn die voldoet aan de eis om 90% van de voorbelasting in aftrek te brengen.

Los van het belang van de aanbrenner bij een btw-belaste levering, zijn de gevolgen voor de veilinghoudende notaris namelijk niet te overzien. Er kan immers geen zekerheid worden verkregen over de '90% aftrekstatus' van de veilingkoper. Bij een onterecht optieverzoek draagt de notaris een groot risico: hij heeft immers de onroerende zaak belast met btw afgenomen en onmiddellijk daarop btw-vrijgesteld

geleverd. De notaris heeft bij de levering aan hem onterecht gebruik gemaakt van de optie btw-belaste levering, waardoor de btw bij hem kan worden nageheven (art. 12a Wet OB). Ik kan mij daarom goed voorstellen dat een notaris niet meewerkt aan een optie. Ook de KNB vraagt zich af of een notaris hieraan wel mee kan - en mag - werken.³¹ Het bezwaar om mee te werken aan opteren bij een veiling zal voor een notaris niet meer gelden indien de eventueel verschuldigde btw niet bij hem wordt nageheven. Om een dergelijke situatie te realiseren is een wetswijziging nodig. Het lijkt mij redelijk om dan te bepalen dat de naheffing enkel voor rekening van de veilingkoper komt.

Als niet wordt geopteerd kan het zijn dat een geëxecuteerde aanbrenner een gedeelte van zijn afgetrokken voorbelasting moet herzien. Om de fiscus bij een faillissement buiten de deur te houden, zal een curator eventueel in de veilingvoorwaarden op laten nemen dat partijen (indien mogelijk) zullen opteren.

Overigens zal een kopende partij op een veiling ook niet snel geneigd zijn om te opteren voor een btw-belaste levering. Bij de koper begint immers een nieuwe herzieningstermijn te lopen.

2. DE EXECUTORIALE VERKOOP VAN VERHUURD VASTGOED

Bij de executoriale verkoop van verhuurd vastgoed rijst de vraag of art. 37d Wet OB aan de orde is. Deze fictiebepaling ziet op de overgang van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen. Door toepassing van dit 'algemeenheidsregime' vindt er geen levering plaats in de zin van de btw en is het dus niet relevant of de levering van de onroerende zaak al dan niet van rechtswege btw-belast is. Een eventuele herzieningstermijn gaat dan over op de koper.

2.1 Overgang van een algemeenheid van goederen volgens het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie heeft in de zaak 'Zita Modes' uitgelegd dat onder de 'overgang van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen' dient te worden verstaan de

'overdracht van een handelszaak of van een autonoom bedrijfsonderdeel met lichamelijke en eventueel ook onlichamelijke zaken, welke tezamen een onderneming of een gedeelte van een onderneming vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend'.³²

Volgens het Hof van Justitie valt onder de overgang van een algemeenheid niet de verkoop van goederen zonder meer, zoals de verkoop van een voorraad producten. Daarnaast dient de verkrijger de bedoeling te hebben om de overgedragen handelszaak te exploiteren en niet om deze onmiddellijk zonder meer te vereffenen of de voorraden te verkopen.

2.2 De overdracht van verhuurd vastgoed en het algemeenheidsregime

De Nederlandse Hoge Raad heeft op 6 juni 2008 een belangrijk arrest gewezen inzake verhuurd vastgoed en de toepassing van het algemeenheidsregime.³³ Deze zaak zag op de

overdracht van een bedrijfsverzamelgebouw waarvan zelfstandige units btw-belast verhuurd werden aan verschillende huurders. De Hoge Raad volgde het standpunt van het Hof Den Bosch³⁴ dat ook de overdracht van het bedrijfsverzamelgebouw kan leiden tot toepassing van het algemeenheidsregime. De Hoge Raad had eerder geoordeeld dat het algemeenheidsregime niet van toepassing is op dergelijke quasi-ondernemers (zij die een vermogensbestanddeel exploiteren om er duurzaam opbrengst uit te krijgen; een zogenaamde 'art. 7, lid 2, sub b-ondernemer').³⁵ De Hoge Raad kwam terug op dit oordeel nu in het arrest 'Zita Modes' de toepassing van het algemeenheidsregime niet is uitgesloten op de overgang tussen quasi-ondernemers. Het algemeenheidsregime lijkt hierdoor van toepassing op elke overdracht van verhuurd vastgoed.³⁶

Van de overgang van een algemeenheid als bedoeld in art. 37d Wet OB, is volgens de Hoge Raad voorts alleen sprake als de zaken die de algemeenheid vormen, voorafgaand aan de overgang gezamenlijk door één ondernemer in het kader van diens onderneming worden gebezigd en worden overgedragen met het oog op een (voorgezet) bezigen daarvan door één andere ondernemer.³⁷

2.3 Het algemeenheidsregime en de veilingregeling

Door toepassing van het algemeenheidsregime op een vastgoedtransactie, blijft de levering van het vastgoed buiten de heffing van btw. Als gevolg hiervan zal naar mijn mening de veilingregeling in zijn geheel niet van toepassing zijn: zonder een btw-levering lijkt een fictieve levering aan en door een veilinghouder niet mogelijk.

Voldoet de veilingkoper achteraf echter niet aan het voorzettingsvereiste, dan is het algemeenheidsregime ten onrechte toegepast. Van rechtswege verschuldigde btw kan dan krachtens de veilingregeling bij de veilinghoudende notaris worden nageheven. Om deze situatie te voorkomen is het van belang dat partijen op papier zetten hoe in een dergelijke situatie wordt gehandeld. Een mogelijkheid lijkt om in de fiscale paragraaf van de akte zo in te richten dat primair het algemeenheidsregime en subsidiair het btw-regime van de onroerende zaak wordt gevolgd.

3. ZORGPLICHT NOTARIS

Zoals hierboven is gebleken, is veel afhankelijk van de btw-status van de aanbrengrer en de te veilen onroerende zaak. De notaris dient te beoordelen of hij van doen heeft met een btw-ondernemer als aanbrengrer. Moet de notaris hiervoor bij een executieveiling afgaan op de gegevens die hem door de bank zijn aangereikt? In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat informatie die nodig is om te bepalen welke regeling moet worden toegepast, verkregen kan worden van de aanbrengrer.³⁸ In beginsel kan de veilinghouder, indien hij geen bijzondere regel van twijfel heeft, uitgaan van de door de aanbrengrer verschaft informatie. Het is niet ongebruikelijk dat er in het geval van een executieveiling moeilijk of zelfs geen communicatie mogelijk is met de aanbrengrer (bijvoorbeeld wanneer deze met de noorderzon vertrokken is). Daarnaast kan de onroerende zaak in het kadaster op naam van een natuurlijk persoon staan, waaruit niet op te maken zal zijn of de onroerende zaak behoort tot het ondernemingsvermogen van een btw-ondernemer. De aard van de onroerende zaak kan hierbij natuurlijk een belangrijke aan-

wijzing zijn. Nadere informatie van bijvoorbeeld de bank zal vaak dan ook gewenst zijn. Bij twijfel zou hij ook van de bank een vrijwaring kunnen vragen voor eventuele fiscale gevolgen. Het is tenslotte aan de notaris om de btw- en overdrachtsbelastinggevolgen vast te stellen. Behalve eventuele hoofdelijk aansprakelijkheid voor de overdrachtsbelasting³⁹, heeft hij ook de zorgplicht om de belangen van de verschillende partijen te behartigen.

Voor wat betreft de btw-status van de onroerende zaken is aanvullende informatie voor de notaris eveneens geen overbodige luxe bij de beoordeling of hij van doen heeft met een nieuwe onroerende zaak. Zo zal de ingebruikname van een woning, voor welke bouw veelal een koop-aannemingsovereenkomst is gesloten, waarschijnlijk liggen tussen het moment van de oplevering van de woning en de inschrijving van de bewoners in de Gemeentelijke Basis Administratie (GBA). Dit moment kan essentieel zijn voor de tweejaars-termijn van art. 11, lid 1, sub a, ten 1^e Wet OB.

Ter illustratie van de onderzoeksplicht van de notaris dient het volgende praktijkvoorbeeld:

Een bank maakt als hypotheekhouder gebruik van haar rechten en laat een woning in aanbouw in het openbaar veilen. De grond is destijds verkregen door een particulier (niet-ondernemer). Nu de executieveiling een woning in aanbouw – en dus een nieuwe onroerende zaak – betreft, is de veilingregeling mogelijk van toepassing. De aanbrengrer is helaas onbereikbaar. Gelet op de toestand van de onroerende zaak is het waarschijnlijk dat de koper van de veiling een bouwbedrijf zal zijn. Mogelijk blijft echter ook dat een particulier het hoogste bod uit zal brengen.

Bouwbedrijf als koper

Wanneer een bouwbedrijf de woning in aanbouw verkrijgt is de veilingregeling van toepassing (het betreft immers de levering aan een ondernemer). Hierdoor is de levering aan de notaris geen btw-belaste levering (de aanbrengrer is een particulier), maar de (door)levering door de notaris is dat wel. De verschuldigde btw over de (door)levering wordt naar het bouwbedrijf verlegd en er kan voor de overdrachtsbelasting een beroep worden gedaan op de samenloopvrijstelling. De notaris dient de btw over de koopsom niet in zijn aangifte op te nemen en vermeldt op zijn afrekening 'btw verlegd'.

Particulier als koper

Indien een particulier de woning in aanbouw verkrijgt is de veilingregeling niet van toepassing. De particuliere koper verkrijgt in dit geval rechtstreeks van de aanbrengrer.

De koper is overdrachtsbelasting verschuldigd. Ter zake van de doorverkoop van grond met een woning in aanbouw geldt een goedkeuring.⁴⁰ In het geval van een koop-aannemingsovereenkomst met een aannemer komen de reeds betaalde bouwtermijnen in mindering van de maatstaf van heffing van overdrachtsbelasting als de grond met de woning in aanbouw buiten de zes maanden van art. 13 WBR is verkregen. Deze goedkeuring ziet naar mijn mening ook op de onderhavige situatie. De notaris zal er dan ook verstandig aan doen om voorafgaande aan de veiling na te gaan of er sprake is geweest van een koop-aannemingsovereenkomst en of er bouwtermijnen zijn voldaan. Voor een goede verkoopopbrengst is belangrijk dat de fiscale gevolgen voor de potentiële kopers inzichtelijk zijn.

4. CONCLUSIE

Door de inperking van de goedkeuring bij het Vastgoed Verzamelbesluit, is de veilingregeling vaker van toepassing. Daar de regeling bij de invoering mede gericht was op het beperken van de administratieve lasten lijkt – gelet op het bovenstaande – het tegenovergestelde te zijn bereikt.

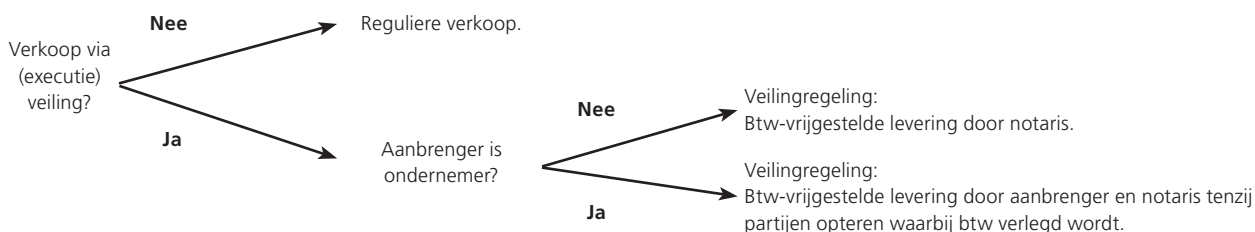
Hoewel de tussenkomst van de notaris slechts bij fictie plaatsvindt, leidt de veilingregeling voor hem tot grote (administratieve) lasten. Voor de notaris is voorafgaande aan de veiling allerm minst zeker welk btw-regime gevolgd zal moeten worden. Pas wanneer de veilingkoper bekend is, kunnen alle gevolgen in kaart worden gebracht. De onoverzichtelijke (fiscale) situatie kan leiden tot een minder hoge veilingopbrengst waardoor de geëxecuteerde met een grotere restschuld blijft zitten.

Ook zal de notaris door de toepassing van de veilingregeling bij de doorlevering van oude onroerende zaken een dienst verlenen die wellicht opgaat in een btw-vrijgestelde levering. Op grond van zijn ministerieplicht mag de notaris niet zomaar een dienst weigeren. Door zijn dienstverlening bij de veiling van oude onroerende zaken kan zijn praktijk echter wel in de problemen komen nu het recht om voorbelasting in aftrek te brengen aanzienlijk kan worden beperkt.

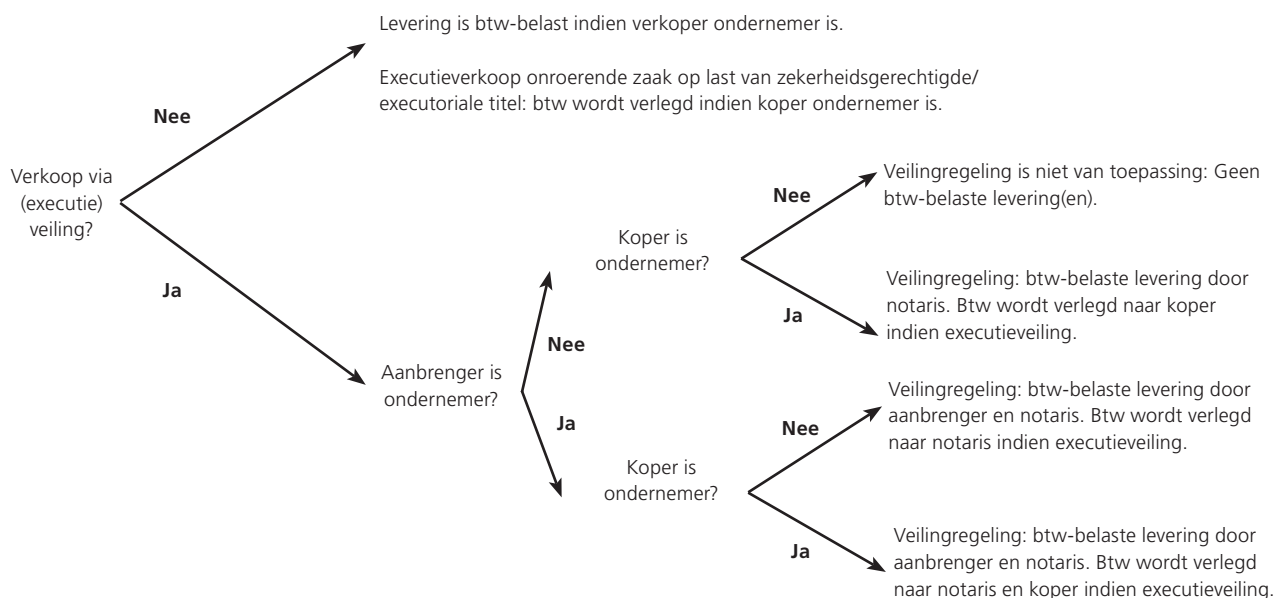
Onderstaand stroomschema ziet op de btw-gevolgen bij de verkoop van onverhuurd vastgoed

De auteur is werkzaam als belastingadviseur bij CMS Ders Star Busmann te Utrecht.

Oude onroerende zaak



Nieuwe onroerende zaak



- 1 Het besluit van 14 juli 2009, nr. CPP2008/137M, V-N 2009/39.23.
- 2 'Vastgoed' en 'onroerende zaken' staan hier mede voor beperkte rechten waaraan deze zijn onderworpen.
- 3 Naast de openbare executoriale veiling kan de executoriale verkoop door een hypotheekhouder ook onderhands plaatsvinden (art. 3:268 BW jo. art. 548 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).
- 4 De Nederlandse veilingregeling kent geen equivalent in de Btw-richtlijn. Of de veilingregeling in overeenstemming is met de Btw-richtlijn (en in het bijzonder of deze regeling is toegestaan als 'vereenvoudigingsregeling' als bedoeld in art. 395 Btw-richtlijn), valt buiten het bereik van dit artikel.
- 5 MvT Kamerstukken II, 1967-1968, 9324, nr. 3, p. 31.
- 6 MvT Kamerstukken II, 1967-1968, 9324, nr. 3, p. 31.
- 7 Zie art. 525 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
- 8 HvJ 26 maart 1987, zaak 235/85 (*Commissie/Nederland*).
- 9 Zie het besluit van 3 november 1980, nr. 279-21 551, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 19 februari 1991, nr. VB91/429. Dit besluit is ingetrokken per 1 januari 1995 bij het besluit van 12 december 1994, nr. VB94/3979 (Mededeling 27), gewijzigd bij besluit van 23 december 1994, nr. VB94/4672.
- 10 Op grond van art. 2 Uitvoeringsbeschikking OB bestond deze mogelijkheid o.a. 'indien de goederen welke over de veiling worden verhandeld, hoofdzakelijk worden aangebracht door personen die ter zake van de levering van die goederen geen belasting zijn verschuldigd'. Deze bepaling is vervallen per 1 januari 1995.
- 11 Zie het besluit van 12 december 1994, nr. VB94/3979 (Mededeling 27), gewijzigd bij besluit van 23 december 1994, nr. VB94/4672.
- 12 De Nederlandse margeregeling opgenomen in art. 28b Wet OB ziet op gebruikte roerende lichamelijke zaken en dus niet op onroerende zaken.
- 13 Zie het besluit van 21 maart 1995, VB95/767 (Mededeling 35), V-N 1995, p. 1242, pt. 20.
- 14 Zie § 5.4 van het Vastgoed Verzamelbesluit.
- 15 Met 'nieuwe' onroerende zaken worden gebouwen binnen de tweejaarstermijn bedoeld als omschreven in art. 11 lid 1 sub a ten 1^e Wet OB.
- 16 Let op: dit besluit ziet op de heffing van omzetbelasting. Het begrip niet-ondernemer wil zeggen dat de betreffende partij geen ondernemer is als bedoeld in art. 7 Wet OB. Het begrip ondernemer in de zin van de ondernemer is ruim en omvat dus ook een particulier die als ondernemer handelt. Ook een overheidsorgaan kan als ondernemer handelen (gedacht kan worden aan het grondbedrijf van de gemeente).
- 17 Hof Arnhem op 23 oktober 1979, nr. O 4/1977, BNB 1981/64.
- 18 Zie het besluit van 18 januari 1982, nr. 281-18065, herdrukt d.d. 25 januari 1983, nr. 283-880 welk besluit is gewijzigd bij de besluiten van 21 november 1983, nr. 283-15784 8 april 1987, nr. 287-4713.
- 19 HR 23 juni 1999, nr. 34 216, V-N 1999/31.29.
- 20 Zie art. 35 Wet OB en § 3.2.3 van het besluit van 12 februari 2009, nr. CPP2009/263M, V-N 2009/11.21.
- 21 Zie § 3.2.4 van het besluit van 12 februari 2009, nr. CPP2009/263M, V-N 2009/11.21.
- 22 HvJ 25 februari 1999, zaak C-349/96, V-N 1999/15.28 (CPP) en HvJ 27 oktober 2005, zaak C-41/04, V-N 2005/54.19 (*Levob Verzekeringen*).
- 23 'Oude' onroerende zaken staan hier voor onroerende zaken meer dan twee jaar na eerste ingebruikname of grond niet zijnde een bouwterrein zoals bedoeld in art. 11 lid 1 sub a Wet OB.
- 24 Zie Hof Arnhem 8 maart 2011, nr. 10/00408, V-N 2011/41.16.
- 25 Zie het besluit van 23 november 2009, nr. CPP2009/674M, V-N 2009/64.17.
- 26 Art. 15 Wet OB jo. art. 11 Uitvoeringsbeschikking OB.
- 27 Bekend is dat de KNB in overleg is met het Ministerie van Financiën over deze ingrijpende gevolgen van de veilingregeling voor het notariaat.
- 28 Hoge Raad 3 februari 2006, nr. 41 751, V-N 2006/9.24.
- 29 Art. 11 lid 1 sub a ten 2^e Wet OB jo. art. 6 Uitvoeringsbeschikking Wet OB.
- 30 Art. 12 lid 5 Wet OB jo. art. 24ba lid 1 sub a Uitvoeringsbesluit OB.
- 31 Dit blijkt uit een publicatie op KNB NotarisNet van 23 juli 2009.
- 32 HvJ 27 november 2003, zaak C-497/01, V-N 2003/61.18 (*Zita Modes*).
- 33 HR 6 juni 2008, nr. 42 677, V-N 2008/29.21.
- 34 Hof Den Bosch 9 september 2005, nr. 02/1596, V-N 2006/11.1.8.
- 35 Zie bijvoorbeeld HR 25 april 2003, nr. 38 132, V-N 2003/23.25.
- 36 Zie in gelijke zin R.A. Wolf, *Geen btw meer bij overdracht van verhuurd vastgoed*, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2008/7/8 30 en R.D. Hofman en P.W.C. Hoezen, *Overdracht van een (quasi-)onderneming*, *BtwBrief* 2008/10 25.
- 37 HR 5 maart 2010, nr. 08/01615, V-N 2010/14.27.
- 38 NNV, Kamerstukken II, 1994-1995, 23 952, p. 6.
- 39 De notaris is hoofdelijk aansprakelijk voor de overdrachtsbelasting tot het bedrag dat volgens de inhoud van zijn akte verschuldigd is (art. 42 lid 1 Invorderingswet 1990).
- 40 Besluit van 7 maart 2007, nr. CPP2006/933M, V-N 2007/17.29.