Vastgoed Fiscaal

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 1 18-8-2023 14:13:12

Vastgoed Fiscaal

Onder redactie van prof. dr. P. Kavelaars

© 2023 Uitgever: Stichting NLFiscaal
Technische realisatie: Pre Press Media Groep

ISBN 978 90 8264 292 6

Van Boshuizenstraat 12
1083 BA Amsterdam
tel. (020) 627 21 75
www.nlfiscaal.nl

Hoewel bij de vervaardiging van deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele (druk)fouten en onvolledigheden.
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Inhoud

Voorwoord | 11

Afkortingenlijst | 13

Kan duur ook goedkoper? | 15
M. Albers
1 Inleiding | 15
2 Aanvang van het recht | 15
3 Einde van het recht | 17
4 Tussentijdse overeengekomen beëindiging | 18
5 Ontbindende voorwaarden | 20
6 Tot slot | 21

Bouwsparen | 23
D.A. Albregtse
1 Inleiding | 23
2 Bouwsparen | 23
3 Starters en doorstromers | 24
4 Bouwsparen en tussenvormen van koop- en huurwoningen | 26
5 Conclusies | 27

De eigen woning als toekomstvoorziening | 29
J.E. van den Berg
1 Inleiding | 29
2 Opbouw toekomstvoorzieningen | 29
3 Eigen woningbezit is een publiek belang | 31
4 Redenen om (g)een eigen woning te bezitten | 32
5 Wat vindt de woningbezitter van een woning als pensioen? | 33
6 Geldovertuigingen | 33
7 Aanbevelingen | 34
8 Ten slotte | 36

Ruilen doet huilen met voorraadvastgoed | 39
T.M. Berkhout
1 Inleiding | 39
2 Toepassing van de ruilgedachte: continuïteit | 40
3 Ruilen van voorraadgoederen | 41
4 Ruilen van vastgoedvoorraad | 42
5 Toepassingsbereik voor voorraadvastgoed | 43
6 Zowel functionele als economische ruil bij vastgoed | 44

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 5 18-8-2023 14:13:12

Invloed van de fiscaliteit op het functioneren van de Nederlandse woningmarkt | 47
P.J. Boelhouwer
1 Inleiding | 47
2 Fiscale behandeling van het eigenwoningbezit | 47
3 Fiscale behandeling eigenwoningbezit en de toegankelijkheid van de woningmarkt | 48
4 Fiscale behandeling eigenwoningbezit en koopprijsontwikkeling | 50
5 Conclusies | 53

Vastgoed bij non-profitorganisaties | 55
M.J. Broekhuizen
1 Inleiding | 55
2 Algemeen | 55
3 Zorg- en onderwijsinstellingen | 56
4 Woningcorporaties | 57

1 + 1 = 1 | 65
E.W.E.M. Cox
1 Inleiding | 65
2 De zaak Don Bosco Onroerend Goed B.V. | 65
3 Koop-aanneming | 69
4 Overpeinzingen | 70
5 Kortom | 72

Het fiscale kaartenhuis van particulier vastgoedbezit | 73
S.M.H. Dusarduijn
1 Inleiding | 73
2 De vele gezichten van vastgoed | 73
3 De fiscale toekomst | 77
4 Tot slot | 81

Economische eigendom en de bouw- en handelsfase | 83
M.D.C. Gomes Vale Viga
1 Inleiding | 83
2 Samenloopvrijstelling | 83
3 De verkrijging van economisch eigendom met overdrachtsbelasting | 85
4 De levering van economische eigendom met btw | 87
5 De econoom in de bouw- en handelsfase | 88
6 Tot slot | 91

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 6 18-8-2023 14:13:12

Gedifferentieerde tarieven in de overdrachtsbelasting steeds meer een subjectieve heffing | 93
R. van Haperen
1 Inleiding | 93
2 Overdrachtsbelasting tot 15 juni 2011 | 93
3 Verlaagde tarief woningen | 94
4 Wet differentiatie overdrachtsbelasting | 98
5 De gevolgen van een gedifferentieerde overdrachtsbelasting | 103

Vastgoed in privé of in de bv, that's the question! | 105
E.J.W. Heithuis
1 Inleiding | 105
2 Box 3 nu en in de toekomst | 105
3 Vennootschapsbelasting | 107
4 Structuren met cv's, fondsen voor gemene rekening en stichtingen | 109
5 Overdrachtsbelasting | 113
6 Afsluiting | 116

Natuurschoonwet: rangschikking als landgoed en fiscale faciliteiten | 117
C. de Jong
1 Inleiding | 117
2 Rangschikking als landgoed | 117
3 Fiscale faciliteiten | 120
4 Afsluiting | 124

Brede toepassing WOZ-afbakening en -waarde legt onderliggend probleem bloot | 125
B.S. Kats
1 Inleiding | 125
2 Groter (financieel) belang leidt tot uitvoeringsproblemen | 126
3 De waardering van onroerende zaken:
wat is een juiste afbakening en wat een juiste waarde? | 126
4 Toekomst | 131

Enkele internationale fiscale aspecten van vastgoed | 133
P. Kavelaars
1 Inleiding | 133
2 Internationale fiscaliteit | 133
3 EU-rechtelijke aspecten | 138
4 Afronding | 141

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 7 18-8-2023 14:13:12

Fiscale stimulering van duurzame investeringen in vastgoed, hoe kan het beter? | 143
S. Kortekaas
1 Inleiding | 143
2 De basis van EIA en MIA: extra aftrek in de aangifte | 143
3 Enkele nuttige wetenswaardigheden van belang bij vastgoed | 145
4 Eerste aanbeveling: pas verliesverrekeningsregels aan bij terugname van EIA/MIA | 147
5 Tweede aanbeveling: sta Vamil toe voor klimaatneutraal (ver)bouwen | 148
6 Derde aanbeveling: filter excessen uit energieprijs bij berekening van terugverdientijd | 148
7 Defiscaliseren van investeringsfaciliteiten | 149
8 Conclusie en oproep | 150

Decentrale overheden en belastingen | 151
O.M. Menger
1 Inleiding | 151
2 Algemeen | 151
3 De belastingen die door decentrale overheden mogen worden geheven | 152
4 Rol van vastgoed bij decentrale belastingheffing | 153
5 Gehanteerde begrippen in de decentrale belastingheffing voor vastgoed | 154
6 Conclusie | 159

De (on)mogelijkheden van de herziening in de btw | 161
M.M.W.D. Merkx en F. Post
1 Inleiding | 161
2 Algemene bepalingen rondom herziening | 161
3 Herziening op investeringsgoederen | 165
4 Ten slotte | 170

Zakelijke rechten: levering versus dienst | 171
M. Mutsaers
1 Inleiding | 171
2 Wetssystematiek zakelijke rechten | 171
3 Heffingsmaatstaf omzetbelasting; kapitalisatie van schuldplichtigheid | 175
4 Voorbeelden van gevallen waar de wettelijke regeling niet sluitend is | 178
5 Tot slot | 179

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 8 18-8-2023 14:13:12

Is de 'in wezen nieuwbouw'-lat wel richtlijnconform? | 181
W.A.P. Nieuwenhuizen
1 Inleiding | 181
2 Een nieuw gebouw en het boek van Van Dijk's Boekhuis BV | 181
3 Het 'in wezen nieuwbouw'-criterium van het Kinderdagverblijf-arrest | 182
4 De Poolse wetgeving met een 30% investeringsdrempel bleek richtlijnproof (Kozuba) | 183
5 De wollenstoffenfabriek en de prejudiciële vragen van Rechtbank Zeeland-West-Brabant | 184
6 Promo54 — Kozuba op herhaling? | 186
7 Tot besluit | 187

Herinvesteringsreserve: huidige toestand en waar gaat het (mogelijk) naartoe | 189
R. Russo en M.G.A. de Wit
1 Inleiding | 189
2 Voorraad versus bedrijfsmiddel | 189
3 Herinvesteringsvoornemen | 191
4 Economische functie | 192
5 Toekomstvisie | 194

Bijzondere uitwerkingen en keuzemogelijkheden bij de generieke renteaftrekbeperking in de vennootschapsbelasting | 197
D.G. Schraa
1 Inleiding | 197
2 Generieke renteaftrekbeperking | 197
3 Het begrip rente en geldlening | 198
4 De gecorrigeerde winst | 203
5 Samenvatting en conclusie | 205

Vastgoed en beleggingsinstellingen | 207
H. Vermeulen
1 Inleiding | 207
2 Beleggingsinstellingen in het algemeen | 207
3 Beleggingsinstellingen in de vennootschapsbelasting | 208
4 Vastgoedbeleggingsinstellingen | 210
5 Conclusie | 213

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 9 18-8-2023 14:13:12

Verhuurd vastgoed als algemeenheid van goederen voor de btw | 215
B.G. van Zadelhoff
1 Inleiding | 215
2 Overgang van een algemeenheid van goederen | 215
3 Overgang van een algemeenheid van goederen volgens het Hof van Justitie | 215
4 Betekenis overgang van een algemeenheid van goederen volgens Nederlandse belastingrechter | 216
5 Enkele beschouwingen | 218
6 Slot | 221

Voorwoord

Voor u ligt de fraaie bundel *Vastgoed Fiscaal*. De bundel vindt zijn oorsprong in de door het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam al sinds 2007 jaarlijks aangeboden MasterCourse Vastgoed Fiscaal. Deze opleiding richt zich in essentie op personen die op de een of andere wijze werkzaam zijn in de vastgoedsector en hun fiscale kennis op dat vlak willen verbreden en verdiepen. De opleiding is indertijd geïnitieerd door mijn voormalige collega prof. dr. René van der Paardt die sinds een aantal jaren met emeritaat is. Daarbij is toentertijd ook de Vereniging van Vastgoedspecialisten betrokken geweest. Deze Vereniging hechtte er veel belang aan dat voor de hiervoor geduide doelgroep een gedegen fiscale opleiding beschikbaar zou zijn. De MasterCourse voldeed en voldoet daar in optima forma aan.
De Vereniging van Vastgoedfiscalisten heeft enkele jaren geleden helaas besloten zich op te heffen. Omdat de Vereniging op zich geen rol speelde bij de MasterCourse heeft dat voor deze opleiding geen gevolgen gehad. De opleiding floreert nog steeds en hopelijk zal dat ook nog lang het geval zijn. Het laatste bestuur van de Vereniging heeft besloten het liquidatiesaldo ter beschikking te stellen ten behoeve van activiteiten rondom de MasterCourse. Het Fiscaal Economisch Instituut heeft dat zeer op prijs gesteld en dankt het laatste bestuur van de Vereniging daarvoor. In het bijzonder gaat die dank uit naar drs. Michael van Gijlswijk en mr. Remco van der Zwan. We hebben daarop als Fiscaal Economisch Instituut besloten een tweetal activiteiten te entameren. In de eerste plaats is dat de totstandkoming van deze bundel waarvan het voor de hand lag de titel af te stemmen op de naam van de opleiding. In de tweede plaats vindt op 2 november 2023 een congres plaats over fiscaliteit en vastgoed. Tijdens dit congres, dat toegankelijk is voor fiscalisten en niet-fiscalisten die betrokken zijn bij vastgoed, komt een grote diversiteit van onderwerpen aan de orde waarbij enkele auteurs van deze bundel een inleiding verzorgen.
De onderhavige bundel bevat de pennenvruchten van circa 25 auteurs die ieder vanuit hun specifieke kennis een blik werpen op vastgoed. Het overgrote deel van de bijdragen heeft een fiscaal karakter zoals de titel ook aangeeft, maar er is ook een enkele bijdrage die de problematiek vanuit een ander perspectief beziet. Wij zijn als Fiscaal Economisch Instituut zeer content met de inhoud en ook de vormgeving van de bundel. Ik dank alle auteurs dan ook zeer voor hun inspirerende bijdragen. Ik nodig ieder graag uit de inhoud ervan tot zich te nemen.
De kopij is afgesloten per 1 juni 2023.

Fiscaal Economisch Instituut
Erasmus Universiteit Rotterdam
prof. dr. Peter Kavelaars

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 11 18-8-2023 14:13:12

Afkortingenlijst

AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	advocaat-generaal
AIO	Aanvullende inkomensvoorziening ouderen
AOW	Algemene Ouderdomswet
Bpb	Besluit proceskosten bestuursrecht
bv	besloten vennootschap
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
cv	commanditaire vennootschap
dga	directeur-grootaandeelhouder
ebitda	earnings before interest, tax, depreciation and amortization
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EIA	energie-investeringsaftrek
EP	Eerste protocol bij het EVRM
EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
fbi	fiscale beleggingsinstelling
FGR	fonds voor gemene rekening
FOR	fiscale oudedagsreserve
Gemw	Gemeentewet
HvJ	Hof van Justitie
LTI	Loan To Income
LTV	Loan To Value
MIA	milieu-investeringsaftrek
NFV	Notitie fiscaal verdragsbeleid
NHG	Nationale Hypotheek Garantie
NLF	NLFiscaal
NSW	Natuurschoonwet 1928
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
nv	naamloze vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OZB	onroerendezaakbelasting
PW	Pensioenwet
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SVn	Stimuleringsfonds Volkshuisvesting
SW 1956	Successiewet 1956
Uitv.reg. WOZ	Uitvoeringsregeling instructie waardebepaling Wet WOZ
Vamil	Willekeurige afschrijving milieu-investeringen
vbi	vrijgestelde beleggingsinstelling
V-N	Vakstudie Nieuws

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 13 18-8-2023 14:13:12

VRO	Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wbm	Wet belastingen op milieugrondslag
Wet BIZ	Wet op de bedrijveninvesteringszones
Wet BPM	Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992
Wet BRV	Wet op belastingen van rechtsverkeer
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet OB 1968	Wet op de omzetbelasting 1968
Wet VB 1964	Wet op de vermogensbelasting 1964
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wet WOZ	Wet waardering onroerende zaken
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wlz	Wet langdurige zorg
Wm	Wet milieubeheer
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wschw	Waterschapswet
Wtw	Waterwet
Zvw	Zorgverzekeringswet
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 14 18-8-2023 14:13:12

Kan duur ook goedkoper?

Mr. dr. M. Albers
Notaris in Amsterdam en assistant professor Erasmus School of Law

1 Inleiding

Een beperkt zakelijk recht, zoals een recht van erfpacht en een opstalrecht, wordt gevestigd bij notariële akte en de inschrijving van een afschrift van die akte in de daartoe bestemde openbare registers van het Kadaster. In de akte waarbij het recht wordt gevestigd, zullen partijen de bevoegdheden die de beperkt zakelijk gerechtigde heeft ter zake van de onroerende zaak worden bepaald. Hierbij zal in het merendeel van de gevallen ook de duur van het recht worden geregeld, zodat vastligt wanneer de bevoegdheden van de beperkt zakelijk gerechtigde eindigen (art. 5:86 jo. art. 5:104, tweede lid, BW). De rechten en bevoegdheden die voortvloeien uit het beperkt zakelijk recht (met inbegrip van de duur van het recht) bepalen de omvang daarvan. De waarde van het beperkt zakelijk recht is afhankelijk van de omvang van dat recht. De waarde van het beperkt zakelijk recht is natuurlijk ook afhankelijk van de waarde van de onroerende zaak die met dat recht is bezwaard. De waarde van het recht zal de hoogte van de (eenmalige en/of periodieke) vergoeding bepalen die de beperkt zakelijk gerechtigde verschuldigd is aan de eigenaar.
Deze waarde van en de vergoeding voor het beperkt zakelijk recht is bij de heffing van omzetbelasting en overdrachtsbelasting van belang voor de bepaling van de heffingsgrondslag. Daarnaast is deze bij de heffing van omzetbelasting ook van belang om (onder andere) de vestiging en overdracht van het beperkt zakelijk recht te kwalificeren als levering van goed of dienst (art. 3, tweede lid, Wet OB 1968).
Zowel het begin als het einde van het beperkt zakelijk recht leidt met enige regelmaat tot discussie. In deze bijdrage ga ik in op het begin en het einde van het recht van erfpacht en het recht van opstal in civiel en fiscaal perspectief.

2 Aanvang van het recht

Het beperkt zakelijk recht ontstaat door vestiging dan wel door de overdracht van de onroerende zaak onder voorbehoud van een beperkt zakelijk recht (art. 3:81, eerste lid, BW). Hierbij geldt dat voldaan moet worden aan de constitutieve vereisten die de wet stelt aan de vestiging van een beperkt zakelijk recht en de overdracht van de onroerende zaak (art. 3:81 en 3:98 BW). Ik noem het vereiste van de notariële akte en de inschrijving van een afschrift van die akte in de daartoe bestemde openbare registers (art. 3:89 BW).
De vestiging van het beperkt zakelijk recht volgt de tussen partijen gesloten obligatoire overeenkomst. Deze obligatoire overeenkomst gaat vooraf aan de notariële vestiging van het recht. In die obligatoire overeenkomst spreken partijen onder andere af wanneer het beperkt zakelijk recht ingaat en ook wanneer het eindigt. Meestal wordt afgesproken dat het recht ingaat op het moment waarop de notariële akte van vestiging wordt getekend. Vanaf dat moment krijgt de beperkt zakelijk gerechtigde ook de feitelijke beschikking over de onroerende zaak. De beperkt zakelijk gerechtigde is vanaf het moment waarop zijn recht ingaat, gehouden tot het voldoen van een canon of retributie. Een eenmalige vergoeding wordt in de meeste gevallen betaald via de notaris ten tijde van de vestiging.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 15 18-8-2023 14:13:12

Toch komt het ook voor dat partijen niet willen wachten op het passeren van de notariële akte om uitvoering te geven aan de gesloten obligatoire overeenkomst. In die gevallen wordt de onroerende zaak aan de beperkt zakelijk gerechtigde ter beschikking gesteld voordat de notariële akte is ondertekend. De beperkt zakelijk gerechtigde is meestal vanaf dat moment verplicht tot betaling van een canon of retributie. Als partijen net doen alsof het beperkt zakelijk recht is gevestigd, wordt dit aangeduid als de economische vestiging. Deze economische vestiging kwalificeert voor de heffing van overdrachtsbelasting als de verkrijging van economische eigendom en is daarmee belast op grond van art. 2, tweede lid, Wet BRV.

Voor de heffing van omzetbelasting is er geen sprake van de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht.[1] Het beperkt zakelijk recht wordt voor de omzetbelasting pas als lichamelijke zaak aangemerkt wanneer het ook juridisch wordt gevestigd (art. 15, tweede lid, Btw-richtlijn). De vestiging wordt aangemerkt als een fictieve verhuurdienst (art. 11, eerste lid, onderdeel b, laatste volzin, Wet OB 1968). Hierbij geldt overigens wel dat, om de prestatie als verhuur aan te merken, ook voldaan moet worden aan de voorwaarden die Unierechtelijk aan het begrip 'verhuur' worden gesteld. Daarbij zou het kunnen voorkomen dat de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht wordt aangemerkt als de levering van de onroerende zaak. In dat geval is het niet nodig dat het beperkt zakelijk recht als lichamelijke zaak kwalificeert.

De samenloopvrijstelling voor de heffing van overdrachtsbelasting stelt onder voorwaarden vrij, de verkrijging van onroerende zaken en rechten waaraan deze zijn onderworpen, als ter zake van die verkrijging ook omzetbelasting verschuldigd is. Als de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht voor de heffing van omzetbelasting wordt aangemerkt als fictieve verhuurdienst, is deze in beginsel vrijgesteld.[2] Daarmee kan geen beroep worden gedaan op de samenloopvrijstelling, omdat er simpelweg geen samenloop is. Bij besluit heeft de staatssecretaris van Financiën, onder voorwaarden, een tegemoetkoming geboden.[3] De obstakels voor de heffing van omzetbelasting en overdrachtsbelasting heb ik uitgebreid besproken in mijn proefschrift.[4]

Met name bij de vestiging van een recht van erfpacht komt het voor dat gebruikgemaakt wordt van tijdvakken. De tijdvakken bieden de eigenaar de mogelijkheid om na verloop van het tijdvak de grondwaarde en daarmee ook de canon te herzien. Daarbij kunnen dan ook de overige voorwaarden waaronder het recht is gevestigd, aangepast worden. In de uitgifteovereenkomst wordt aangegeven wanneer het eerste tijdvak aanvangt en ook eindigt. Hierbij wordt regelmatig een vaste begin- en einddatum genoemd, die niet afhankelijk zijn van het passeren van de notariële akte. Naar mijn mening is er geen sprake van een economische vestiging van het recht van erfpacht wanneer de datum waarop het eerste tijdvak aanvangt,

---

1 HR 27 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8145.

2 Ik laat buiten beschouwing de mogelijkheid om te kiezen voor heffing overeenkomstig art. 11, eerste lid, onderdeel b, onder 5, Wet OB 1968, alsmede de verhuur die van rechtswege belast is overeenkomstig art. 11, eerste lid, onderdeel b, onder 1 t/m 4, Wet OB 1968.

3 Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 16 maart 2017, 2017-51500, onderdeel 2.2.4.

4 M. Albers, Het beperkt zakelijk recht en enkele belastingen (diss. RUG), Rijksuniversiteit Groningen, 2017.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 16 18-8-2023 14:13:12

is gelegen voordat de notariële akte van vestiging wordt getekend. Het betreft slechts het bepalen van het moment waarop de vorenbedoelde aanpassingen kunnen worden gemaakt.

3 Einde van het recht

Het beperkt zakelijk recht kan ook eindigen. Bij het einde vervalt het recht waarmee de onroerende zaak was bezwaard. De eigenaar wordt wederom gerechtigd tot de volle en onbezwaarde eigendom van de onroerende zaak. De wet bepaalt dat een beperkt zakelijk recht onder andere tenietgaat door verloop van de tijd waarvoor het recht is gevestigd, of door de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder het beperkte recht is gevestigd (art. 3:81, tweede lid, onderdeel b, BW).

Wanneer een beperkt zakelijk recht niet voortdurend of eeuwigdurend wordt gevestigd, eindigt het recht (in beginsel) na verloop van de periode waarvoor het recht is gevestigd. Het recht van erfpacht en het recht van opstal eindigen echter niet op die einddatum indien de erfpachter dan wel de opstaller de zaak op dat tijdstip niet heeft ontruimd (art. 5:98, eerste en vijfde lid, en art. 5:107, tweede lid, BW). De rechten van de beperkt zakelijk gerechtigde blijven dan doorlopen, tenzij de eigenaar uiterlijk zes maanden na het tijdstip van het initiële einde doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt. De eigenaar en de erfpachter kunnen de verlengde erfpacht evenwel eindigen op de wijze en met inachtneming van de termijn zoals vermeld in art. 5:88 BW (art. 5:98, eerste lid, BW). Dit brengt met zich dat een recht van erfpacht, dat (bijvoorbeeld) is gevestigd voor een periode van vijf jaar, daarna nog vele jaren kan blijven voortbestaan, omdat het recht eenvoudigweg niet is opgezegd.

Hiervoor gaf ik aan dat voor de bepaling van de waarde van het beperkt zakelijk recht, de periode waarvoor het recht is gevestigd, van belang is. De duur van het recht is daarmee van belang voor de bepaling van de heffingsgrondslag voor de omzet- en de overdrachtsbelasting.[5] De heffingsgrondslag wordt gesteld op een eventuele eenmalige vergoeding, te vermeerderen met de waarde van de canon of retributie die, in beginsel forfaitair, wordt bepaald.[6,7] Bij de waardering van de canon is de duur waarvoor het recht is gevestigd een van de variabelen die de heffingsgrondslag bepaalt. Als een beperkt zakelijk recht wordt gevestigd voor een periode van vijf jaar, dan wordt de canon slechts forfaitair bepaald over die periode van vijf jaar. Bij het bepalen van de heffingsgrondslag zullen partijen geen rekening houden met het feit dat het recht mogelijk doorloopt overeenkomstig art. 5:98, eerste lid, BW. Dit is anders wanneer partijen bij de vestiging deze feitelijke doorloop (buiten de akte) wel zijn overeengekomen. In dat geval wordt de heffingsgrondslag bepaald met inachtneming van deze verlengde doorloopperiode.

Wanneer het recht na verloop van de periode waarvoor het is gevestigd, blijft doorlopen omdat het niet is opgezegd, leidt dit op dat moment niet tot een belaste verkrijging voor

---

[5] Hiernaast is deze voor de heffing van omzetbelasting mede van belang om de betreffende rechtshandeling als levering van goederen aan te merken overeenkomstig art. 3, tweede lid, Wet OB 1968.

[6] Voor de heffing van overdrachtsbelasting: art. 11, eerste en derde lid, Wet BRV, alsmede de bijlage bij het Uitv.besl. BRV. Voor de heffing van omzetbelasting: art. 8, vijfde lid, onderdeel b, Wet OB 1968, alsmede bijlage A bij het Uitv.besl. OB 1968.

[7] Ik laat hier buiten beschouwing de situatie waarbij ten tijde van de vestiging de canon of retributie wordt vooruitbetaald. Zie hiervoor ook HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1683.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 17 18-8-2023 14:13:12

de heffing van overdrachtsbelasting. De mogelijkheid dat het recht voortduurt na verloop van de periode waarvoor het recht is gevestigd, is in feite al een onderdeel van het recht, met het bestaan van de dwingendrechtelijke bepaling van art. 5:98, eerste lid, BW. Er is dan geen ruimte om een (aanvullende) verkrijging voor de heffing van overdrachtsbelasting te constateren.[8] Dit is anders wanneer op dat moment het recht van erfpacht opnieuw wordt uitgegeven dan wel wordt verlengd. Die heruitgifte dan wel verlenging leidt, in beginsel, wel tot een belaste verkrijging (art. 6, tweede lid, jo. art. 9, tweede lid, Wet BRV). De heruitgifte dan wel verlenging biedt partijen meer zekerheid dan dat zij erop moeten vertrouwen dat het recht niet wordt opgezegd. Deze zekerheid is in elk geval wenselijk bij een voornemen om het beperkt zakelijk recht dan wel de eigendom te verkopen.

4 Tussentijdse overeengekomen beëindiging

Zoals de wet bepaalt, kunnen partijen bij de vestiging van het recht van erfpacht en opstal de duur daarvan regelen (art. 5:86 jo. art. 5:104, tweede lid, BW). Het staat partijen hierbij ook vrij om overeen te komen dat het recht onder bepaalde voorwaarden tussentijds eindigt. Gedacht kan worden aan de beëindiging van het recht wanneer de publiekrechtelijke bestemming van het betreffende perceel wijzigt. Ook een zogenoemde breakoptie, waarbij een of beide partijen de mogelijkheid heeft/hebben om naar eigen inzicht het recht te doen eindigen, kom ik tegen.[9]

Met een dergelijk beding wordt de periode waaronder het recht is gevestigd, nader ingekleurd. Het tenietgaan van het recht, op grond van de bij de vestiging van het recht overeengekomen beëindigingsgrond, kan niet aangemerkt worden als de afstand dan wel de opzegging van het recht.[10] Reeds bij de vestiging van het recht wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat het beperkt zakelijk recht mogelijk minder lang voortduurt dan de overeengekomen (maximale) periode. Nu de duur van het recht van essentieel belang is voor de bepaling van de waarde van het recht, heeft het opnemen van een beëindigingsgrond tot gevolg dat de heffingsgrondslag voor de heffing van overdrachtsbelasting lager is dan wanneer deze beëindigingsgrond niet was overeengekomen. Immers de kans is aanwezig dat het recht minder lang voortduurt dan de overeengekomen (maximale) periode. De kans waarop de beëindigingsgrond werkelijkheid wordt, moet door partijen worden geschat.

Ik schets het volgende voorbeeld. Er wordt een recht van erfpacht gevestigd voor een periode van tien jaar, met een jaarlijkse canon van € 10.000. In de akte van vestiging wordt een beeindigingsgrond opgenomen waardoor het recht tenietgaat wanneer na verloop van vijf jaar de publiekrechtelijke bestemming van het perceel grond is gewijzigd, zodat woningbouw op het perceel mogelijk wordt. Partijen schatten de kans dat de bestemming binnen die vijf jaar wordt gewijzigd op 20%.

Het beperkt zakelijk recht zou een waarde van € 74.500 hebben als het recht een duur had van tien jaar en € 42.500 bij een duur van vijf jaar.[11] Naar mijn mening zou de heffingsgrond-

[8] Zie ook HR 15 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4264.

[9] Ik laat hier de houdbaarheid van dergelijke bepalingen in civielrechtelijke zin buiten beschouwing.

[10] Zie in dit kader HR 15 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4264.

[11] Hierbij is gebruikgemaakt van de tabel van de bijlage behorend bij de Wet BRV.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 18 18-8-2023 14:13:12

slag alsdan € 68.100 ((€ 74.500 * 0,8) + (€ 42.500 * 0,2)) bedragen. Hiermee zou er € 7.082 aan overdrachtsbelasting verschuldigd zijn, uitgaande van een tarief van 10,4%.
Zoals gezegd leidt het eindigen van het recht door het intreden van de beëindigingsgrond niet tot een belaste verkrijging. Wanneer partijen een dergelijke beëindigingsgrond niet opnemen, maar er in het hiervoor geschetste voorbeeld afstand wordt gedaan van het recht nadat vijf jaren zijn verlopen, levert het eindigen van het recht wel een belaste verkrijging op. Er is dan overdrachtsbelasting verschuldigd over de (restant)waarde die het recht op dat moment heeft. Wanneer het recht door partijen, dat is gevestigd voor een periode van tien jaar, wordt beëindigd na vijf jaar, heeft het een restantwaarde van € 42.500. Hierover zal overdrachtsbelasting verschuldigd zijn, die geheven wordt bij de eigenaar. Het is dus aanzienlijk goedkoper wanneer partijen bij het vestigen van het beperkt zakelijk recht deze beëindiging al overeenkomen. Immers, als de beëindigingsgrond niet is opgenomen, wordt bij de vestiging overdrachtsbelasting geheven over € 74.500 die werd geheven ten laste van de beperkt zakelijk gerechtigde. Vervolgens is bij de beëindiging over € 42.500 overdrachtsbelasting verschuldigd, die geheven wordt bij de eigenaar. In totaal is dan overdrachtsbelasting betaald over een bedrag van € 117.000 (€ 74.500 plus € 42.500) zodat in totaal € 12.168 aan overdrachtsbelasting wordt betaald. Hiermee is de totale belastingdruk dan ook hoger dan in het geval de beëindigingsgrond reeds bij de vestiging was overeengekomen. Of zoals het spreekwoord luidt: bezint eer ge begint.
Het komt echter ook voor dat partijen na verloop van tijd de voorwaarden waaronder het recht is gevestigd wijzigen. Zo zou ook de hiervoor bedoelde bepaling geschrapt kunnen worden, waarmee het recht voor de (maximale) einddatum kan worden beëindigd. Ofwel de bepaling die de mogelijkheid biedt om het recht voortijdig te beëindigen, wordt geschrapt. Het schrappen van deze bepaling houdt direct verband met de duur waaronder het recht is gevestigd. De waarde van het recht kan met het schrappen van de bepaling dan ook toenemen. De wijziging van het recht wordt fictief aangemerkt als de afstand van het bestaande recht tegen verkrijging van een nieuw recht (art. 6, tweede lid, Wet BRV). De heffingsgrondslag bij de wijziging van het recht wordt dan vervolgens gesteld op het verschil tussen de waarde van het bestaande recht en het nieuwe recht (art. 9, tweede lid, Wet BRV).
Stel, in het hiervoor geschetste voorbeeld wordt het recht na verloop van drie jaar gewijzigd, waarbij de beëindigingsgrond wordt geschrapt. Voor de waardering van het bestaande recht moet wederom worden beoordeeld wat de kans zou zijn op een beroep op de beëindigingsgrond. Wanneer de kans waarop een beroep kan worden gedaan op de beëindigingsgrond na twee jaar (dat is vijf jaar na aanvang van het recht) 20% is, moet hiermee rekening worden gehouden. Op dat moment zou het recht een waarde hebben van € 55.300 voor een resterende looptijd van zeven jaar en € 17.000 voor een resterende looptijd van twee jaar. De waarde van het nieuwe recht, zonder beëindigingsgrond, bedraagt dan ook € 55.300. De waarde van het oude recht, met beëindigingsgrond, bedraagt € 47.640 ((€ 55.300 * 0,8) + (€ 17.000 * 0,2)). Het waardeverschil tussen het oude en het nieuwe recht, en daarmee de heffingsgrondslag, bedraagt € 7.660 (€ 55.300 minus € 47.640), zodat hier overdrachtsbelasting over wordt berekend. Wanneer, ten tijde van het wijzigen van de erfpachtbepalingen, de kans waarop het recht zou worden beëindigd nihil is, zou het schrappen van de bepaling niet tot heffing leiden, omdat dan de beide waarden gelijk zijn (beide € 55.300).
Overigens zou het later opnemen van een beëindigingsgrond leiden tot een verlaging van de waarde van het recht, hetgeen leidt tot een belaste verkrijging bij de eigenaar.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 19 18-8-2023 14:13:12

5 Ontbindende voorwaarden

Hiervoor besprak ik de mogelijkheid om bepalingen op te nemen in de akte van uitgifte waarmee het recht eindigt voor de (maximale) einddatum. Dergelijke bepalingen zien op de duur van het recht en zijn naar mijn overtuiging niet aan te merken als ontbindende voorwaarden. Van een ontbindende voorwaarde is sprake als de rechtshandeling afhankelijk is gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis (art. 6:21 BW). Een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis vervallen (art. 6:22 BW). Wanneer de ontbindende voorwaarde is vervuld, dienen de verrichte prestaties ongedaan gemaakt te worden, tenzij uit de strekking van de rechtshandeling anders voortvloeit (art. 6:24, eerste lid, BW).

Dergelijke ontbindende voorwaarden eindigen veelal voordat de notariële uitgifte wordt getekend. Denk hierbij aan een financieringsvoorbehoud dat de verkrijger de mogelijkheid geeft om de uitgifteovereenkomst te ontbinden als hij niet in staat is zijn verkrijging en de beoogde bebouwing te financieren. Daarmee is de werking van de ontbindende voorwaarde redelijk beperkt in de tijd. Toch kan het ook voorkomen dat een ontbindende voorwaarde blijft doorlopen nadat de notariële akte van vestiging is gepasseerd en is ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers. Alsdan veelal gesproken van een 'Groninger akte'.

De opzet van het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de notariële akte van vestiging is dan ook veelal bedoeld om reeds uitvoering te geven aan een tussen partijen gesloten overeenkomst, waarbij partijen echter de mogelijkheid hebben om de gevolgen van die uitvoering naderhand weer terug te draaien. Dit is dus anders dan dat partijen wel degelijk uitvoering willen (blijven) geven aan de tussen hen gesloten overeenkomst, echter met de mogelijkheid om de duur daarvan te beperken.

Het terugdraaien van de gevolgen van de tussen partijen gesloten overeenkomst is een voorwaarde voor de teruggave van de reeds betaalde overdrachtsbelasting (art. 19 Wet BRV). Op verzoek wordt teruggaaf van de oorspronkelijk betaalde overdrachtsbelasting verleend, indien de toestand van vóór de verkrijging zowel feitelijk als rechtens wordt hersteld als gevolg van de vervulling van een ontbindende voorwaarde.[12] Hiermee dient in elk geval de onbezwaarde eigendom weer terug te keren bij de eigenaar. In zijn Besluit van 3 oktober 2019[13] geeft de staatssecretaris onder andere aan:

> 'Voor een feitelijk en rechtens herstel van de toestand van vóór de verkrijging, moet de verkoper onder meer de door hem ontvangen koopsom geheel restitueren.'

De terugbetaling van de koopsom lijkt, in de ogen van de staatssecretaris, een voorwaarde te zijn voor de toepassing van de faciliteit. Dit lijkt mij ook wel een begrijpelijke voorwaarde. Ik zou mij ook kunnen voorstellen dat hetzelfde geldt voor de terugbetaling van een eenmalige vergoeding aan de (voormalig) erfpachter bij de ontbinding van de erfpacht. Maar wat nu als door de verkrijger alleen maar een periodieke canon is voldaan aan de eigenaar van wie hij het recht van erfpacht heeft gekregen? De vraag ontstaat of deze door de verkrijger aan de

---

[12] Hierbij kan ook gebruikgemaakt worden van de vrijstelling van art. 15, eerste lid, onderdeel r, Wet BRV voor de verkrijging door de eigenaar ten gevolge van de ontbinding.

[13] Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 oktober 2019, 2019-128190, Stcrt. 2019, 57039.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 20 18-8-2023 14:13:12

eigenaar betaalde canon, volledig moet terugkeren bij de (voormalig) erfpachter. Ik zou menen dat dit het geval is. De eenmalige vergoeding is veelal het substituut voor een periodieke canon. Ofwel de eenmalige vergoeding kan worden aangemerkt als de vooruitbetaling van toekomstige canonbetalingen. Ik zie dan niet in waarom de eenmalig betaalde vergoeding wel zou moeten worden terugbetaald en de vervangende periodieke canonverplichting niet.

6 Tot slot

Bij het vestigen van een beperkt (zakelijk) recht kunnen partijen de duur waaronder het recht wordt gevestigd nader invullen. Hierbij hebben zij ook de mogelijkheid om beëindigingsgronden overeen te komen, waarmee het recht eindigt voordat de maximale periode waarvoor het recht is gevestigd, is verstreken. Bij de berekening van de heffingsgrondslag moet rekening worden gehouden met deze voortijdige beëindiging. Hiermee is de heffingsgrondslag lager dan dat er geen rekening gehouden zou worden met deze beëindiging. Daarnaast leidt de beëindiging op grond van deze bepaling niet tot een belaste verkrijging. Het opnemen van een dergelijke bepaling kan dan ook tot een aanzienlijke besparing leiden.
Een dergelijke bepaling dient echter niet verward te worden met een overeengekomen ontbindende voorwaarde. Hoewel beide regelingen ertoe leiden dat de onbezwaarde eigendom terugkeert bij de eigenaar, is de opzet en uitwerking geheel anders.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 21 18-8-2023 14:13:12

Bouwsparen

Dr. D.A. Albregtse
Gepensioneerd fiscalist, voorheen FEI BV

1 Inleiding

In oktober 1990 heeft het Instituut voor Fiscale Economie en Economie van de Publieke Sector van de Erasmus Universiteit Rotterdam — het huidige FEI BV — verslag uitgebracht van een onderzoek, uitgevoerd in opdracht van de Nederlandse Spaarbankbond in Amsterdam, over bouwsparen.[1] Het onderzoek was erop gericht of fiscaal gefaciliteerd bouwsparen, dat in de toenmalige BRD al vanaf het begin van de twintigste eeuw bestond en effectief bleek te zijn[2] ook in de Nederlandse context een effectief instrument zou kunnen zijn om het eigenwoningbezit te stimuleren. De conclusies die uit het onderzoek getrokken konden worden, waren nogal terughoudend. Met name het toenmalige ruime hypotheekrenteaftrekregime, de mogelijkheid van aflossingsvrije hypotheken en de ruime woningmarkt maakten het voor hogere en middeninkomens mogelijk om een eigen woning aan te schaffen, zonder daarvoor eerst te sparen. Bij de lagere inkomensgroepen ontbrak veelal de spaarcapaciteit om aan een eventuele fiscaal gefacilieerde bouwspaarregeling deel te nemen.

2 Bouwsparen

2.1 Inleiding

Intussen is 2023 de situatie op de hypotheek- en woningmarkt ten opzichte van 1990 een geheel andere. Aflossingsvrije hypotheken worden niet langer fiscaal gefaciliteerd, het hypotheekrenteaftrekbeleid is versoberd. Kopers moeten vaak een hoog bedrag aan eigen geld inbrengen, alvorens zij een hypotheek kunnen afsluiten. Daarenboven is er een groot gebrek aan nieuwe woningen, waardoor ook de doorstroming stokt. De vraag die ik in deze bijdrage wil beantwoorden is of anno 2023 fiscaal gefaciliteerd bouwsparen in Nederland wél een succesvol middel zou kunnen zijn in het kader van het huisvestingsbeleid. Met name de woningnood geeft aan de mogelijkheid van het succesvol zijn van gefacilieerd bouwsparen een push.

2.2 De vormgeving van een fiscaal gefaciliteerde bouwspaarregeling

Uitgangspunt is de mogelijkheid van het afsluiten van een bouwspaarrekening bij een bank of een andersoortige financiële instelling, bijvoorbeeld een levensverzekeringsmaatschappij. Denkbaar is dat over het tegoed een relatief hoge rente kan worden vergoed. Fiscaal

---

1 D.A. Albregtse, S. Cnossen en L.G.M. Stevens, 'Fiscaal begeleid bouwsparen: een nieuw instrument ter bevordering van het eigen woningbezit', in: Bouwsparen, Instituut voor Fiscale Economie en Economie van de Publieke Sector, EUR, Rotterdam, oktober 1990, p. 28.

2 M.H.M. Smeets, 'Bouwsparen in de Bondsrepubliek Duitsland en de fiscale regelgeving ter zake', in: Bouwsparen, Instituut voor Fiscale Economie en Economie van de Publieke Sector, EUR, Rotterdam, september 1990, p. 54.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 23 18-8-2023 14:13:12

zou een en ander kunnen worden gestimuleerd, uitgaande van het momenteel bestaande belastingstelsel, door (a) een geheel of gedeeltelijke vrijstelling van het gespaarde vermogen in box 3 en/of (b) het aftrekbaar stellen van de inleg, geheel of tot een bepaald maximum in box 1 te verlenen ten behoeve van de bouwspaarder zelf.[3] Daarnaast zou het toekennen van een onbelaste overheidspremie kunnen worden overwogen. Bovendien is denkbaar om extra vrijstellingen in de successiewetgeving op te nemen ten behoeve van ouders, grootouders of bijvoorbeeld oudooms en oudtantes die de bouwspaarder willen ondersteunen om op termijn een woning te kunnen kopen. Hierdoor kunnen win-winsituaties ontstaan, doordat bij latere vermogensoverdracht, bijvoorbeeld na het overlijden van een betrokken familielid successierecht wordt bespaard.

2.3 Op welke categorieën woningzoekenden kan een gefaciliteerde bouwspaarregeling worden gericht?

We onderscheiden in eerste instantie twee potentiële doelgroepen waarvoor een gefaciliteerde bouwspaarregeling aantrekkelijk zou kunnen zijn, te weten (a) de starters op de woningmarkt en (b) de doorstromers.

Wat de eerste categorie betreft — de eigenlijke starters — dient gedacht te worden aan goed opgeleide en goedverdienende jongeren of in elk geval jongeren met goede verdienmogelijkheden in de toekomst die nog bij hun ouders inwonen, dan wel weer bij hun ouders inwonen, zoals momenteel veel voorkomt bij afgestudeerden die niet in een studentenhuis mogen blijven wonen, terwijl eigen huisvesting, gezien het woningtekort, niet voor de hand ligt. Onder starters versta ik in deze bijdrage ook de in het algemeen goed opgeleide, al dan niet samenwonende jongere tweeverdieners zonder kinderen die nog geen definitieve woonkeuze hebben gemaakt en wier woonlasten vaak nog relatief bescheiden zijn.

Bij doorstromers gaat het daarentegen om degenen die al over eigen huisvesting beschikken, hetzij een huurwoning, hetzij een eigenwoning die aanvankelijk aan hun woonwensen voldeed, maar die na verloop van tijd een koopwoning willen, dan wel een andere duurdere of beter bij hun veranderende woonwensen passende koopwoning wensen te kopen. Bij dat laatste geval kan worden gedacht aan ouders, wier kinderen de deur uit zijn en die kleiner willen gaan wonen.

3 Starters en doorstromers

3.1 De starters

Starters op de woningmarkt zijn in eerste instantie degenen die geen eigen huisvesting hebben. Een belangrijke groep, waarvoor de bouwspaarregeling interessant kan zijn, zijn de hierboven aangegeven (weer) thuiswonenden. Ook dak- en thuislozen zijn mogelijke starters, maar voor die groep lijkt mij een bouwspaarregeling minder voor de hand te liggen.

Wat de groep thuiswonende starters betreft, schept met name het huidige tekort aan woningen in de tijd gezien ruimte voor sparen vooraf. Wel is daarbij van belang na te gaan wat

[3] Op dit moment staat het box 3-systeem ter discussie. Overwogen wordt om over te gaan op een belastingheffing over de feitelijk genoten vermogensinkomsten. In dat geval komt de onder de Wet IB 1964 spelende problematiek weer in beeld.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 24 18-8-2023 14:13:12

de spaarcapaciteit is van de potentiële bouwspaarders. Het gaat daarbij onder andere om afgestudeerden met een vrij hoge, nog af te lossen studieschuld. Dat geldt zeker voor degenen die studeerden onder het leenstelsel.[4] In elk geval is de spaarcapaciteit van deze groep starters van groot belang voor het effectief zijn van bouwspaarregelingen. Voor te stellen zou zijn de aflossing van de studieschuld in te bouwen in de bouwspaarregeling. Voorts kan een beroep worden gedaan op ouders, grootouders en andere naaste verwanten van de bouwspaarder door faciliteiten in de sfeer van de Successiewet te verlenen, waardoor win/win situaties kunnen ontstaan, zoals ik eerder aangaf. Overigens is de verhouding van de thuiswonende afgestudeerde en de ouders, vooral ook in financieel opzicht, van belang. Denk aan het bedrag van het te betalen kostgeld, maar ook met de financiële positie waarin de ouders verkeren. Gaat het om vermogende ouders of behoren ze tot de lagere inkomensgroepen? Tussen beide factoren kan uiteraard een wisselwerking ontstaan.
Ten slotte kunnen toekomstperspectieven een rol spelen. Heeft de (nog) thuiswonende trouw- of samenwoningsplannen en is in dat geval sprake van een kinderwens? De financiële positie van de partner gaat dan een rol spelen en bij een kinderwens moet dan na verloop van een aantal jaren rekening worden gehouden met het terugvallen van het (gezamenlijk) inkomen — ook wel de armoedeval genoemd — terwijl ook het hebben van kinderen extra kosten met zich brengt.[5]
De in de vorige alinea genoemde factoren spelen ook zeker een belangrijke rol bij de tweede door ons onderscheiden groep starters. Ook bij jonge stellen speelt vaak een kinderwens en als die in vervulling gaat, treedt ook bij hen veelal de armoedeval op, waarbij in elk geval tijdelijk de spaar- en verdiencapaciteit terugvalt.

3.2 De doorstromers

Zoals eerder is aangegeven kunnen binnen de groep doorstromers twee subgroepen worden onderscheiden, te weten degenen die van een huurwoning naar een koopwoning willen verhuizen en degenen die van een koopwoning naar een andere koopwoning willen verhuizen.

VAN HUURWONING NAAR KOOPWONING

Hierbij gaat het om personen, alleenstaanden dan wel samenwonenden, die in eerste instantie hebben gekozen voor een huurwoning met een vaak bescheiden huur, bijvoorbeeld omdat ze nog een baan zochten en nog niet wisten waar — in welke regio — ze hun werkkring zouden vinden. Maar die op termijn een koopwoning wensen. Ook zij kunnen te maken krijgen met de huidige woningnood. De noodzaak om te verhuizen kan namelijk nijpend worden als bijvoorbeeld gezinsuitbreiding noodzaakt tot verhuizing. Ik vraag me af of in dat geval gefaciliteerd bouwsparen een optie is. Ook bij verhuizing vanwege het aannemen van een andere baan lijkt mij gefaciliteerd bouwsparen een minder effectief instrument, zij het dat hierbij de afstand tussen de plek waar de aanvankelijk bewoonde huurwoning

---

[4] Met ingang van het studiejaar 2023/24 wordt de basisbeurs die tot het studiejaar 2015/16 bestond weer grotendeels in ere hersteld.

[5] Meer terzijde kan nog de situatie zijn dat intussen beide ouders zijn overleden, waardoor de starter een (deel van de) erfenis heeft verkregen. Naarmate de omvang daarvan hoger is, zal de behoefte van gefaciliteerd bouwsparen afnemen.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 25 18-8-2023 14:13:12

ligt en de nieuwe werkplek van belang is. In andere gevallen, waarbij van noodzakelijke verhuizing naar een grotere woning geen sprake is, lijkt mij gefaciliteerd bouwsparen wel een aantrekkelijke optie. Zeker als het gaat om personen met een voldoende spaarcapaciteit en verdiencapaciteit.

VAN KOOPWONING NAAR KOOPWONING

Ten aanzien van doorstromers die in een koopwoning wonen, maar een andere koopwoning wensen te kopen kunnen verschillende factoren een rol spelen. Ook hierbij kan van belang zijn of verhuizing naar een andere (ruimere) koopwoning vanwege bijvoorbeeld gezinsuitbreiding of het aannemen van een andere betrekking in een andere regio noodzakelijk is. Behalve de spaar- en verdiencapaciteit van de bewoners kan hierbij ook de prijsontwikkeling op de markt van koopwoningen een rol spelen. Van belang is of sprake is van een markt van stijgende huizenprijzen, dan wel van dalende huizenprijzen. Ook mogelijke verschillen in prijzen tussen categorieën koopwoningen kunnen van invloed zijn.[6] Voorts is van belang of de koopwoning die men wenst een ruimere, dat wil zeggen veelal duurdere koopwoning is dan wel een kleinere woning. Bij verhuizing vanuit een goedkopere naar een duurdere koopwoning kan voor de betrokken bewoners gefaciliteerd bouwsparen lucratief zijn. Vraag is echter of de overheid sparen voor die groep wel *wil* stimuleren. Ze kan de overheid grenzen stellen aan de budgettaire lasten die de gefaciliteerde bouwspaarregeling met zich mag brengen. Ook inkomenspolitieke redenen kunnen er zijn om deze groep doorstromers niet of minder te faciliteren. Voor de groep ouder wordende doorstromers die naar een kleinere koopwoning willen, bijvoorbeeld omdat de kinderen het huis uit zijn of het onderhoud van de grotere woning (vaak met tuin) voor hen te zwaar wordt, lijkt mij bouwsparen minder relevant.[7]

4 Bouwsparen en tussenvormen van koop- en huurwoningen

Nadat het bouwspaaronderzoek in oktober 1990 was afgerond heeft het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam begin 1992 verslag uitgebracht van een onderzoek, uitgevoerd in opdracht van het toenmalige ministerie van VROM, naar de mogelijkheid om het eigenwoningbezit te stimuleren door het creëren van tussenvormen van koop en huur.[8] Hierbij valt te denken aan huurkoopwoningen, groeiend eigendom en maatschappelijk gebonden eigendom. Het creëren van dergelijke tussenvormen zou gefaciliteerd bouwsparen aantrekkelijker kunnen maken. Ze kunnen een aantal hierboven gesignaleerde knelpunten wegnemen die bouwspaarregelingen minder effectief doen zijn. Ze vergen in eerste instantie over het algemeen minder spaar- en verdiencapaciteit en kunnen de negatieve gevolgen van de zogenoemde armoedeval geheel of gedeeltelijk opvangen.

---

6 Denk aan verschillen in prijsontwikkelingen tussen vrijstaande huizen en rijtjeshuizen of appartementen.

7 Overigens zijn voor ouderen die 'kleiner' willen gaan wonen, de prijzen voor geschikte vaak luxe appartementen, vrij hoog. Uiteraard kan de betreffende doorstromer ook kiezen voor het huren van een appartement.

8 Ministerie van VROM, Fiscale aspecten van tussenvormen van koop en huur van woningen, Den Haag, februari 1992, p. 68. Onderzoekers waren D.A. Albregtse, K.L.B. Cornelisse en H. Wiekhart.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 26 18-8-2023 14:13:12

Twee tussenvormen vind ik vooral geschikt om genoemde knelpunten als gevolg van (tijdelijk) verminderde spaar- en verdiencapaciteiten, te weten (a) groeiend eigendom en (b) huurkoop van woningen.[9]

Groeiend eigendom is een tussenvorm, waarbij een deel van de woning wordt gehuurd en een deel van de woning wordt gekocht. Om het eigenwoningregime deelachtig te kunnen zijn, worden wel minimale eisen gesteld aan de omvang van het koopdeel. Dit dient minimaal 50% te zijn.[10] De flexibiliteit van het systeem zit erin dat het koopdeel geleidelijk kan worden uitgebreid en dat de uitbreiding ervan kan worden onderbroken, dan wel kan worden teruggenomen, zij het dat men aan het criterium van 50% eigendom moet blijven voldoen. Met name in de eerder geconstateerde armoedevallen kan dat uitkomst brengen.

Bij huurkoop van woningen moet gedacht worden aan het geleidelijk verwerven van een eigen woning. De huurkoopsom die periodiek wordt betaald, bevat een deel huur en een deel koopsom. Deze tussenvorm lijkt mij met name geschikt voor degenen die wonen in een huurwoning en op termijn een koopwoning wensen, maar daartoe alsnog te weinig spaar- en verdiencapaciteit hebben. Bouwsparen kan hierbij ook voor hen een belangrijk (aanvullend) middel zijn om op termijn een eigen woning te verwerven.

5 Conclusies

Ik sluit af met een aantal conclusies:

- Het in de jaren 90 van de vorige eeuw geldende ruime hypotheekrenteaftrekregime, de mogelijkheid van aflossingsvrije hypotheken en de ruime woningmarkt maakten het voor hogere en middeninkomens aantrekkelijk om een eigen woning aan te schaffen. Sparen vooraf was minder voor de hand. De conclusies die getrokken werden het onderzoek naar de effectiviteit van fiscaal gefaciliteerd bouwsparen waren daarom ook nogal terughoudend.
- De situatie op de hypotheek- en woningmarkt is anno 2023 drastisch gewijzigd. Met name het huidige gebrek aan nieuwe woningen kan fiscaal gefaciliteerd bouwsparen aantrekkelijk maken.
- Met name voor starters met alsnog bescheiden lasten en een relatief hoge (toekomstige) verdiencapaciteit kan fiscaal gefaciliteerd bouwsparen aantrekkelijk zijn. Hetzelfde geldt voor doorstromers die in een huurwoning wonen, waarvan de huur en overige woonlasten bescheiden zijn en wier (toekomstige) verdiencapaciteit voldoende hoog is.
- Voor doorstromers die al in een koopwoning wonen, zie ik weinig redenen op gefaciliteerd bouwsparen te stimuleren. Met name ook het fiscaal inkomensbeleid kan grenzen stellen aan het aanbieden van gefacilieerde bouwspaarregelingen aan deze groep doorstromers.
- Om de gesignaleerde knelpunten, zoals het terugvallen van de verdiencapaciteit als gevolg van onder andere de armoedeval op te vangen, valt te denken aan het aanbieden van tussenvormen van koop en huur van woningen. Met name groeiend eigendom en huurkoop van woningen lijken mij hiertoe het meest geëigend.

---

[9] Zie hierover D.A. Albregtse en K.L.B. Cornelisse, 'Tussenvormen van koop en huur van woningen fiscaal bezien', WFR 1993/500, en D.A. Albregtse, 'Tussen koop en huur van woningen: een eindstand?', WFR 1999/54.

[10] Brief van de minister van Financiën van 26 oktober 1998, 98/4002, V-N 1998/41.21.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 27 18-8-2023 14:13:12

De eigen woning als toekomstvoorziening

Drs. J.E. van den Berg
Duoberg Consultants B.V.

1 Inleiding

Al decennia lang vindt er een discussie plaats rond de (fiscale) positie van de eigen woning. Veel rapporten zijn hierover verschenen. Alle rapporten geven adviezen rond de fiscale positie van de eigen woning (box 1, box 3 of een eigen box), de aftrek van de eigenwoningrente en de ingewikkeldheid van de fiscale spelregels rond die eigen woning.[1] De rode draad in de onderzoeken is dat het huidige fiscale stelsel rond de eigen woning niet efficiënt, ondoelmatig, ingewikkeld en niet goed controleerbaar, uitvoerbaar en handhaafbaar is. Bovendien is het lastig de belastingplichtigen bij te scholen op het gebied van deze spelregels. Zeker als ze zo vaak veranderen. Daarmee wordt het hoog tijd om de eigen woning vanuit een andere richting aan te vliegen.

2 Opbouw toekomstvoorzieningen

Tot het eind van de vorige eeuw was de opbouw van toekomstvoorzieningen eenvoudig. Er was AOW en voor velen pensioen. Het aantal zzp'ers was relatief gering en die konden gebruikmaken van een opbouw van de oudedagsreserve (FOR) of de aankoop van (oudedags) lijfrenten. In zijn proefschrift verwoordde Dietvorst de opbouw met het zogenoemde driepijlerstelsel (figuur 1).[2]

In de volgende decennia veranderde de opbouw voor toekomstvoorzieningen spectaculair. Veel fiscale faciliteiten werden verminderd (opbouw pensioen, langere opbouw AOW en sterke inperking van de opbouw van lijfrenteverzekeringen). Andere faciliteiten werden beeindigd (opbouw van kapitaalverzekeringen en FOR). Tegelijkertijd is met name het aantal mensen dat minder of geen pensioen opbouwt het laatste decennium sterk toegenomen. Denk hierbij aan de vele baanwisselingen en het toenemend aantal zelfstandigen (zzp'ers).

In 2004 voegde ik daarom aan de drie pijlers een vierde pijler bancaire producten (banksparen, spaarloon en groen sparen) en een vijfde pijler met vrije besparingen (eigen woning

---

1 De belangrijkste rapporten van de laatste jaren zijn:
– Panteia, Evaluatie complexiteit fiscale eigenwoningregeling (rapport), juli 2019, www.eerstekamer.nl;
– SEO Economisch Onderzoek, Evaluatie doeltreffendheid en doelmatigheid eigenwoningregeling (rapport), 16 december 2019, www.seo.nl;
– Ministerie van Financiën, 'Bouwstenen voor toekomstig belastingstelsel gepresenteerd' (nieuwsbericht), 18 mei 2020, onderdelen 81 t/m 84, 90 en 151, www.rijksoverheid.nl;
– CPB, Kansrijk woonbeleid, www.cpb.nl;
– NOB, Het versneld afbouwen van het voordeel van de eigenwoningrente, 9 oktober 2018, www.nob.net.

2 G.J.B. Dietvorst, De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen, Kluwer, Deventer 2003, p. 69.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 29 18-8-2023 14:13:13

Figuur 1. (uit de dissertatie van Dietvorst)

Toekomstvoorzieningen

Wettelijk	*Arbeidsgebonden*	*Eigen initiatief*
AOW AWW/ANW AAW	ZW/WAO/WW pensioen – ondernemingspensioen – bedrijfspensioen – beroepspensioenfonds – verzekeringsmaatschappij arbeidsongeschiktheids-verzekeringen FOR stakingslijfrente	kapitaalverzekeringen lijfrenteverzekeringen *premievrijstelling invaliditeit*

en box 3 vermogen) toe.[3] Dietvorst volgde in 2010 met zijn vierde pijler (Human Capital) en een vijfde pijler (het zelf gespaarde eigen vermogen, inclusief overwaarde eigen woning).[4] Daar waar de pijlers AOW en pensioen dunner zijn geworden, gaat het eigen vermogen (met de eigen woning) een steeds grotere rol spelen bij het stutten van het toekomstvoorzieningen huis.

Bij de meeste huishoudens bestaat het vermogen in pijler 5 vooral uit onroerend goed in de vorm van de eigen woning. De eigen woning is ook voor de 10% rijkste huishoudens over het algemeen nog het belangrijkste vermogensbestanddeel. Tot het 96%-percentiel vormt de nettowaarde van de eigen woning nog altijd minimaal de helft van het totale netto vermogen van dat huishouden. Voor de percentielen daarboven daalt het aandeel van de eigen woning echter snel en neemt het aandeel van het aanmerkelijk belang, ondernemingsvermogen en de nettowaarde overig vermogen toe.[5]

Ook het CBS stelt vast dat de eigen woning verre weg het grootste vermogensbestanddeel van elk huishouden is (figuur 2). Duidelijk is dat de eigen woning een steeds belangrijker rol speelt in de het stutten van het huis van de toekomstvoorzieningen.

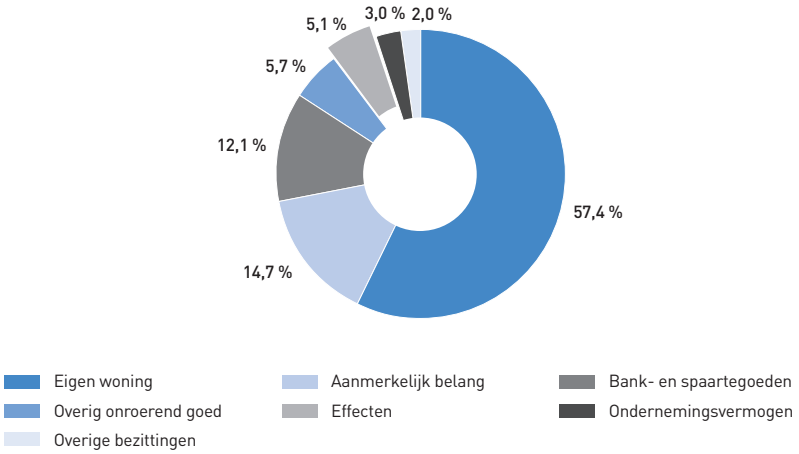
[3] J.E. van den Berg, De vijf pijlers van toekomstvoorzieningen, VfP 2004/11, p. 26.

[4] G.J.B. Dietvorst, Pensioen Expeditie, Eureko Academy Life & Pensions, 2011.

[5] Rijksoverheid, 'Licht uit, spot aan: de vermogensverdeling' (IBO-rapport Vermogensverdeling), 5 juli 2022, p. 34 e.v., www.rijksoverheid.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 30 18-8-2023 14:13:13

Figuur 2. Opbouw totale bezittingen van 2.696 miljard euro, 1 januari 2020 (CBS, 2021, figuur 5.1.1)



3 Eigen woningbezit is een publiek belang

De Nederlandse overheid ziet de woningmarkt als een publiek belang. Daarom interveniëert de overheid op veel terreinen van de woningmarkt. Denk hierbij aan maatregelen rond de aftrekbaarheid van de hypotheekrente, isolatie of huurregulatie.

De afgelopen vijftig jaar is er op de woning- en hypotheekmarkt veel gebeurd. Het aantal woningen is, in lijn met de groei van de bevolking en van het aantal huishoudens, sterk toegenomen (van vijf miljoen woningen in 1980 naar ruim acht miljoen in 2021).[6]

In de periode 2021 t/m 2034 is de verwachting dat het totaal aantal huishoudens met 849.000 toeneemt, van 8,0 miljoen naar 8,9 miljoen, een groei met 10,5%. De sterke toename van het aantal huishoudens wordt vooral veroorzaakt door de toename van het aantal alleenstaanden.[7] Voor deze toename zijn ook weer woningen nodig.[8]

Het kabinetsbeleid was er rond de eeuwwisseling op gericht om het eigenwoningbezit te bevorderen. In 2000 verscheen de nota *Mensen, wensen, wonen*. Met het volgende beleid wilde het kabinet het eigen woningbezit vergroten:[9]

1. het betrekken van de burger bij de woonomgeving;
2. het voeren van een sociaal woonbeleid;

---

6 CBS, database Stateline, januari 2022.

7 Het aantal huishoudens in Nederland neemt toe. Begin jaren 70 van de vorige eeuw telde Nederland ongeveer 4 miljoen huishoudens, in het jaar 2000 waren dat er al bijna 6,8 miljoen en begin 2021 iets meer dan 8 miljoen. Daaronder waren 3,1 miljoen eenpersoonshuishoudens en ruim 4,9 miljoen meerpersoonshuishoudens. De prognose voorziet een verdere toename van het aantal huishoudens. In 2038 wordt waarschijnlijk het aantal van 9 miljoen huishoudens bereikt (CBS 2021).

8 ABF Research, Vooruitzichten bevolking, huishoudens en woningmarkt. Prognose en scenario's 2021-2035 (in opdracht van het ministerie van BZK/DGBRW), Delft, 29 juni 2021.

9 Ministerie van VROM, Mensen, wensen, wonen (nota), 2000, p. 25 en 26.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 31 18-8-2023 14:13:13

3. het bevorderen van wonen en zorg op maat;
4. het verbeteren van de stedelijke woonkwaliteit;
5. het bevorderen van 'groen wonen'.

In de vervolgnota *Integrale visie op de woningmarkt* van het eerste kabinet-Rutte zijn deze speerpunten deels onderschreven en verder uitgewerkt.[10] In de nota wordt geconcludeerd dat wonen een eerste levensbehoefte is. Verder wordt onder andere voorgesteld dat verkoop van een huurwoning tot verbetering van de leefbaarheid en veiligheid leidt en dat overtollige regels moeten worden afgeschaft. De nota sluit af met: '(…) daarnaast draagt de eigen woning bij aan het opbouwen van eigen vermogen en meer zelfredzaamheid. Gezien de ontwikkelingen rond pensioen en zorg is dit van wezenlijk belang (…).'
In het coalitieakkoord 2021-2025 is weinig te vinden over de relatie wonen en pensioen. In het akkoord wordt opgemerkt dat er een prioriteit is om te zorgen voor een woning voor iedereen, of je die nu huurt of koopt.[11] Verder is expliciete aandacht voor innovatieve woonvormen en voor de mogelijkheid voor iedereen, ongeacht inkomen, om betaalbaar langer thuis te blijven wonen met zorg.[12]
De eigen woning lijkt dus, ook bij de overheid, niet meer op zichzelf te staan, maar vormt een onderdeel in de opbouw van toekomstvoorzieningen (inclusief zorg).

4 Redenen om (g)een eigen woning te bezitten

Er is veel onderzoek gedaan naar de effecten van het eigen woningbezit. In de eerste plaats is er bij aankoop van een woning de opwinding, emotie en trots, om nu eigenaar te zijn. Uit studies blijkt dit ook.[13] Bij eigenaren is de tevredenheid over de eigen woning dan ook groot. 86% van de Nederlanders is tevreden of zelfs zeer tevreden over de huidige woning. Eigenaarbewoners zijn beduidend vaker zeer tevreden over hun woning dan huurders. Dat geldt zowel voor eigenaren van een eengezinswoning als voor eigenaren van een appartement.[14]
Uit een onderzoek (met een grappige uitkomst) in China blijkt dat eigenwoningbezit in stedelijke gebieden niet alleen positief samenhangt met iemands algehele geluk, maar ook dat gezamenlijk eigendom, waarbij onroerend goed gezamenlijk eigendom is van echtgenoten, wordt geassocieerd met hogere niveaus van geluk in vergelijking met alleen eigendom.[15]

---

[10] Integrale visie op de woningmarkt 2010-2011, p. 17.

[11] Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021-2025, p. 15, www.rijksoverheid.nl.

[12] Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021-2025, p. 35, www.rijksoverheid.nl.

[13] F. Larceneux and M. Andrew, The role of emotion in a housing purchase: An empirical analysis of the anatomy of satisfaction from off-plan apartment purchases in France, 15 november 2018, p. 1, DOI:10.1177/0308518X18817539.

[14] F. Larceneux and M. Andrew, The role of emotion in a housing purchase: An empirical analysis of the anatomy of satisfaction from off-plan apartment purchases in France, 15 november 2018, p. 74, DOI:10.1177/0308518X18817539.

[15] M. Hu en W. Ye, 'Eigenwoningbezit en subjectief welzijn: een perspectief vanuit eigendomsheterogeniteit', Journal of Happiness Studies (21) 2020, p. 1059-1079.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 32 18-8-2023 14:13:13

Rond het eigenwoningbezit wordt verondersteld dat wijken met veel koopwoningen maatschappelijk stabieler zijn. Woningeigenaren verhuizen minder vaak dan huurders. De grote investering in de eigen woning en het feit dat ze er lang in blijven wonen, leidt ertoe dat woningeigenaren hun eigendom goed onderhouden en verduurzamen.[16] Daardoor blijft de wijk beter onderhouden en zijn ze aantrekkelijker dan wijken met veel huurwoningen.
Eigenwoningbezit is goed voor de economie. Een eigen woning is nooit klaar. Er moet continu worden verbeterd. Verder verkopen huiseigenaren na gemiddeld tien jaar doorgaans hun starterswoning en ruilen deze in voor een duurdere grotere woning.
Eigenwoningbezit heeft ook nadelen. Zo zijn deze bezitters minder mobiel dan huurders. Allereerst kunnen huishoudens zich 'gevangen' voelen in eigen woning, terwijl zij zouden willen verhuizen naar een andere woning. Daarnaast zijn woningeigenaren ook minder geneigd om te verhuizen voor werk. Dit ontmoedigt de arbeidsparticipatie.
Een ontwikkeling die vaak over het hoofd wordt gezien ziet op de sociale (on)gelijkheid. Door woningbezit te stimuleren, vergroten overheden de vermogensongelijkheid in Europese samenlevingen, zeker nu steeds meer huizen worden verkocht om te kunnen verhuren. Terwijl jonge mensen niet kunnen kopen en zich dure huurwoningen niet kunnen veroorloven, worden vermogende huizenbezitters steeds rijker door te beleggen in woningen die in waarde stijgen. In de meeste landen wordt die ongelijkheid voorlopig alleen maar groter.[17]

5 Wat vindt de woningbezitter van een woning als pensioen?

De meeste eigenwoningbezitters zien hun woning niet als een pensioenvoorziening. Dit blijkt onder andere uit het proefschrift van Toussaint. De woning wordt gezien als een *nest egg* en daarmee als 'appeltje voor de dorst', om achter de hand te houden.[18] Slechts 23% van de, bij haar onderzoek betrokken respondenten, antwoordden dat zij 'wel' of 'misschien' de eigen woning als een aanvulling op (toekomstig) pensioen zagen.
De tweede reden ligt bij de kinderen. Veel woningbezitters willen de waarde van de woning nalaten aan hun kinderen.[19] Over de wijze van denken over de eigen woning in relatie tot toekomstvoorzieningen is, voor zover mij bekend, in Nederland geen onderzoek gedaan op het terrein van de psychologie of andere gedragswetenschappen.

6 Geldovertuigingen

Interessant is de vraag waarom de eigen woning niet zo snel wordt gezien als een pensioenvoorziening. Dit heeft waarschijnlijk te maken met zogenoemde 'geldscripts' of 'geldovertuigingen'. Iedereen heeft geldovertuigingen. Dit is namelijk automatisch gedrag rond financiële

[16] De resultaten van het WoonOnderzoek Nederland 2018, p. 6.

[17] R.I.M. Arundel, The end of mass homeownership, 2017, hoofdstuk 4. Het onderzoek is in Engeland gedaan, maar geldt naar mijn mening ook voor de Nederlandse markt. Wel heeft de Nederlandse wetgever inmiddels regelgeving ontwikkeld om koop gevolgd door verhuur te ontmoedigen.

[18] J. Toussaint, Housing wealth in retirement strategies, 2017, p. 135-136. Dit onderzoek is al wat ouder. Ik verwacht dat het percentage van 23%, met het toenemend aantal zelfstandigen, is gegroeid.

[19] WRR, Wonen, zorg en pensioenen, 2012, p. 190.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 33 18-8-2023 14:13:13

zaken die op ons pad komen. Uit onderzoek blijk dat geldovertuigingen diep geworteld zijn.[20] Geldovertuigingen sturen financieel gedrag en bepalen dan ook de beslissingen die worden genomen. Ze zijn vaak gebaseerd op ervaringen uit de jeugd. Die ervaringen zijn in het brein opgeslagen in scripts of gedrag. In stressvolle situaties (als echtscheiding) komt dit gedrag automatisch naar voren. Vaak zonder dat die persoon zich daar bewust van is. Aangezien in de meeste gezinnen weinig over geld wordt gesproken, zijn de meeste geldovertuigingen ontstaan door observaties door het kind. Wat een kind dan ziet is dat de waarde van de woning niet als toekomstvoorziening wordt gebruikt, maar als 'appeltje voor de dorst' of dat het erft.

7 Aanbevelingen

7.1 Inleiding

Vanuit de voorgaande paragrafen heb ik een aantal aanbevelingen. De aanbevelingen zijn gericht aan de fiscaal en financieel adviseur, de financieringsinstellingen en de wetgever. De aanbevelingen zijn kort en bedoeld om verder over na te denken en in de praktijk invulling aan te geven.

Een aanbeveling van meer algemene aard is zorg voor voldoende kennis geld(stromen). Dit moet eigenlijk al in het vervolgonderwijs gebeuren. Een mooi (klein) voorbeeld is de Stichting LEF. LEF staat voor Leven en Financieren. De stichting leert, in samenwerking met het NIBUD, jongeren tussen de 15 en 22 jaar over geld en financieel gedrag.

7.2 Fiscaal en financieel adviseurs

Veel woningbezitters hebben de geldovertuiging dat een woning in beginsel niet als oudedagsvoorziening kan worden gebruikt. Ze willen de woning (of de waarde daarvan) nalaten aan de kinderen. Adviseurs kunnen bij hun klanten, met behulp van financiële psychologie (van het FPIE), meer inzicht geven in hun (belemmerende) geldovertuiging en vandaaruit de overtuiging ombuigen naar meer begrip over de positie van de woning in het toekomstgebouw. Zorg wel voor een goede toelichting. De AFM waarschuwde hier al voor met 'Woning verzilveren biedt ruimte maar ook risico's'.[21]

Bedenk echter wel dat de woning vrijwel nooit de enige toekomstvoorziening is. Dan zou de overwaarde al snel zijn 'opgegeten'. Er kan immers voor slechts circa 50% tot 70% (afhankelijk van leeftijd) echt worden 'opgegeten', Naast de woning moeten er ook nog andere pijlers (als AOW) zijn.

7.3 Financiële instellingen

Wanneer eigenwoningbezitters hun woning als toekomstvoorziening willen inzetten, willen ze uiteraard niet verhuizen. In veel gevallen zullen ze dan een opeethypotheek moeten

[20] Kennis van geldstromen kan niet los gezien worden van kennis over de eigen belemmerende geldscripts. Het Financial Psychology Institute Europe (FPIE) leert jongeren, onderwijzers, beleidsmakers en professionals over deze wortels van financieel gedrag. Zie financialpsychologyinstitute.eu en de publicaties van A. Abbenes.

[21] AFM, 'Woning verzilveren biedt ruimte maar ook risico's', 2 december 2020, www.afm.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 34 18-8-2023 14:13:13

opnemen. Hoewel veel financiële instelling voorzichtig bezig zijn om dit type hypotheken beschikbaar te stellen, is hier nog een lange weg te gaan.
De Taskforce Verzilveren heeft onderzoek gedaan naar de mogelijkheden en ervaringen in het buitenland. Uit dit onderzoek blijkt onder andere dat er duidelijke regelgeving nodig is om het verzilveren van de overwaarde in goede banen te leiden.[22] Verzilverd wonen, waarbij ouderen hun huis (aan een corporatie) verkopen en de woning gaan huren, werd al in de jaren 90 van de vorige eeuw gelanceerd, maar is toen geen succes geworden.[23] Er zijn echter vele andere mogelijkheden die wel haalbaar zijn.

7.4 Wetgever

Natuurlijk is er een probleem om de woning, als pensioen, liquide te krijgen. Verkoop is niet altijd een optie, dus moet er een oplossing worden gevonden om het vermogen 'uit de woning' te krijgen. Als eerste eenvoudige stap is het denkbaar om, in deze situatie, een vruchtgebruikconstructie toe te staan of een bescheiden faciliteit te bieden bij het opnemen van een zogenoemde 'opeethypotheek'. In elk geval moet er ook aanvullende regelgeving komen rond art. 16 PW (pensioenfondsen mogen ook opeethypotheken en bloot-eigendomsconstructie op de eigen woning aanbieden) en art. 64 PW in combinatie met art. 19b Wet LB 1964 (mogelijkheid pensioenrechten te verpanden).
Tenslotte moet de wetgever onderzoek doen naar de wenselijkheid van flankerende maatregelen voor ouderen om geld uit de eigen woning te halen. De NHG en/of de SVn kunnen hierbij een rol spelen.[24] Verder kan ook worden gekeken naar de wet- en regelgeving die de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk hebben ingevoerd.
Een veel ingrijpender aanpak is het om nog eens goed kijken naar de, vanuit de politiek geziene, fiscale positie van de eigen woning. Op dit moment zijn de fiscale spelregels meer gericht op de gedachte dat een aankoop van een woning in het algemeen zinvol is.[25]
Het loslaten van deze argumenten, leidt tot afschaffing van alle huidige fiscale spelregels rond de eigen woning. Daardoor wordt de eigen woning (met eventuele schuld) in box 3 belast. Vanuit de wetgever zijn er, met het loslaten van de verplichte aflossing, altijd zorgen of dan wel wordt afgelost. Door de invoering van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen financieren financiële instellingen alleen als er minimaal 50% van de marktwaarde van de woning op het moment van verstrekking van de hypothecaire financiering, wordt afgelost (art. 4 Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2020). Hierbij neem ik die zorg dan ook even weg.

---

[22] Banken moeten ook steeds meer financiële buffers aanhouden, waardoor ze minder bereid zijn dergelijke financiering aan te houden.

[23] WRR, Wonen, zorg en pensioenen, 2012, p. 176.

[24] Het Stimuleringsfonds Volkshuisvesting (SVn) heeft geen winstoogmerk. Het SVn zou bovendien risico's van flankerende maatregelen kunnen spreiden over veel consumenten, waardoor de kosten voor het afdekken van dit risico minder sterk doorwerken op individueel niveau.

[25] Bij de invoering van de Wet IB 2001 zijn de argumenten van de invoering van de Wet IB 1964 overgenomen. Daarmee valt de eigen woning onder de spelregels van box 1. Zie ook: ministerie van Financiën, Vragen over de woningmarkt, 7 december 2012, vraag 6.

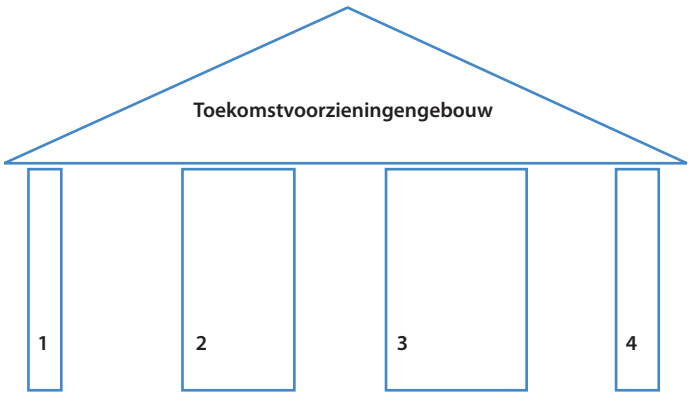
Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 35 18-8-2023 14:13:13

Waarom zou de eigen woning fiscaal gezien niet als een toekomstvoorziening worden beschouwd? Als dat gebeurt zou de zogenoemde 'omkeerregeling' van toepassing kunnen zijn. De aankoop van de woning is dan (tot een bepaald bedrag?) aftrekbaar (of de aflossingen of een afschrijving of een fictief percentage van de WOZ-waarde) en, zodra de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd wordt bereikt, wordt de woning in de belastingheffing betrokken. Dit kan met een jaarlijks fictief bedrag, met het werkelijke bedrag dat wordt geleend of een negatieve afschrijving. Wellicht kan de rente die wordt betaald over een opeethypotheek aftrekbaar worden.
Het kan natuurlijk niet zo zijn dat voor iedereen de hele eigen woning als toekomstvoorziening wordt beschouwd. Het ligt dan ook voor de hand om aansluiting te vinden bij bijvoorbeeld een bovenmatig 'pensioen' (hoofdstuk IIb Wet LB 1964) en/of bij de aftrek van lijfrentepremies (art. 3.127 Wet IB 2001).
Bovenstaand voorstel is erg kort door de bocht en mogelijk zo niet haalbaar. Wel wil ik het denken hierover in gang zetten om daarmee de woning een andere positie in het vermogen van eigenwoningbezitter te geven. Zie de eigen woning als een toekomstvoorziening en ontwikkel daar (fiscale) spelregels voor.

8 Ten slotte

In dit hoofdstuk heb ik een lange aanloop genomen om tot een aantal aanbevelingen te komen. Naar mijn mening kan een gebouw voor toekomstvoorzieningen er als volgt uitzien (figuur 3).

Figuur 3. Toekomstvoorzieningengebouw



1: AOW en AIO
2: Pensioenopbouw, lijfrente en FOR (zover deze nog aanwezig is)
3: Waarde eigen woning
4: Overig vrij vermogen

De pijler rond de eigen woning zou tot volstrekt andere fiscale spelregels leiden. Ik kies toch voor fiscale spelregels, opdat de woning, als toekomstvoorziening, gelijk wordt geschakeld met pensioen en lijfrenten. Die worden immers ook fiscaal gefaciliteerd.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 36 18-8-2023 14:13:13

Belangrijk element is wel dat de fiscale spelregels veel eenvoudiger moeten zijn dan de huidige. Voor de aftrek (van de aankoopwaarde van de eigen woning) pleit ik dan tot de pensioengerechtigde leeftijd voor een fictief percentage van bijvoorbeeld de WOZ-waarde. Ditzelfde percentage komt dan ook aan de orde voor de bijtelling tijdens de pensioengerechtigde leeftijd. Met uitzondering van de aftrek van rente bij het opnemen van een verzilver- of opeethypotheek is er geen rente meer aftrekbaar.
In dit toekomstvoorzieningengebouw is duidelijk dat het dak vooral wordt gedragen door de pijlers pensioen en eigen woning. Dat betekent dat huurders een belangrijke pijler missen. Dat geldt ook voor woningeigenaren die op de pensioengerechtigde leeftijd nog een (hoge) hypotheekschuld hebben. Er blijven dus nog vele vraagstukken over om tot een evenwichtig stelsel te komen. Het begin is er vast.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 37 18-8-2023 14:13:13

Ruilen doet huilen met voorraadvastgoed

Prof. dr. T.M. Berkhout MRE MRICS
Voorzitter Belastingdienst/Vastgoedkenniscentrum en hoogleraar aan en directeur bij Nyenrode Real Estate Center

1 Inleiding

De ruilarresten vormen al vele jaren een onvervulde belofte in het fiscale recht. Wanneer de herinvesteringsreserve niet toepasbaar is, lonkt daar altijd nog de ruilgedachte om winstneming uit te stellen. Bij het ruilen van vastgoed — waaronder ook vervreemden valt — is er in beginsel sprake van realisatie. De waarde in het economische verkeer (marktwaarde) vormt de opbrengst. Medio vorige eeuw werd toegestaan dat de stille reserve werd doorgeschoven naar het nieuw verkregen bedrijfsmiddel. Daarbij staat en stond de continuïteit van de bedrijfsvoering voorop. Belastingheffing over de winst zou de modernisering van de onderneming in de weg kunnen staan. Deze gedachte leidde ook tot het toestaan van de voorloper van de herinvesteringsreserve: de vervangingsreserve. Waar de herinvesteringsreserve zich beperkt tot bedrijfsmiddelen, acht de Hoge Raad de ruilarresten ook toepasbaar voor voorraad.[1] Wanneer een bedrijfsmiddel is vervreemd en de belastingplichtige een herinvesteringsreserve kan vormen, is voor toepassing van de ruilarresten geen plaats. Al er een reservering heeft plaatsgevonden, moet die in de eerste plaats geacht worden te hebben plaatsgevonden met toepassing van de wettelijke bepaling.[2] De ruilarresten zullen in de praktijk dan vooral aan bod komen bij voorraad of ter belegging aangehouden vermogensrechten.

Recentelijk oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de ruilarresten niet van toepassing zijn op de handelsvoorraad van een handelaar in agrarisch vastgoed,[3] wat de vraag oproept of we de ruilarresten niet beter kunnen worden vergeten als alternatief voor de herinvesteringsreserve. In deze bijdrage richt ik mij met name op de functioneel-economische ruil van vastgoed. De meer technische verschillen die er bestaan tussen de herinvesteringsreserve en de ruilarresten, laat ik buiten beschouwing.[4] In paragraaf 2 bespreek ik de continuïteitsgedachte achter de toepassing van de ruilgedachte; in paragraaf 3 het ruilen van voorraden en paragraaf 4 het ruilen van voorraadvastgoed. Daarna behandel ik het toepassingsbereik voor voorraadvastgoed (paragraaf 5). In paragraaf 6 sluit ik af met de conclusie aangaande de functioneel-economische ruil van dat vastgoed.

---

1 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1393.

2 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1183.

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7032, NLF 2022/1640; Rechtbank Noord-Nederland 23 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2691, NLF 2021/1367.

4 Het concrete vervangingsplan versus herinvesteringsvoornemen; voornemen op moment vervreemding versus voornemen einde boekjaar; ruil in directe samenhang met vervreemding versus een termijn van drie jaar.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 39 18-8-2023 14:13:13

2 Toepassing van de ruilgedachte: continuïteit

Jacobs ziet de ruilgedachte toegepast worden in 1932:

> 'Dat (…) het evenzeer niet strijdig is met (goed koopmansgebruik) om (…) ingeval van ruil van een deel van den handelsvoorraad tegen andere onroerende goederen, die eveneens tot de handelsvoorraad gaan behoren, geen winst te berekenen.'[5]

De oude rechtspraak aangaande ruilarresten betrof meestal bedrijfsmiddelen. De boekwinst bij de ruil van een bedrijfsmiddel hoeft niet in aanmerking te worden genomen wanneer een bedrijfsmiddel wordt geruild tegen een van dezelfde aard, in welk geval het verkregen bedrijfsmiddel in het bedrijfsvermogen de plaats inneemt van het vervreemde; aldus oordeelde de Hoge Raad in 1951.[6] De winst wordt dan opgenomen in een 'ruilreserve'. Het vervangende activum moet dan van gelijke aard zijn en economisch gezien dezelfde plaats in het bedrijfsvermogen innemen als het vervreemde activum. Het oude en het nieuwe activum moeten geschikt en bestemd zijn voor hetzelfde doel. De functie die het vervreemde activum had ten tijde van de vervreemding is beslissend. Tussen beide activa mag geen aanmerkelijk verschil in waarde bestaan, al lijkt deze eis in de rechtspraak afgezwakt te zijn. Het nieuwe activum mag in een later jaar verworden worden, maar dan moet er wel op het vervreemdingstijdstip een concreet plan zijn om in directe samenhang met de vervreemding een ander activum te verwerven dat zowel functioneel als economisch dezelfde plaats in het bedrijfsvermogen inneemt als het vervreemde activum.[7] Bij effecten is winstdoorschuiving ook mogelijk, maar alleen wanneer ze van geheel gelijke aard zijn.
Volgens de Hoge Raad had de vervangingsreserve:

> '(…) ten doel te bevorderen dat boekwinsten, gemaakt doordat bedrijfsmiddelen uit de onderneming verdwijnen, voor de in het kader van de continuïteit van de onderneming nodige vervanging van die bedrijfsmiddelen beschikbaar blijven. Naar zijn aard kan die reserve slechts toepassing vinden ter zake van onroerende zaken die duurzaam aan de onderneming verbonden waren en derhalve niet ter zake van onroerende zaken die werden aangeschaft met de overheersende bedoeling deze per eerstkomende, geschikte gelegenheid weer te verkopen. Zij zijn in zoverre gelijk te stellen aan zaken die voor de omzet zijn bestemd: zij komen niet in aanmerking voor de toepassing van de vervangingsreserve.'[8]

In tegenstelling tot de ruilarresten geldt voor de toepassing van de herinvesteringsreserve op basis van de wetsgeschiedenis een ruim vervangingsbegrip. Net als bij de herinvesterings-

---

5 HR 4 april 1951, ECLI:NL:HR:1951:258.

6 J.J.H. Jacobs, Het Bedrijfsmiddel (diss. Amsterdam UvA 1974), Groningen: Tjeenk Willink, 1974, p. 99. Zie HR 21 juni 1932, B. 5237.

7 HR 12 februari 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AW8098.

8 HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3022.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 40 18-8-2023 14:13:13

reserve geldt voor afboeking van de ruilreserve een boekwaarde-eis; het niet af te boeken deel valt in de winst.[9]

3 Ruilen van voorraadgoederen

De ruilarresten kunnen toegepast worden op de ruil van soortgelijke voorraadgoederen, zo besliste de Hoge Raad in 2010.[10] Het college overwoog:

> 'De zogenoemde ruilarresten zien op gevallen waarin de belastingplichtige ten tijde van de vervreemding van een activum een concreet plan heeft om in directe samenhang met de vervreemding van het activum een ander activum te verwerven dat *zowel functioneel als economisch* (*TMB: mijn cursivering*) in het vermogen van de belastingplichtige dezelfde plaats inneemt als het vervreemde activum. Goed koopmansgebruik staat dan toe de ter gelegenheid van de vervreemding behaalde boekwinst in mindering te brengen op de kostprijs van dat andere activum, waardoor bij de vervreemding geen winst tot uitdrukking behoeft te worden gebracht. (…) Uit hetgeen hiervoor (…) is overwogen, volgt dat de zogenoemde ruilarresten in beginsel toepassing kunnen vinden op de ruil van alle soorten activa (…) 's Hofs oordeel dat aan de toepassing van de zogenoemde ruilarresten niet wordt toegekomen omdat de grond niet als bedrijfsmiddel maar als voorraad gekwalificeerd moet worden, geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting (…).'[11]

Doornebal bespreekt naar aanleiding van dit arrest de reikwijdte van de ruilarresten in een overzichtsartikel.[12] Voor het functioneel-economisch-dezelfde-plaatscriterium vindt hij het bestemd zijn voor de omzet niet beslissend. Een aanzienlijk verschil in waarde staat daaraan al in de weg, evenals het feit dat een voorraad bestaat verschillende artikelsoorten die voor verschillende soorten afnemers zijn bestemd. Hij legt een verband tussen de ruilarresten en de ijzerenvoorraadstelselarresten. De laatstgenoemde arresten hebben ten doel te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming wordt geschaad doordat bij vervanging van activa ontstane schijnwinsten in de belastingheffing worden betrokken. Het ijzerenvoorraadstelsel wordt alleen toegestaan voor goederen die 'soortgelijk, althans soortverwant' zijn. Dat zijn goederen 'die van dezelfde aard zijn, tot dezelfde kwaliteits- en prijsklasse behoren en gelijktijdige en gelijkgerichte prijsbewegingen vertonen'. Wanneer is voldaan aan het strikte 'soortgelijk-althans-soortverwantcriterium' van het ijzerenvoorraadstelsel, is in het algemeen ook voldaan aan het 'functioneel-economische-plaatscriterium' dat geldt voor de ruilarresten. Echter, het laatstgenoemde criterium lijkt ruimer te zijn dan het 'soortgelijk-althans-soortverwantcriterium'. Doornebal concludeert dat voor toepassing van het ijzerenvoorraadstelsel technische vervanging is vereist, terwijl voor toepassing van de ruilarresten economische vervanging noodzakelijk is. Dit betekent dat de ruilarresten ruimere toepassingsmogelijkheden hebben dan het ijzerenvoorraadstelsel, aldus Doornebal.

---

9 HR 14 februari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AX6026.

10 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1393.

11 Vgl. tevens HR 1 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4131.

12 J. Doornebal, 'De reikwijdte van de ruilarresten', WFR 2011/90.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 41 18-8-2023 14:13:13

4 Ruilen van vastgoedvoorraad

Voor voorraden met een gering aantal kapitaalintensieve vastgoedobjecten lijkt het concrete-planvereiste gemakkelijker in te vullen dan bij omvangrijke voorraden met hoge omloopsnelheid, net als het bepalen van de vervangende objecten. Het Hof Arnhem-Leeuwarden moest oordelen over het geval waarin X BV (ook) handelde in agrarisch vastgoed. De activa van de vennootschap bestonden voor het overgrote deel uit een handelsvoorraad. Gedurende het jaar 2015 bedroeg de waarde van de handelsvoorraad circa € 25 miljoen. De activiteiten van belanghebbende bestonden uit handel in agrarisch vastgoed, meer specifiek het aan- en verkopen van boerderijen, cultuurgrond, zoals akkerbouwgrond en grasland/weilanden (hierna: cultuurgrond), productierechten, waaronder fosfaatrechten en vee. De klantenkring van belanghebbende bestond uit agrarische ondernemers, projectontwikkelaars en ook een bedrijf dat grond kocht om zonnepanelen te plaatsen. Belanghebbende kocht complete agrarische bedrijven inclusief boerderij, agrarische opstallen, productierechten, landbouwmachines en vee om deze bedrijven weer in hun geheel te verkopen, dan wel uit te ponden om zo de losse bestanddelen afzonderlijk te verkopen. Daarbij ging het voornamelijk om melkveebedrijven, maar ook varkenshouderijen, pluimveebedrijven en akkerbouwbedrijven. De vennootschap verwierf het agrarisch vastgoed — waaronder cultuurgrond — met de bedoeling om dit op een geschikt moment weer te verkopen. Belanghebbende trachtte bij verkoop van grond ook agrarische rechten en vee te verkopen. De gemiddelde omloopsnelheid van de cultuurgronden — het tijdsverloop tussen aan- en verkoop van een perceel cultuurgrond door belanghebbende — bedroeg 230 dagen. De vennootschap had in 2015 verschillende onroerende zaken verworven en vervreemd. Tot de gedingstukken behoorde een zestal overzichten. Deze overzichten voor 2015 bevatten 22 aan- en verkopen en ruiling van cultuurgrond, en 3 aan- en verkopen en ruiling van (woon)boerderijen. De 'matches' in deze overzichten van 'ruiling' waren gemaakt op basis van aantallen hectaren en ook op basis van boekwaarden. Volgens deze overzichten werd het transactieresultaat op cultuurgrond tot een bedrag van € 1.516.900 en op (woon)boerderijen tot een bedrag van € 282.942 niet tot de belastbare winst gerekend.

In geschil was of de vennootschap met de ruilarresten de boekwinsten van op de handelsvoorraad kon afboeken op het in hetzelfde jaar verworven vastgoed. Zij stelde dat de vraag, of het verworven activum in zowel functioneel als economisch oogpunt dezelfde plaats in haar vermogen inneemt, moet worden beoordeeld aan de hand van de voorraad (vastgoedportefeuille) als geheel (*portefeuilleniveau*).

Het Hof volgde de overwegingen van de Rechtbank:

> 'De enkele omstandigheid dat zowel de vervreemde als de verworven onroerende zaken alle agrarische objecten betreffen die zijn bestemd om op een geschikt moment weer door te leveren is onvoldoende om te kunnen spreken van functioneel en economische indeplaatstreding zoals bedoeld in de zogenaamde ruilarresten. (…) voor een handelsonderneming als die van eiseres, van wie de activiteiten onder meer bestaan uit het aan- en verkopen van onroerende zaken, [is] in het algemeen in de vervreemding van onroerende zaken welke tot haar handelsvoorraad behoren, een beoogde realisering is gelegen van winst of verlies ten bedrage van liet verschil tussen de boekwaarde en de opbrengst. Van zodanige beoogde realisering is ook sprake als de verkoop van een onroerende zaak gepaard gaat met of gevolgd wordt door de aankoop van een andere onroerende zaak die

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 42 18-8-2023 14:13:13

> eveneens bestemd is om op een geschikt moment te worden verkocht. Voor toepassing van de ruilgedachte is daarom ook niet beslissend de plaats die de onroerende zaken innemen in het vermogen van eiseres, maar de plaats die de onroerende zaken innemen in haar handelsvoorraad.'

Voor de toepassing van de ruilarresten moet volgens het college beoordeeld worden of op *transactieniveau* het verworven activum zowel functioneel als economisch binnen de handelsvoorraad dezelfde plaats inneemt als het vervreemde activum. De vastgoedportefeuille van belanghebbende — (woon)boerderijen, agrarische opstallen en cultuurgrond — kan naar hun aard en omvang bestaan uit diverse verschillende zaken, te weten complete agrarische bedrijven (onder andere akkerbouw-, melkvee-, varkens- en pluimveebedrijven), (kortdurend verpachte) cultuurgrond (grasland, akkerbouwgrond), (kortdurende verhuurde) woonboerderijen, ten behoeve van een diverse klantenkring. Voor de beoordeling of sprake is of een verworven activum functioneel en economisch dezelfde plaats inneemt als het vervreemde activum zullen daarom de afzonderlijke transacties nauwkeurig moeten worden uitvergroot en beoordeeld. De door de bv overgelegde overzichten waren achteraf opgesteld en de selectie of sprake is van een 'match (koppel)' was enkel en alleen gedaan aan de hand van het criterium oppervlakte (ha) en boekwaarde. Een nauwkeurige analyse van het (de) verkochte activum (activa) en het (de) daaraan gekoppelde nieuwverworven activum (activa) ontbreekt.

5 Toepassingsbereik voor voorraadvastgoed

In de in paragraaf 4 besproken zaak was geen sprake van een eenvormige voorraad. De bewijslast werd op de vennootschap gelegd. Op transactieniveau — een-op-een — moet men vergelijken of functioneel én economisch dezelfde plaats wordt ingenomen. Dat veronderstelt dat er een concreet plan tot vervanging moet zijn. Willekeurig afboeken op een volgend vastgoed dat in de voorraad wordt opgenomen volstaat kennelijk niet, evenmin de globale vergelijking op hectares en boekwaarde.
In het arrest van 27 oktober 1954[13] werd vanwege de uitbreiding van zaken een perceel grond tegen een groter perceel geruild. De Hoge Raad overwoog dat door de belanghebbende:

> '(…) enerzijds een naar verhouding *minderwaardig* bedrijfsmiddel is afgestaan en anderzijds een naar verhouding *meerderwaardig* bedrijfsmiddel is aangeschaft; dat, al zouden deze bedrijfsmiddelen van gelijken aard zijn, het, gezien het aanmerkelijk waardeverschil en het feit, dat het perceel B-weg werd aangeschaft in verband met de uitbreiding van belanghebbendes zaken, duidelijk is, dat dit perceel in belanghebbendes bedrijf economisch niet eenzelfde plaats inneemt als het afgestane daarin innam.'

Het erfpachtrecht 'verschilt naar zijn aard zozeer' van het eigendomsrecht dat voor de toepassing van de ruilgedachte geen plaats is.[14] Niessen annoteert: 'Als argument voor deze leer

[13] HR 27 oktober 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2986.

[14] HR 3 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9357.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 43 18-8-2023 14:13:13

kan gelden dat voor eigendom en pacht uiteenlopende fiscaalrechtelijke regimes van kracht zijn. Daartegenover staat dat in veel situaties de economische functies van beide gelijk zijn.'[15] In het arrest van 13 november 1996[16] kocht de belanghebbende in 1983 voorheen door hem gepachte landbouwgrond en verkreeg daardoor een latent pachtersvoordeel van *f* 191.000. In 1989 verkocht hij de grond, en pachtte deze van de koper. Het verschil tussen de ontvangen prijs en de waarde van de grond in vrije staat bedroeg *f* 271.500.[17] Activering het opgeofferde bedrag hield in dat het pachtersvoordeel werd gerealiseerd. Volgens de Hoge Raad nam het in 1989 verkregen pachtrecht economisch en functioneel dezelfde plaats in als het oorspronkelijke pachtrecht. De belanghebbende mocht de waarde van het in 1983 verkregen pachtersvoordeel op de aanschaffingskosten van het in 1989 verworven pachtrecht in mindering brengen. Het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden ligt in lijn met deze arresten. Het onderstreept dat de term functioneel-economisch voor vastgoed (zeer) beperkt moet worden geïnterpreteerd.

6 Zowel functionele als economische ruil bij vastgoed

Over de functie overweegt de Hoge Raad in een arrest over de ruilarresten dat 'bij de beantwoording van de vraag of een vervreemd bedrijfsmiddel is vervangen door een bedrijfsmiddel dat binnen de onderneming van de belastingplichtige eenzelfde economische functie vervult, slechts van belang is de functie welke het vervreemde bedrijfsmiddel ten tijde van de vervreemding vervulde'.[18] In meergenoemd arrest van 22 oktober 2010[19] trekt de Hoge Raad de samengestelde term 'functioneel-economisch' uit elkaar: 'zowel functioneel als economisch' moet het andere activum in het vermogen van de belastingplichtige dezelfde plaats innemen als het vervreemde activum. Het enkel voor de voorraad bestemd zijn is niet voldoende om de ruilarresten te kunnen toepassen.

Voor de toepassing van de herinvesteringsreserve bij bedrijfsmiddelen zijn er twee vastgoedfuncties te onderkennen: eigen gebruik en beleggen. Beleggingsvastgoed definieer ik als vastgoed dat wordt aangehouden voor de huuropbrengsten en/of waardestijging; eigengebruiksvastgoed als vastgoed dat onderdak biedt aan eigen bedrijfsactiviteiten.[20] Deze functies worden ruim opgevat en dat lijkt niet het geval te zijn bij de ruilgedachte. Over de afbakening tussen bedrijfsmiddelen en voorraad merkt Van der Heijden op dat voorraad is bestemd voor de omzet en een eigen fiscaal regime kent. Het eenmalige verbruik of de opbrengst bij verkoop staat voorop; er lijkt te worden uitgegaan van een hoge omloopsnelheid; voorraden

---

15 R.E.C.M. Niessen in zijn noot in BNB 1997/75 bij HR 13 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1774.

16 HR 13 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1774.

17 De grond werd verkocht onder voorbehoud van een pachtrecht. Belanghebbende verkreeg voor de grond *f* 300.000, terwijl de waarde in vrij opleverbare staat *f* 571.500 bedroeg. Het verschil was opgeofferd voor het erfpachtrecht en werd geactiveerd.

18 HR 14 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7842.

19 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1393.

20 T.M. Berkhout, 'De ontwikkeling van enkele fiscale vastgoedtermen, -begrippen en -kwalificaties in de winstsfeer (1998-2023)', Vastgoed Fiscaal & Civiel 2023/2, p. 10-15.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 44 18-8-2023 14:13:13

worden geacht doorlopend te worden vervangen.[21] Het onderscheid tussen de (potentiële) functies eigen gebruik en beleggen lijkt mij niet relevant voor voorraden vastgoed. De plaats van het object in de onderneming is de bestemming voor de omzet, al dan niet na bewerking (ontwikkeling of herontwikkeling van vastgoed). De interne waarde en aanwending van het object lijkt minder relevant, de ondernemer kijkt naar de markt. Hij zal het voorraadvastgoed aanhouden als hij toekomstige marktwaarde hoger acht dan de huidige marktwaarde.

Ik zie in de rechtspraak weinig speelruimte rond de economische ruil. De economische functie van vastgoed is uiteindelijk het realiseren van de gecreëerde of autonoom ontstane meerwaarde. Daarbij kan de situatie aan de orde zijn dat het object tussentijds wordt geëxploiteerd in afwachting van realisatie. De economische waarde van het voorraadvastgoed is de contante waarde van de geldstroom uit het object die de ondernemer toekomt. Veranderingen in de economische waarde van commercieel vastgoed ontstaan alleen door veranderingen, positief of negatief, in de verwachte geldstroom en de perceptie van het risico (kans) op die verandering. De wijziging in de economische waarde is op dat moment slechts de uiting van een gewijzigde verwachting. Op het moment dat sprake is van materialisatie van de verwachting ontstaat de monetaire consequentie.[22]

Wanneer we terugkeren naar de hofuitspraak, moet op transactieniveau geruild worden. Een voorraadvastgoed ruilen tegen een willekeurig ander vastgoed is niet voldoende. Zou bijvoorbeeld een succesvolle toepassing van de ruilgedachte denkbaar zijn wanneer twee handelaren economisch vergelijkbare appartementen (bijvoorbeeld socialeverhuurpanden) ruilen in nabijgelegen woonblokken om gaten te dichten in hun woonblokken?[23] De rationale daarvan is dat één compleet blok appartementen in de vastgoedmarkt meer waard is dan een 'gatenkaas'. Maar tegelijkertijd kan daar tegenin worden gebracht dat er juist in zo'n geval sprake is van realisatie omdat van het handhaven van de oude situatie geen sprake is en twee vastgoedobjecten sowieso juridisch en economisch niet vergelijkbaar zijn.

Al met al lijkt de ruilgedachte voor voorraadvastgoed een valse belofte in te houden. Voor een ruime toepassing lijkt nagenoeg geen ruimte te bestaan. Mogelijk zal de Hoge Raad ooit nog eens concrete aanwijzingen geven voor een ruimere invulling van de functioneel-economische ruil van voorraadvastgoed. Maar dat zal waarschijnlijk valse hoop zijn.

---

[21] J.M. van der Heijden, *Fiscale voorraadwaardering (FED Fiscale Brochures)*, Wolters Kluwer, Deventer 2021, p. 14-15.

[22] T.M. Berkhout, '"Economische eigendom" van commercieel vastgoed: welke lading dekt de vlag?', WFR 2020/53.

[23] Zie het Besluit van 9 december 2011, 2011/2061M, Stcrt. 2011, 23172. Dit besluit is geactualiseerd in het Besluit van 27 oktober 2015, 2015/864, Stcrt. 2015, 38250: 'Twee leveranciers op verschillende lokaties ruilen hun voorraden zodat zij op een bepaalde lokatie tijdig aan de vraag kunnen voldoen. De ruilarresten zijn van toepassing. Bij normale verkoop uit de handelsvoorraad en aanvulling daarvan, is vanuit economisch standpunt bezien geen sprake van het handhaven van de oude situatie, maar van het maken van omzet met het oog om daarmee winst te realiseren. De ruilarresten zijn dan niet van toepassing.'

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 45 18-8-2023 14:13:13

Invloed van de fiscaliteit op het functioneren van de Nederlandse woningmarkt

Prof. dr. P.J. Boelhouwer
Hoogleraar Housing Systems aan de TU Delft

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de wijze waarop de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit invloed heeft op het functioneren van de Nederlandse woningmarkt. Hierbij zijn twee aspecten van belang die deels ook aan elkaar gecorreleerd zijn: de toegankelijkheid van de woningmarkt en de koopprijsontwikkeling. Zo heeft als eerste de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit invloed op de bestedingsmogelijkheden die huishoudens hebben op de woningmarkt en daarmee eveneens op de mogelijkheden om een woning aan te kopen. Daarnaast heeft de fiscale behandeling invloed op de koopprijsontwikkeling. Dit effect is sterk afhankelijk van de kenmerken en functioneren van de nationale woningmarkt; bij een goede marktwerking is het prijseffect klein en bij veel verstoring juist groot.
Deze bijdrage besteedt als eerste in het kort aandacht aan de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit in Nederland. Op veel aspecten wijkt deze inmiddels fors af van die in andere West-Europese landen, alhoewel er de laatste paar jaar sprake is van een grotere convergentie. Vervolgens komt de toegankelijkheid van het eigenwoningbezit in relatie tot de fiscaliteit aan bod, waarbij het leerstuk van de eigendomsneutraliteit centraal staat. Aan het slot van deze bijdrage passeert de relatie tussen fiscaliteit/vraagondersteuning en koopprijsontwikkeling de revue.

2 Fiscale behandeling van het eigenwoningbezit

Diverse auteurs hebben de ontwikkeling van de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit in Nederland en Europa in beeld gebracht.[1] Kern van de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit is dat de woning wordt beschouwd als een inkomstenbron zoals ook andere vormen van vermogen. Bij de invoering van het moderne systeem van inkomstenbelasting in 1893 door minister van financiën Pierson werd de woning expliciet als een duurzaam investeringsgoed beschouwd en niet als een consumptiegoed. Dat betekent dat over de geproduceerde woondienst (of de huurwaarde) inkomstenbelasting verschuldigd is. Daar tegenover staat

[1] P.J. Boelhouwer, M.E.A. Haffner, P. Neuteboom en P. de Vries, Koopprijsontwikkeling en de fiscale behandeling van het eigen huis (Onderzoeksreeks Expertise), Ministerie van Financiën, Den Haag 2001; C. van Ewijk, M. Koning, M. Lever en R. de Mooij, Economische effecten van aanpassing fiscale behandeling eigen woning, No 62, CPB, Den Haag 2006; M.E.A. Haffner, Fiscus en eigen-woningbezit in de EG, deel 1: Inventarisatie van de regelgeving (literatuurverkenning; intern rapport), OTB, Delft 1990; J. Lunde and C. Whitehead, Milestones in European Housing Finance, Real Estate issues, Wiley Blackwell, Oxford 2016; VROM-raad, Tijd voor keuzes. Perspectief op een woningmarkt in balans, Advies 064, Den Haag 2007.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 47 18-8-2023 14:13:13

echter dat de kosten voor financiering (ook met vreemd vermogen) en onderhoud mogen worden afgetrokken van de inkomstenbelasting. Op papier een vrij eenvoudig uitgangspunt, maar in de praktijk een lastig uit te werken principe. Bij de invoering van dit stelsel werd de huurwaarde vastgesteld en mochten de gespecificeerde kosten voor onderhoud en financiering en de afschrijving hierop in mindering worden gebracht. Deze administratief ingewikkelde methodiek werd in de jaren zeventig vervangen door een forfaitaire benadering waarbij de huurwaarde en de kosten voor onderhoud en afschrijving fictief werden ingeschat. De financieringslasten mochten in de vorm van de betaalde hypotheekrente op de inkomsten in mindering worden gebracht. Hierbij werd van het oorspronkelijke uitgangspunt afgeweken dat de woning een duurzaam investeringsgoed is; bij de vaststelling van het huurwaardeforfait werd namelijk bepaald dat 50% van de huurwaarde als consumptie mocht worden beschouwd. Hierdoor werd in feite een subsidie voor de eigen woning ingevoerd. De tweede wijze waarop subsidiering plaatsvond was via de vaststelling van het forfait. Ook daar werd in de tijd gezien een steeds lagere economisch waarde aangehouden. Bij de waardestijging van de woning wordt het forfait zelfs benedenwaarts bijgesteld. De subsidiering van het eigen woningbezit schuilt dus niet zozeer in het feit dat de hypotheekrente in mindering mag worden gebracht op het inkomen maar in de wijze waarop de gemaakte kosten en vooral opbrengsten worden vastgesteld. Zo bedraagt het huidige eigen woningforfait thans 0,35% voor woningen onder de € 1,2 miljoen (2,35% voor woningen boven deze grens), terwijl een percentage van 3% à 4% economisch gezien meer voor de hand zou liggen. In de tijd gezien is wel een aantal beperkingen doorgevoerd zoals de invoering van de maximale termijn van 30 jaar waarin de rente mag worden afgetrokken, de aftrek tegen het tarief in de eerste belastingschijf (sinds 2023), de verplichting om de overwaarde van de vorige woning in te zetten voor de nieuwe woning en de verplichte annuïtaire aflossing van de hypotheek. Vanaf de jaren tachtig waren er immers diverse hypotheekconstructies bedacht zoals de spaarhypotheek, de bankhypotheek en de aflossingsvrije hypotheek die optimaal gebruikmaakten (of misbruikte) van de hypotheekrenteaftrek. Ondanks de aangebrachte versoberingen, kan de fiscale ondersteuning van de eigen woning in West-Europees perspectief nog steeds als ruimhartig worden beschouwd. De meeste landen zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland hebben er voor gekozen om de eigen woning als een consumptiegoed te beschouwen en de renteaftrek geheel af te schaffen. Alleen de Scandinavische landen kennen nu een vergelijkbaar fiscaal systeem als in Nederland, waar de betaalde hypotheekrente tegen het laagste tarief mag worden afgetrokken. In met name Zweden wordt daarbij wel getracht deze subsidie ook toe te kennen aan de overige eigendomssectoren (eigendomsneutraal woonbeleid).

3 Fiscale behandeling eigenwoningbezit en de toegankelijkheid van de woningmarkt

De in paragraaf 2 besproken fiscale subsidiering van het eigenwoningbezit heeft uiteraard consequenties voor het functioneren van de woningmarkt. De VROM-raad[2] noemt als belangrijkste nadelen:

- het stelsel is niet eigendomsneutraal en marginaliseert de dure huursector;
- het stelsel subsidieert luxueus wonen;

[2] VROM-raad, 2007 (reeds aangehaald), p. 114-116.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 48 18-8-2023 14:13:13

- het stelsel vergroot de financiële risico's voor de overheid en de huizenkopers;
- de hypotheekrenteaftrek belemmert de werking van de arbeidsmarkt;
- de hypotheekrenteaftrek is weinig specifiek gericht en werkt onevenwichtig uit.

Met name de ongelijke financiële behandeling tussen de diverse eigendomssectoren op de woningmarkt leidt tot suboptimale resultaten.[3] In de wetenschappelijke literatuur wordt in dit kader vrij algemeen gepleit voor een eigendomsneutraal woonbeleid, hoe weerbarstig dit soms ook is om te bereiken. De reden voor deze keuze is dat zowel kopen als huren beide specifieke voor- en nadelen hebben voor het individu en de maatschappij als geheel. Ook zijn er in de literatuur geen aanwijzingen dat er een natuurlijke voorkeur voor het eigenwoningbezit zou bestaan of dat burgers de voordelen van het eigenwoningbezit zouden onderschatten (*merit good argument*). Overigens betekent dat niet dat de vraag naar koopwoningen niet financieel door de overheid gefaciliteerd zou kunnen worden. Te denken valt hierbij aan het overbruggen van de hoge aanvangslasten van koopstarters.

Een eigendomsneutraal woonbeleid leidt ertoe dat huurders en kopers met een gelijk inkomen grosso modo dezelfde mate van overheidsondersteuning ontvangen. Zowel de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit als de wijze waarop de ondersteuning in de huursector is georganiseerd zorgen ervoor dat in Nederland een eigendomsneutraal woonbeleid nog lang niet in zicht is. Voor de lage inkomensgroepen is het huren van een woning financieel het meest aantrekkelijk (vanwege het recht op huurtoeslag en de gematigde huurprijzen in de gereguleerde huursector), terwijl het voor hogere inkomensgroepen financieel juist gunstig is om een woning te kopen. De enige groepen die verstoken blijft van financiële ondersteuning zijn de midden en hogere inkomens in de vrije huursector.[4] Deze ongelijke behandeling wordt door de allocatie regels in het woonbeleid verder versterkt. Zo gelden sinds 2012 op basis van afspraken met de Europese Commissie strikte inkomensgrenzen voor het verkrijgen van een sociale huurwoning. Daarentegen hanteert Nederland in tegenstelling tot vrijwel alle andere landen in Europa strikte 'Loan To Income'-normen (LTI) in de koopsector. De meeste landen kennen dergelijke beperkingen niet en hanteren strakkere 'Loan To Value'-criteria (LTV). Een norm die in Nederland juist ruimer is.

Het niet hanteren van een eigendomsneutraal woonbeleid heeft grote gevolgen voor het functioneren van de Nederlandse woningmarkt. Hierdoor bevinden huurwoningen zich vooral in het relatief goedkope en kwalitatief wat lagere segment, terwijl de koopwoningen voor een belangrijk deel in de relatief dure en kwalitatief betere segmenten te vinden zijn. Hierdoor komen de duurdere huursector en de goedkopere koopsector slecht tot ontwikkeling. Juist het ontbreken van een substantieel midden huursegment wordt door deskundigen en de overheid als een van de grootste tekortkomingen van de Nederlandse woningmarkt beschouwd.[5] Ook is het tegen deze achtergrond niet verrassend dat het de afgelopen jaren erg

---

[3] J. Doling and J. Ford, Demographic change and housing wealth: homeowners, pensions and asset-based welfare in Europe, Springer, Dordrecht 2003; Van Ewijk e.a., 2006 (reeds aangehaald).

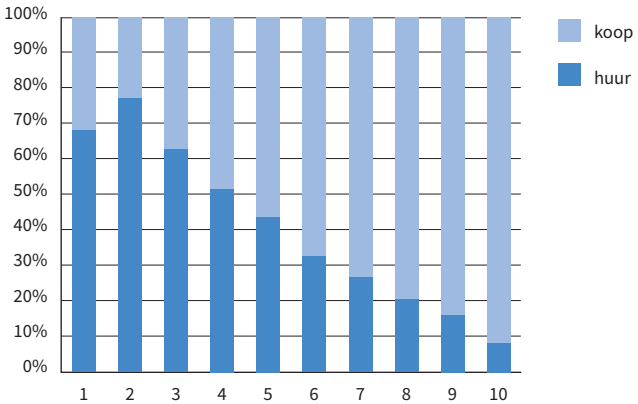
[4] VROM-raad, 2007 (reeds aangehaald), p. 155.

[5] VROM-raad, 2007 (reeds aangehaald); RLI, Open deuren, dichte deuren. Middeninkomensgroepen op de woningmarkt, Raad voor de Leefomgeving en infrastructuur, Den Haag 2011.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 49 18-8-2023 14:13:13

lastig was om dit woningmarktsegment substantieel te vergroten (hier is onder andere sterk op ingezet door kabinet-Rutte II en III).
Bovenstaande ontwikkeling komt ook duidelijk naar voren in de inkomensverdeling van huurders en kopers.

Afbeelding 1. Inkomensverdeling huurders en kopers per deciel



Bron: WoON, 2021

Zoals in bovenstaande afbeelding is af te lezen woont van de huishoudens in de eerste drie inkomensdecielen meer dan 60% in een huurwoning, terwijl dit percentage in de hoogste drie inkomensdecielen 20% af minder bedraagt. Het tegenovergestelde geldt uiteraard voor het eigenwoningbezit. Deze zeer scheve verdeling is ook uniek voor Europa. In de meeste landen is deze verdeling aanzienlijk minder extreem.[6] Naast het feit dat niet recht wordt gedaan aan de woonvoorkeuren van huishoudens (die worden immers sterk door het woonbeleid gestuurd) is het eveneens lastiger om indien gewenst een groei van het eigenwoningbezit te realiseren. Het is voor de lagere en lage-middeninkomensgroepen immers financieel zeer lastig om een woning aan te kopen. Deze situatie is bijvoorbeeld sterk afwijkend van de Duitse situatie. Daar ontvangen zowel huurders als kopers met een laag inkomen via het Wohngeld een financiële ondersteuning van de overheid en hebben eigenaar-bewoners geen recht op hypotheekrenteaftrek.

4 Fiscale behandeling eigenwoningbezit en koopprijsontwikkeling

Zoals in de inleiding is opgemerkt, wordt het effect van de fiscale ondersteuning van het eigenwoningbezit op de ontwikkeling van de koopprijzen sterk bepaald door het functioneren van de woningmarkt en meer in het bijzonder door de mate waarin de woningmarkt in staat is om een toename in de vraag te accommoderen in meer woningen en/of meer woningkwaliteit. Deze relatie wordt ook wel aangeduid met de term aanbodelasticiteit. Een aanbodelasticiteit van 1 betekent dat wanneer de woningprijzen met 1% stijgen, het

[6] Doling en Ford, 2003 (reeds aangehaald).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 50 18-8-2023 14:13:14

woningaanbod eveneens met 1% toeneemt. In woningmarkten met een hoge aanbodelasticiteit is de nieuwbouwproductie leidend voor de prijsvorming. Variaties in de vraag en het aanbod leiden op korte termijn wel tot prijsschommelingen, maar door meer nieuwbouw worden de tekorten op langere termijn aangevuld en kunnen de prijzen terug naar een niveau dat ongeveer overeenkomt met de productiekosten van een nieuwe woning. Wanneer de prijzen door schaarste (tijdelijk) stijgen zal de bouwsector reageren door extra nieuwbouwwoningen aan de woningvoorraad toe te voegen. Deze nieuwbouwproductie heeft een prijsopdrijvend effect, waardoor er een nieuw evenwicht op de woningmarkt ontstaat.[7] Hoge aanbodelasticiteiten zijn vooral te vinden in gebieden met een ontspannen woningmarkt en weinig ruimtelijke beperkingen. Tegen deze achtergrond zal het weinigen verbazen dat de Nederlandse woningmarkt en zeer lage aanbodelasticiteit kent. Door de ruimtelijke ordening en tegenwoordig ook door de beperkingen die de flora en fauna wetgeving (onder andere stikstof) oplegt en het grote woningtekort (medio 2023 geschat op 350.000 woningen) is het al decennia lang zeer lastig om de woningproductie te laten groeien bij een toename van de woningvraag/woningprijzen. Diverse studies over meerdere tijdvakken hebben dat aangetoond.[8] In een recente bijdrage van Rouwendal en Koomen (2022)[9] wordt zelfs gesproken van het vrijwel ontbreken van prijselasticiteit op de Nederlandse woningmarkt. In de meeste internationaal vergelijkende onderzoeken naar de omvang van de aanbodelasticiteit bungelt Nederland ook steevast onderaan.[10]

Het feit dat extra vraag nauwelijks tot niet leidt tot extra investeringen in de woningvoorraad heeft grote gevolgen voor de invloed van de fiscale stimulering van het eigenwoningbezit in Nederland. De financiële ruimte die er daardoor ontstaat vertaalt zich dan immers vrijwel volledig in een hoger prijsniveau. Dat wijze waarop dat gebeurt wordt in afbeelding 2 nader uitgebeeld. Hierin wordt de relatie tussen de koopprijsontwikkeling en de leencapaciteit in de periode 1982-2021 getoond. De leencapaciteit is voor een viertal inkomensgroepen met behulp van tien woningbehoeftenonderzoeken, de hypotheekrente en de normen van de gemeentegarantie en later de Nationale Hypotheek Garantie (NHG) voor de lage en middeninkomens en de Rabo bank (de grootste Nederlandse hypotheekverstrekker) voor de hogere inkomens berekend. De groep 0,25 staat dan voor huishoudens die tot de 25% laagste inkomens gerekend kunnen worden (en dan het hoogste inkomen dat nog in die groep voorkomt) en 0,9 voor de tien procent hoogste inkomens (waarbij dan het laagste inkomen in die groep is aangehouden). De afbeelding geeft aan dat, soms met een kleine vertraging, de mutatie

---

7 R. de Wildt, G. Keers, J. van der Schaar, H. van der Heijden, P. de Vries en H. Boumeester, Marktimperfecties in woningbouw, RIGO Research en Advies BV/Onderzoeksinstituut OTB, Amsterdam/Delft 2005.

8 P.J. Boelhouwer e.a., 2001 (reeds aangehaald); J. Swank, J. Kakes en A.F. Tieman, The housing ladder, taxation and borrowing constraints, De Nederlandsche Bank, Amsterdam 2002; W. Vermeulen en J. Rouwendal, On the price (in)elasticity of Dutch housing supply (paper for the ENHR 2007 conference on sustainable urban areas), Rotterdam 2007.

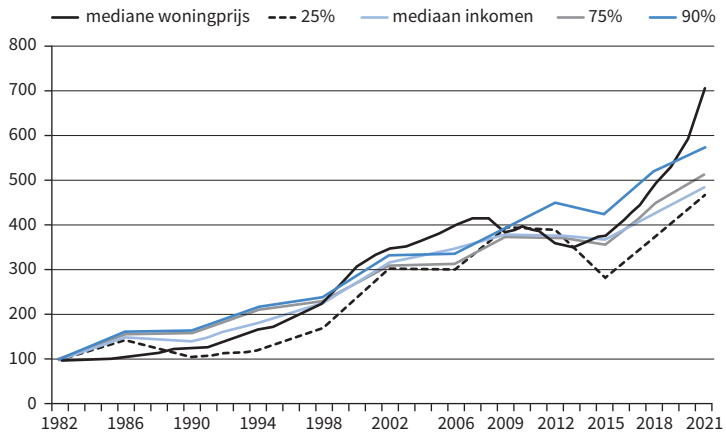
9 J. Rouwendal en E. Koomen, 'Grondmarkt en grondbeleid vertragen woningbouw' (dossier: Regie op wonen), ESB, 7 februari 2022, p. 61-63.

10 VROM-raad, 2007 (reeds aangehaald), p. 75; A. Sanchez and A. Johansson, The price Responsiveness of Housing Supply in OECD Countries, OECD Economics Department Working Papers, no. 837, OECD Publishing, Paris 2011, DOI:10.1787/5kgk9qhrnn33-en.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 51 18-8-2023 14:13:14

van de woningprijzen uitstekend met de ontwikkeling van de leencapaciteit verklaard kan worden. Dit betekent dat ook de financiële ruimte die er ontstaat door een fiscale ondersteuning vrijwel een op een in de prijzen weglekt. Bij de vaststelling van de financieringsruimte door het NIBUD wordt de fiscale tegemoetkoming immers volledig meegenomen.

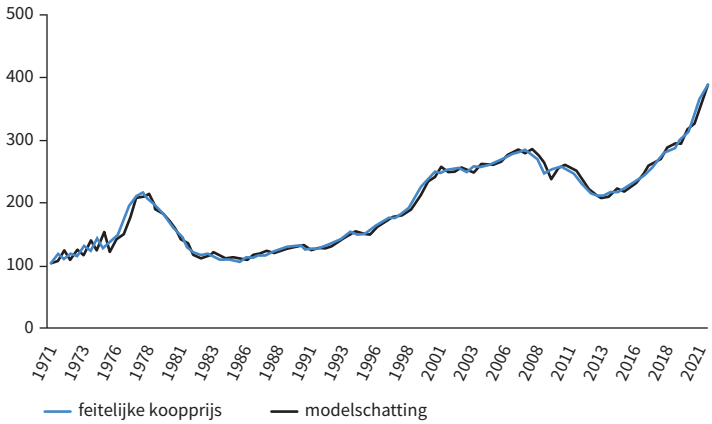
Afbeelding 2. Maximale leencapaciteit en koopprijsontwikkeling, 1982-2021



Bron: Gemeentegaranties, NHG, Normen Rabobank, diverse Woningbehoeftenonderzoeken, bewerking Onderzoeksinstituut OTB

De relatie tussen de koopprijsontwikkeling en de onderliggende fundamentals kan naast de ontwikkeling van de leencapaciteit, ook op een meer geavanceerde wijze worden toegelicht. Zo geeft afbeelding 3 inzicht in een modelschatting van de ontwikkeling van de koopprijzen over de periode 1971-2021.

Afbeelding 3. Waargenomen en voorspelde reële koopprijsontwikkeling 1971-2021



Bron: TUD/MBE

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 52 18-8-2023 14:13:14

Afbeelding 2 maakt duidelijk dat de geschatte en werkelijke koopprijsontwikkeling een vergelijkbaar verloop kennen en de omslagpunten redelijk goed verklaard worden. Ook wanneer het koopprijsmodel alleen voor de periode 1978-1995 geschat wordt en de parameters in de vergelijking voor de periode 1995-2012 worden opgenomen, levert dit betrouwbare resultaten op.[11] Naast de eenvoudige vergelijking van de koopprijsontwikkeling met de ontwikkeling van de leencapaciteit, leert ook een meer sophisticated modelberekening dus dat de Nederlandse koopprijsontwikkeling niet gebaseerd was op speculatieve ontwikkelingen, maar verklaard kan worden door onderliggende fundamentals en meer in het bijzonder de financiële spankracht die kopers bezitten.

5 Conclusies

In deze bijdrage stond de in internationaal opzicht vrij unieke situatie van de fiscale behandeling van het eigenwoningbezit in Nederland centraal. Met de introductie van de inkomstenbelasting in 1893 werd oorspronkelijk een helder systeem opgetuigd waarbij het saldo van de opbrengsten en kosten die met het gebruik van een eigen woning samenhangen het uitgangspunt vormde. Alleen de economische vaststelling van de fictieve huurwaarde kan tot discussie leiden. Bij de invoering van de forfaitaire benadering na de Tweede Wereldoorlog werd dit principe feitelijk losgelaten, temeer omdat de eigen woning toen voor de helft als een consumptiegoed werd beschouwd. Latere aanpassingen van de hoogte van dit forfait hebben deze directe relatie verder vertroebeld. Hierdoor werd de fiscale behandeling van de eigen woning ook door met name politici geleidelijk beschouwd als een instrument om het eigen woningbezit te bevorderen. Een functie die in het oorspronkelijke systeem nooit als zodanig was bedoeld. Mede door de kritiek van deskundigen en wetenschappers, de sterke groei van de fiscale subsidiering in de afgelopen decennia, de denivellerende werking en de macro-economische risico's hiervan is er de laatste jaren wel sprake van een versobering van de fiscale ondersteuning van het eigenwoningbezit. Maar ondanks deze versoberingen hanteert Nederland in Europees perspectief nog steeds een zeer ruimhartig fiscaal beleid ten aanzien van de eigen woning. In deze bijdrage werden vooral de negatieve consequenties voor de woningmarkt onder de aandacht gebracht. Als eerste en wellicht meest opmerkelijk vormt het fiscale systeem een rem op de groei van het eigenwoningbezit in de toekomst. Er heeft immers een sterke inkomensuitsortering plaatsgevonden, waarbij het voor lage en lage-middeninkomens erg lastig is om een woning aan te kopen. De regeling die een aantal decennia geleden nog werd verruimd om een verdere groei van het eigenwoningbezit mogelijk te maken, bijt inmiddels in zijn eigen staart. Ook zorgt de verruiming van de bestedingsmogelijkheden van eigenaar-bewoners niet tot de bouw van meer woningen of tot een hogere woningkwaliteit. Vanwege de gebrekkige marktordening leidt deze verruiming vrijwel volledig tot hogere prijzen. Hierdoor wordt het voor huishoudens die minder baat hebben bij het fiscale systeem weer lastiger om tot de koopsector toe te treden. De hervormingen van het belastingsysteem van de afgelopen jaren hebben de meest scherpe kanten van het systeem wel afgevlakt. Met name de geleidelijke verlaging in de afgelopen paar jaar van het marginale tarief naar het laagste tarief in de inkomstenbelasting draagt er toe bij dat

[11] P.J. Boelhouwer en C. Lamain, De woningmarkteffecten van het plan voor een integrale hervorming van de woningmarkt: Wonen 4.0, Onderzoekinstituut OTB, Delft 2012.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 53 18-8-2023 14:13:14

het belastingvoordeel minder sterk bij de hoogste inkomens neerslaat, alhoewel zij vanwege veelal hogere woningprijzen nog steeds wel in vergelijking met de lagere inkomensgroepen meer baat hebben bij het huidige systeem.

Naast de woningmarkteffecten, zijn er uiteraard ook andere belangrijke nadelen van de huidige fiscale behandeling van de eigen woning te noemen. De reeds aanwezig welvaartsverschillen tussen huishoudens worden vergroot, de macro-economische stabiliteit wordt verkleind, er ontstaat een welvaartsverlies en de belastingrondslag erodeert.

Tegen deze achtergrond lijkt het verstandig om zowel vanuit het oogpunt van de algemene welvaartsontwikkeling als vanuit die van de woningmarkt het fiscale systeem verder aan te passen richting een meer eigendomsneutraal woonbeleid. Huishoudens kiezen dan zelf welke eigendomssituatie het best bij hun situatie en voorkeuren past. Algemene financiële ondersteuning bij het wonen voor lage in midden inkomensgroepen kan dan nog steeds nuttig zijn, zoals het Wohngeld in Duitsland dat zowel voor huurders als eigenaar-bewoners beschikbaar is. Ook kunnen er voor de diverse sectoren diverse fiscale/financiële arrangementen ontwikkeld worden. Eigenaren/bewoners hebben immers vooral de eerste jaren na de aankoop hoge lasten en zien hun inkomen gedurende de tijd vaak stijgen, terwijl bij huurders de lasten in de tijd juist oplopen en met name bij huurders in de sociale huursector hun inkomensontwikkeling in het algemeen minder onstuimig is. Ook is de woonduur van zowel huurders in een sociale huurwoning, in een particuliere huurwoning en in eigen woning sterk verschillend. Ten slotte ligt het gezien de discussies die mede sinds de publicatie van het boek *Capital in the Twenty-First Century* (2014) van Thomas Piketty[12] rond het belasten van vermogensaanwasontwikkeling zijn gestart voor de hand om ook de waardeontwikkeling/verlies van de eigen woning in het fiscale systeem op te nemen.

[12] T. Piketty, Capital in the Twenty-First Century, The Belknap press of Harvard University Press, Cambridge, London 2014.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 54 18-8-2023 14:13:14

Vastgoed bij non-profitorganisaties

Mr. M.J. Broekhuizen
Specialist leader Deloitte Belastingadviseurs B.V.

1 Inleiding

Non-profitorganisaties met vastgoed hebben doorgaans de rechtsvorm stichting of vereniging. Als hoofdregel voor de vennootschapsbelasting geldt dat stichtingen en verenigingen alleen belastingplichtig zijn indien en voor zover zij een onderneming drijven. Omdat non-profitorganisaties — het woord zegt het al — geen winst beogen, lijkt een logische gedachte dat een hoofdstuk over het vastgoed van deze organisaties in relatie tot de vennootschapsbelasting kort kan blijven. In de praktijk is het echter niet per definitie zo dat het vastgoed van non-profitorganisaties volledig buiten de reikwijdte van de vennootschapsbelasting blijft. Bijvoorbeeld omdat de grenzen van het normaal vermogensbeheer worden overschreden, omdat niet aan de voorwaarden van een vrijstelling wordt voldaan of omdat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om bepaalde vastgoedlichamen bij wijze van fictie in de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting te betrekken. In deze bijdrage wordt besproken in hoeverre de vennootschapsbelasting het vastgoed van woningcorporaties en zorg- en onderwijsinstellingen raakt. Publiekrechtelijke rechtspersonen blijven buiten beschouwing. Omdat de actuele politieke en beleidsmatige aandacht op het moment van schrijven met name ligt bij de woningmarkt en het effect van de vennootschapsbelasting op de financiële positie van woningcorporaties, ligt daar de nadruk op.

2 Algemeen

In tegenstelling tot vastgoed van bijvoorbeeld nv's of bv's, wordt het vastgoed van non-profitorganisaties met als rechtsvorm stichting of vereniging[1] in beginsel slechts betrokken in de vennootschapsbelasting indien en voor zover het vastgoed behoort tot een onderneming die de entiteit drijft (art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969). Het ondernemingsbegrip in deze is geen zelfstandig begrip voor de vennootschapsbelasting, maar vindt zijn oorsprong in de inkomstenbelasting en komt bijvoorbeeld ook voor in de schenk- en erfbelasting. Wel wordt het vereiste van het winststreven in de vennootschapsbelasting uitgebreid door art. 4 Wet VpB 1969. Blijkens HR 2 februari 1983[2] komt deze uitbreiding niet aan de orde als sprake is van normaal vermogensbeheer, zoals bij de exploitatie van vastgoed het geval kan zijn.[3] Indien is vastgesteld dat de stichting geen onderneming drijft en niet in concurrentie treedt als bedoeld in art. 4 Wet VpB 1969, blijft het vastgoed van de stichting in beginsel buiten de

---

1 In het vervolg van deze bijdrage wordt ten behoeve van de leesbaarheid alleen de rechtsvorm stichting benoemd.

2 HR 2 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8987.

3 In de literatuur is dit arrest bekritiseerd: zie P.G.H. Albert, '*BNB* 1983/146 is achterhaald: de exploitatie van vastgoed leidt tot in concurrentie treden in de zin van art. 4 Wet Vpb 1969', in: *Systeem en symmetrie* (Bavinck-bundel; red.: C. Maas en L.J.A. Pieterse), Wolters Kluwer, Deventer 2016, p. 1 e.v.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 55 18-8-2023 14:13:14

reikwijdte van de vennootschapsbelasting. In beginsel, want voor specifieke stichtingen heeft de wetgever een fictie ingevoerd van integrale belastingplicht, vergelijkbaar met die voor nv's en bv's: deze geldt voor stichtingen die op de voet van de Woningwet bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn (in de volksmond: woningcorporaties).[4]
Als de stichting wel een onderneming drijft in de zin van art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969, dan wel in concurrentie treedt als bedoeld in art. 4 Wet VpB 1969, staat belastingplicht voor de vennootschapsbelasting nog niet vast. Het vastgoed van de stichting kan dan alsnog buiten de reikwijdte van de vennootschapsbelasting blijven, indien de stichting voldoet aan de voorwaarden van een van de subjectieve vrijstellingen uit art. 5, 6 of 6b Wet VpB 1969.

3 Zorg- en onderwijsinstellingen

Bij zorg- en onderwijsinstellingen is doorgaans sprake van vastgoed in eigen gebruik, terwijl het vastgoed van woningcorporaties wordt verhuurd aan derden. Binnen de huidige wet leidt dit tot een groot verschil in belastbaarheid voor de vennootschapsbelasting van het vastgoed van deze non-profitorganisaties.

3.1 Zorginstellingen

Zorginstellingen die een onderneming drijven, zijn subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting als zij voldoen aan de voorwaarden van art. 5, eerste lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 en art. 4 Uitv.besl. VpB 1971. Hierbij is onder andere van belang dat de werkzaamheden voor 90% of meer bestaan uit — kort gezegd — het verlenen van zorg. Volgens de staatssecretaris[5] bestaat er geen sluitende definitie voor het verlenen van zorg in deze, maar geldt als uitgangspunt dat dit het geval is, als sprake is van een vorm van zorg waarvan de vergoeding voortvloeit uit het basispakket Zvw of de Wlz, dan wel zorg die wordt verleend op basis van de Wpg, de Jeugdwet of een algemene of maatwerkvoorziening als bedoeld in de Wmo 2015. Voor de toetsing van het 90%-criterium wordt in de regel in eerste instantie aangesloten bij de omzet. Zo lang het vastgoed van de zorginstelling niet afzonderlijk wordt geëxploiteerd, speelt dit dus geen rol voor de vennootschapsplicht. Als de zorginstelling zelf vastgoed verhuurt ligt dit anders. Door de politieke beleidskeuze om wonen en zorg zo veel mogelijk te scheiden, is de wooncomponent minder vaak zorg-gefinancierd. Als de zorginstelling dit type vastgoed in eigendom heeft en verhuurt, leidt dit tot omzet van buiten het zorgdomein. Deze omzet kan de vrijstelling van de instelling als geheel in gevaar brengen. Onder omstandigheden kan een ander criterium dan het omzetcriterium hierbij uitkomst bieden, zoals het aantal fte dat zich met de betreffende werkzaamheden bezig houdt.

---

[4] De toelating per koninklijk besluit als is bepaald in art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 is gebaseerd op een oude versie van de Woningwet en is daarmee achterhaald. In de meest recente versie van de Woningwet worden de instellingen niet meer toegelaten per koninklijk besluit, maar bij besluit van de minister (art. 19 Woningwet). Tot op heden is art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 op dit punt (nog) niet bijgewerkt.

[5] Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 25 november 2019, 2019-187751, NLF 2020/0006, met noot van De Ruiter.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 56 18-8-2023 14:13:14

In de praktijk is het vastgoed van de zorginstellingen zelf slechts in uitzonderingsgevallen belast met vennootschapsbelasting. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde komen bij projectontwikkeling waarbij ook vastgoed wordt ontwikkeld voor derden. Verder bestaan er zorgconcerns waarbij vastgoed is ondergebracht in een andere entiteit van de zorgstichting, zoals een vastgoed-FBI met het oog op investeringen door derdeninvesteerders. Toepassing van de subjectieve vrijstelling staat voor dergelijke entiteiten doorgaans niet open.

3.2 Onderwijsinstellingen

Onderwijsinstellingen die een onderneming drijven kunnen een beroep doen op de subjectieve vrijstelling van art. 6b Wet VpB 1969. De activiteiten moeten voor 90% of meer bestaan uit het geven van onderwijs of het verrichten van onderzoek. Daarnaast moeten de onderwijs- en onderzoeksactiviteiten voor 70% of meer publieke middelen of overige specifieke bronnen worden gefinancierd, te beoordelen op totaalniveau. De wisselwerking van beide voorwaarden zorgt er voor dat de instellingen ruimte hebben om maximaal 30% niet-publieke onderzoeks- en onderwijsactiviteiten uit te oefenen.[6]

Uit toetsing van deze criteria door Deloitte (niet openbaar) bij onderwijsinstellingen komt tot dusverre naar voren dat deze vrijstelling dermate ruim is, dat het binnen het reguliere onderwijs (PO/VO/mbo/hbo/WO) vrijwel niet voorkomt dat er geen beroep op kan worden gedaan. Het vastgoed van deze instellingen lijkt dan ook slechts bij uitzondering belast met vennootschapsbelasting.

4 Woningcorporaties

4.1 Definitie

Alleen stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid kunnen op de voet van de Woningwet worden toegelaten als instellingen werkzaam in het belang van de volkshuisvesting (art. 19 Woningwet). Ten behoeve van de leesbaarheid wordt in dit onderdeel verder de aanduiding ‘woningcorporaties’ gehanteerd. Woningcorporaties zorgen — kort gezegd — voor sociale huisvesting, dat wil zeggen huisvesting voor mensen met lagere inkomens.

Veelal bestaat verwarring tussen de term woningcorporaties en wooncoöperaties. Wooncoöperaties hebben diverse verschijningsvormen. Als rechtsvorm wordt over het algemeen de coöperatie of de vereniging gehanteerd. Wooncoöperaties zijn veel kleinschaliger dan woningcorporaties en kunnen worden gekenschetst als een ledencollectief dat woningen bouwt en/of beheert waarbij de bewoners huren van de ‘eigen’ coöperatie. In het vervolg van dit onderdeel wordt de wooncoöperatie niet verder behandeld.

[6] Zie voor nadere toelichting M.M.F.J. van Bakel en S.A. Stevens, ‘De onderwijsvrijstelling in de vennootschapsbelasting’, WFR 2018/93. De auteurs nemen het standpunt in dat de ruime vrijstelling een staatssteunrisico met zich draagt.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 57 18-8-2023 14:13:14

4.2 Integrale belastingplicht bij wetsfictie

Sinds 1 januari 2008 zijn woningcorporaties bij wijze van wetsfictie integraal belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Voor boekjaar 2023 wordt een belastingafdracht door woningcorporaties verwacht van € 1,5 miljard,[7] wat de jaren daarna verder oploopt.
De fictie is in de huidige wet opgenomen in art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969. Daarnaast is art. 2, zesde lid, Wet VpB 1969 aangevuld met een verwijzing naar de lichamen vermeld in onderdeel d. Voor de invoering van deze integrale belastingplicht waren alleen de sociale huuractiviteiten van woningcorporaties wettelijk vrijgesteld (art. 5, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 (oud)). Voor de commerciële activiteiten gold dus geen vrijstelling.[8]
Eerder wilde het kabinet de sociale activiteiten van woningcorporaties nog bewust buiten de belastingplicht houden in verband met de verwachte beperkte opbrengsten in verhouding tot de administratieve lastendruk. In de memorie van toelichting[9] wordt hierover opgemerkt:

> 'De afschrijvingsbeperking voor gebouwen die daarna is ingevoerd, alsmede nadere politieke afwegingen in het kader van het Coalitieakkoord hebben er toe geleid dat nu een andere keuze is gemaakt.'

Hieruit kan ten eerste worden afgeleid dat medio 2007 de verwachting bestond dat na de invoering van art. 3.30a Wet IB 2001 per 1 januari 2007[10] de sociale activiteiten van woningcorporaties wel tot positieve fiscale resultaten zouden leiden. Dit wordt bevestigd door de verwachte jaarlijkse opbrengst van deze wetswijziging van € 0,5 miljard. In het Coalitieakkoord van het kabinet Balkenende IV was niets opgenomen over de invoering van integrale belastingplicht voor woningcorporaties. Met de 'nadere politieke afwegingen' uit voorgaand citaat wordt vermoedelijk gedoeld op de gedachte die op dat moment binnen het kabinet leefde, dat woningcorporaties hun maatschappelijk kapitaal onvoldoende inzetten voor de juiste doelen en dat het om die reden wenselijk was om het vermogen van woningcorporaties af te romen. Ook de moeizame discussies rond de 'Vogelaar'-heffing leken hierin een rol te spelen. In de nota naar aanleiding van het verslag is daar aan toegevoegd dat de wens bestond om een level playing field te creëren met commerciële vastgoedpartijen die een substantieel deel van hun vastgoedposities aanhouden in het segment van de sociale huursector.[11]
De staatssteunaspecten zijn ook aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van de integrale vennootschapsbelastingplicht voor woningcorporaties. Het kabinet stelt daarin dat na het vervallen van de vrijstelling er geen staatsteunmaatregel meer is.[12] Kavelaars merkt hierover op dat naar zijn mening er na de per

---

7 Brief van de minister voor VRO van 4 november 2022, 2022-591860.

8 Dit regime gold sinds 1 januari 2006. Voor die datum gold een ruimere vrijstelling.

9 Kamerstukken II 2007/08, 31 205, 3, p. 36.

10 Via de schakelbepaling uit art. 8, eerste lid, Wet VpB 1969 ook van toepassing in de vennootschapsbelasting.

11 Kamerstukken II 2007/08, 31 205, 9, p. 62.

12 Kamerstukken II 2007/08, 31 205, 9, p. 66.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 58 18-8-2023 14:13:14

1 januari 2006 doorgevoerde aanpassing van de daarvoor geldende vrijstelling al geen sprake meer was van ongeoorloofde staatssteun.[13]
Het kabinet koos er voor om niet slechts de tot dat moment bestaande subjectieve vrijstelling af te schaffen, maar ook een fictie van integrale belastingplicht voor de vennootschapsbelasting in te voeren. Dit motiveerde het kabinet als volgt:

> 'Wanneer alleen de subjectieve vrijstelling voor woningcorporaties zou komen te vervallen, betekent dit dat voor iedere woningcorporatie afzonderlijk beoordeeld zou moeten worden of zij één of meerdere ondernemingen drijft. Dit zou kunnen leiden tot (langdurige) discussies en onzekerheid. In zijn algemeenheid kan het geheel van de activiteiten van woningcorporaties beschouwd worden als onderneming. Daarom is er voor gekozen de woningcorporatie (de toegelaten instelling) als zodanig als belastingplichtig aan te merken.'[14]

Elders in de memorie van toelichting was het kabinet stelliger in de overtuiging dat woningcorporaties een onderneming dreven in de zin van de vennootschapsbelasting:

> 'Wanneer het geheel aan activiteiten van woningcorporaties wordt bezien, kunnen woningcorporaties vanuit fiscaal oogpunt moeilijk anders dan als ondernemingen worden gekenmerkt. Zij voldoen immers aan de criteria van organisatie van kapitaal en arbeid, van deelname aan het economische verkeer en behalen met hun activiteiten ook winst. Hieruit wordt de logische consequentie getrokken dat woningcorporaties voor al hun activiteiten in de vennootschapsbelasting betrokken moeten worden.'[15]

Gelet op het voorgaande leek het kabinet over de ondernemingsfictie geen eenduidige boodschap te hebben: indien er geen twijfel bestaat dat alle woningcorporaties een onderneming drijven, lijkt het minder logisch dat er een risico bestaat op langdurige discussies en onzekerheid als geen wetsfictie zou worden opgenomen.

4.3 Uitdagingen als gevolg van wetsfictie

Woningcorporaties streven als non-profitinstellingen bij hun investeringen en uitgaven niet naar maximaal financieel rendement, zoals reguliere ondernemers dat over het algemeen wel plegen te doen. Door de wetsfictie van integrale belastingplicht vallen deze investeringen en uitgaven volledig binnen de winstsfeer en dienen zij een duiding te krijgen voor de fiscale jaarwinst.
De fiscale wetgever heeft hier rekening mee gehouden door tegelijk met de invoering van de integrale belastingplicht voor woningcorporaties art. 3.29c Wet IB 2001 op te nemen. Als gevolg van deze bepaling kan — kort gezegd — de onrendabele top van nieuwe investeringen niet ten laste van het fiscale resultaat worden afgewaardeerd. Met dit wetsartikel beoogde de

---

[13] P. Kavelaars, 'Staatssteun en subjectieve vrijstellingen in vennootschapsbelasting', TFO 2006/66.

[14] Kamerstukken II 2007/08, 31 205, 3, p. 62.

[15] Kamerstukken II 2007/08, 31 205, 3, p. 37.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 59 18-8-2023 14:13:14

wetgever niet meer dan een codificatie van de jurisprudentie.[16] De exacte reikwijdte van de bepaling heeft in de literatuur echter tot discussie geleid.[17] Mede gezien de recente ontwikkelingen op het gebied van onverwachte bouwkostenstijgingen neemt het belang van de precieze uitleg van deze bepaling toe.

Een andere bijzonderheid bij het vastgoed van woningcorporaties is dat verreweg het grootste deel van hun vastgoed de gehele levensduur in exploitatie is bij dezelfde belastingplichtige. Hierdoor bestaat er een relatief groot financieel belang voor woningcorporaties bij jaarwinstdiscussies. Doordat de WOZ-waarde als de bodemwaarde geldt, is afschrijving vaak niet mogelijk, waardoor activering van uitgaven bij de onroerende zaak per saldo geen aftrek oplevert. Bij de verwerking van subsidies geldt een omgekeerd effect: voor zover deze in mindering kunnen worden gebracht op de voortbrengingskosten of boekwaarde van de onroerende zaak, leidt dit per saldo vaak niet dan wel pas op de hele lange termijn tot een bate. Deze dynamiek heeft geleid tot diverse procedures op het gebied van goed koopmansgebruik, die van breder belang zijn voor vastgoedexploitanten.[18]

Verder heeft art. 15b Wet VpB 1969 een bovengemiddelde impact op woningcorporaties. Uit data van de Belastingdienst blijkt dat woningcorporaties in het boekjaar 2019 een bedrag van € 1,1 miljard aan rente niet in aftrek konden brengen als gevolg van deze renteaftrekbeperking.[19] Per 1 januari 2022 is art. 15b Wet VpB 1969 verder aangescherpt, waardoor de omvang van de niet in aftrek te brengen rente toeneemt.

Woningcorporaties kunnen geen eigen vermogen aantrekken voor nieuwe investeringen, omdat zij geen aandeelhouders hebben. Daarnaast hebben zij een relatief lage (fiscale) ebitda, omdat zij niet de maximale huur vragen aan hun huurders. Bij een stijgende rente neemt de impact van de renteaftrekbeperking extra toe. Het kabinet houdt niettemin vast aan toepassing van deze bepaling en stelt dat een uitzondering voor woningcorporaties zou leiden tot staatssteun.[20] Op deze stelling van het kabinet is vanuit verschillende kanten kritiek geleverd.[21]

Door de combinatie van het niet kunnen afwaarderen van onrendabele toppen, het (vrijwel) niet kunnen afschrijven vanwege de bodemwaarde en het niet in aftrek kunnen brengen van een deel van de rentelasten wordt wel gesteld dat voor woningcorporaties naast een ondernemingsfictie ook een winstfictie geldt.

Als afschaffing van de wetsfictie van de integrale belastingplicht er toe zou leiden dat de resultaten behaald met verhuur van vastgoed buiten de ondernemingssfeer kunnen blijven, neemt

---

[16] Kamerstukken II 2007/08, 31 205, 3, p. 48; brief van de staatssecretaris van Financiën van 16 november 2007, 07-613, paragraaf 1.1.2.

[17] Onder andere T.M. Berkhout en J.M. van der Heijden, 'Vastgoedmarkten in barre tijden: (timing-aspecten) van afwaarderen en onrendabele toppen', WFR 2011/1570.

[18] Zoals HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:312, NLF 2022/0493, met noot van Russo; HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1036, NLF 2022/1380, met noot van De Ruiter en HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1274, NLF 2022/1968, met noot van Russo.

[19] Brief van de minister voor VRO van 4 november 2022, 2022-591860.

[20] Voor het laatst herhaald in de brief van 4 november 2022, 2022-591860.

[21] J.J.A.M. Korving en G.J.W. de Ruiter, 'Wie kan dat betalen? Onze huur!', WFR 2020/80, en NOB-reactie internetconsultatie aanpak fiscale regelingen van 9 april 2023.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 60 18-8-2023 14:13:14

het belang van de jaarwinstdiscussies en van de renteaftrekbeperking voor woningcorporaties sterk af. De afschaffing zou wel kunnen leiden tot een forse eindafrekeningswinst.

4.4 Wetsfictie in het licht van huidige situatie

Ten opzichte van de situatie eind 2007, die ten grondslag lag aan de politieke afwegingen om de partiële vrijstelling te schrappen, beperkten woningcorporaties zich sinds de jaren 10 van deze eeuw steeds meer tot hun kerntaak die bestaat uit het verzorgen van sociale huisvesting. Dit is onder andere te verklaren door invoering van de herziene Woningwet op 1 juli 2015, die het taakveld van woningcorporaties strakker heeft ingekaderd. Hiermee leek de sector weer op grotere politieke sympathie in het parlement te kunnen rekenen. De beoogde rol voor woningcorporaties in de energietransitie en het terugdringen van het woningtekort spelen hier mogelijk in mee. Ook wordt steeds meer een beroep op woningcorporaties gedaan om via hun huurbeleid een rol te spelen in de inkomenspolitiek van het Rijk ten behoeve van huurders. Dat roept de vraag op of het afromen van het door woningcorporaties opgebouwde vermogen via de vennootschapsbelasting door de Staat nog opportuun is.

Na de invoering van het huidige fiscale regime voor woningcorporaties is door het parlement dan ook diverse keren de vraag gesteld of dit regime niet gewijzigd zou moeten worden.[22] Hierbij richtten de vragen van de Kamerleden zich met name op de mogelijkheid tot (her) introduceren van specifieke fiscale faciliteiten en van een partiële vrijstelling. De diverse staatssecretarissen van Financiën waren consistent in de beantwoording van deze vragen en wierpen telkens op dat dit lastig te verenigen viel met de Europese staatssteunregels en met het gewenste level playing field met andere woningverhuurders.[23] Daarnaast werd gewezen op de budgettaire consequenties.[24]

De vraag is echter of een (partiële) vrijstelling van de vennootschapsbelasting nodig is om de activiteiten van woningcorporaties (deels) buiten de heffing te brengen. Mede gelet op de

---

[22] Dit heeft onder andere geleid tot de 'Nota woningcorporaties 2012', V-N 2012/47.12. Bij de invoering van de Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen is gevraagd of ook de belastingplicht voor woningcorporaties zou moeten worden heroverwogen; zie Kamerstukken I 2014/15, 34 003, D, p. 12. Voorts is in 2016 een motie aangenomen om te onderzoeken hoe een vrijstelling voor sociaal vastgoed van woningcorporaties kan worden ingevoerd, V-N 2017/19.3. De meest recente reactie van het kabinet over het aanpassen van het vennootschapsbelastingregime voor woningcorporaties, is opgenomen in de Kamerbrief van de minister van VRO van 4 november 2022, 2022-591860, waarin wederom wordt verwezen naar de staatssteunproblematiek bij het invoeren van een (partiële) vrijstelling.

[23] Interessante vraag hierbij is wat de relevante maatstaf is om dit level playing field te bepalen. Zo hebben andere woningverhuurders onder omstandigheden wel de mogelijkheid om de exploitatie van vastgoed zonder Vpb-heffing vorm te geven indien – kort gezegd – geen onderneming wordt gedreven (bijv.: tot 1 januari 2025 via de fbi-status, de subjectieve vrijstelling voor pensioenfondsen en gemeentelijk woningbedrijven). Een nadere uitwerking hiervan valt buiten het bestek van dit hoofdstuk.

[24] Overigens werd de beoogde opbrengst van € 500 mln. per jaar de eerste tien jaar van de integrale belastingplicht voor woningcorporaties door diverse oorzaken bij lange na niet gehaald. Sinds het boekjaar 2018 ligt dit anders. Op basis van de laatste prognoses (eind 2022) neemt de opbrengst toe tot € 1,6 mld. per jaar vanaf 2024.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 61 18-8-2023 14:13:14

recente stroom aan jurisprudentie over het ondernemingsbegrip bij verhuur van onroerende zaken voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit[25] zou de verhuur van vastgoed door woningcorporaties mogelijk al buiten de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting kunnen blijven bij toepassing van de hoofdregels voor stichtingen en verenigingen, zoals is verwoord in art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969.
In 2017 liet de staatssecretaris van Financiën zich uit over de vraag of woningcorporaties nog steeds per definitie een onderneming drijven.[26] Hierover merkte hij op:

> 'De ratio achter de invoering van de integrale Vpb-plicht is dat vennootschapsbelasting wordt geheven over winst van ondernemingen en dat, wanneer het geheel aan activiteiten van woningcorporaties wordt bezien, woningcorporaties vanuit fiscaal oogpunt moeilijk anders dan als ondernemingen kunnen worden gekenmerkt. Deze ratio is nog steeds van kracht. De fiscale criteria voor het drijven van een onderneming die bijvoorbeeld relevant zijn voor rechtspersonen die alleen belastingplichtig zijn voor zover zij een onderneming drijven (zoals publiekrechtelijke rechtspersonen), zijn de aanwezigheid van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid en deelname aan het economische verkeer met het oogmerk daarmee winst te behalen. Dat laatste criterium lijkt op het eerste gezicht een subjectief karakter te suggereren. Het is echter al decennia vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat als het subjectieve winstoogmerk ontbreekt, het winstoogmerk aanwezig wordt geacht als er structureel vermogensoverschotten worden behaald. Aanvullend wordt op grond van artikel 4, onderdeel a, van de Wet Vpb 1969 bezien of met de activiteiten in concurrentie wordt getreden met belastingplichtige ondernemingen, mits een natuurlijk persoon met die activiteiten kan voorzien in een zogenoemd bescheiden bestaan. In al die gevallen wordt eveneens een onderneming aanwezig geacht te zijn.
> Omdat de woningcorporaties voldeden en voldoen aan alle criteria worden ze sinds 2008 voor al hun activiteiten in de Wet Vpb 1969 betrokken. Die integrale Vpb-plicht is vormgegeven door woningcorporaties specifiek in de reeks van belastingplichtige lichamen op te nemen en, net als besloten vennootschappen of naamloze vennootschappen, te brengen onder de fictie van artikel 2, vijfde lid, van de Wet Vpb 1969. Hierdoor wordt een woningcorporatie geacht met het gehele vermogen een onderneming te drijven. Een beoordeling per activiteit, zoals bij publiekrechtelijke rechtspersonen, is daardoor niet meer nodig.'

Deze uiteenzetting kon rekenen op forse kritiek van de redactie van V-N.[27] Niettemin bleef de staatssecretaris dus op de lijn zitten dat ook bij het vervallen van de ficties uit art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en art. 2, zesde lid, Wet VpB 1969 woningcorporaties volledig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting zouden zijn, omdat zij met al hun activiteiten een onderneming drijven. Ik deel de kritiek van de redactie van V-N. De stelling dat woningcorporaties per definitie een onderneming drijven valt niet goed te rijmen met de

---

[25] Zie bijv. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, NLF 2017/0661, met noot van De Beer en HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:955, NLF 2021/1333.

[26] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 30 maart 2017, 2017-61387.

[27] V-N 2017/19.3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 62 18-8-2023 14:13:14

jurisprudentie (en het beleid van de Belastingdienst) over het ondernemingsbegrip bij de verhuur van vastgoed in het kader van de bedrijfsopvolgingsregeling. De verwijzing naar art. 4 Wet VpB 1969 is zoals eerder is opgemerkt niet relevant voor activiteiten die kwalificeren als niet meer dan normaal (actief) vermogensbeheer.

Door de wetsfictie hoeven discussies over welke activiteiten van woningcorporaties wel en welke niet als ondernemingsactiviteit kwalificeren in de uitvoeringspraktijk niet gevoerd te worden. Dit zorgt voor een beperking van de werklast bij de Belastingdienst als uitvoerder van de wet. Bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting zijn deze discussies uitgebreid gevoerd bij vastgoedexploitanten met aan derden verhuurd vastgoed. Dat heeft geleid tot een stroom aan jurisprudentie en het kabinetsvoornemen om met ingang van 1 januari 2024 de verhuur van vastgoed aan derden bij wijze van fictie aan te merken als beleggingsactiviteit voor de bedrijfsopvolgingsregelingen.[28]

Het fiscale stelsel voor aan derden verhuurde onroerende zaken in relatie tot het ondernemingsbegrip lijkt na deze wijziging niet meer consistent. Aan de ene kant is als wetsfictie opgenomen dat woningcorporaties met als voornaamste activiteit de verhuur van sociale huurwoningen geacht worden met hun hele vermogen een onderneming te drijven. Aan de andere kant wordt de wetsfictie geïntroduceerd dat voor de bedrijfsopvolgingsregeling de verhuur van vastgoed aan derden bij wijze van fictie nooit tot het ondernemingsvermogen gerekend kunnen worden. Wellicht dat hier aandacht voor gevraagd kan worden bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de bedrijfsopvolgingsregeling. Aan fiscale wetgeving zou meer ten grondslag moeten liggen dan budgettaire belangen en het voorkomen van uitvoeringsproblemen.

[28] Zie onder andere de Voorjaarsnota 2023, bijlage bij de brief van de minister van Financiën van 28 april 2023, 2023-100407.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 63 18-8-2023 14:13:14

1 + 1 = 1

Mr. E.W.E.M. Cox
Vastgoedfiscalist | Counsel bij CMS

1 Inleiding

Het recht is – anders dan bijvoorbeeld mathematiek – geen exacte wetenschap die duidelijke en definitieve antwoorden geeft op complexe opgaven. Toch kunnen vraagstukken op eenzelfde wijze worden benaderd: neem als startpunt hetgeen bekend is en vaststaat; begin met wat je weet. Vaak blijkt echter dat hetgeen we denken te weten een assumptie is, waardoor ons antwoord toch niet absoluut is. Ook bij het opnieuw bestuderen van de Don Bosco-zaak[1] blijken minder vragen te zijn beantwoord dan mij bijstond. Het plaatje is nog niet volledig ingekleurd. De code is nog niet gekraakt.

2 De zaak Don Bosco Onroerend Goed B.V.

2.1 Waar ging het ook alweer over?

Don Bosco Onroerend Goed B.V. ('Don Bosco') heeft in mei 1998 een overeenkomst gesloten met Stichting Leusderend, een btw-ondernemer, ter zake de verkoop en levering van een terrein met daarop de monumentale villa 'Leusderend' en een tweetal later gestichte opstallen, waarin een school met internaat was gehuisvest. Het landhuis zou worden behouden, maar Don Bosco was voornemens om de schoolgebouwen te vervangen door nieuwbouw kantoren ten behoeve van de (btw-belaste) verhuur. Gelet op de aftrekgerechtigde bestemming heeft Don Bosco – op enig moment tussen koop en juridische levering – met de verkoper aanvullend afgesproken dat verkoper de twee schoolgebouwen zou (laten) slopen en de ondergrond in onbebouwde staat aan Don Bosco zou opleveren. Daartoe werd met de verkoper overeengekomen dat deze een sloopvergunning zou aanvragen, dat hij met een aannemer een overeenkomst tot sloop van de betrokken gebouwen zou aangaan, en dat hij de kosten hiervan aan zich in rekening zou laten brengen. Volgens de overeenkomsten zou Don Bosco de sloopkosten dragen door vermeerdering van de koopsom, behoudens de kosten van asbestverwijdering, die voor rekening van de verkoper zouden blijven.
In augustus 1999 heeft de gemeente aan verkoper een sloopvergunning verleend, onder andere onder de voorwaarde dat pas na de asbestverwijdering daadwerkelijk tot sloop mocht worden overgegaan. Na een sloopofferte aan verkoper te hebben uitgebracht, is de sloper op 30 september 1999 in de ochtend met de sloopwerkzaamheden begonnen. Op dezelfde datum is in de middag het terrein aan Don Bosco geleverd. Op het tijdstip van levering was een deel van de bestrating tussen de gebouwen verwijderd, was van één schoolgebouw een zijgevel met behulp van een hydraulische kraan ingedrukt en waren daar ramen, kozijnen en metselwerk verwijderd en beschadigd. Na de juridische levering van de onroerende zaak is eerst het aanwezige asbest verwijderd, zijn vervolgens de bestaande schoolgebouwen ver-

[1] HvJ 19 november 2009, C-461/08 (Don Bosco), ECLI:EU:C:2009:722.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 65 18-8-2023 14:13:14

der gesloopt en zijn op het betrokken perceel in opdracht en voor rekening van Don Bosco nieuwe kantoorpanden opgericht.
Ter zake van de verkrijging van het landhuis en de strook daarbij behorende grond is overdrachtsbelasting aangegeven en afgedragen; daarover bestond geen discussie tussen Don Bosco en de Belastingdienst. Ter zake van de verkrijging van de overige delen van het object heeft de Belastingdienst een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting aan Don Bosco opgelegd. Volgens de Belastingdienst had aan Don Bosco een btw-vrijgestelde levering van een oud gebouw plaatsgevonden, zodat Don Bosco geen beroep kon doen de samenloopvrijstelling van art. 15, eerste lid, onderdeel a, Wet BRV.

2.2 Visie van de Hoge Raad (1/2)

Via Hof Amsterdam[2] — dat oordeelt dat de onroerende zaak niet kan worden aangemerkt als nieuw gebouw (in aanbouw) noch als bouwterrein, zodat de levering btw-vrijgesteld is en belast is voor de overdrachtsbelasting — komt de zaak bij de Hoge Raad die zichzelf hardop een aantal interessante vragen stelt rondom de fiscaliteit bij herontwikkeling van vastgoed:

> ‘In welk stadium van een proces van sloop van een bestaand gebouw gevolgd door de bouw van een nieuw gebouw is de levering [btw-belast]? Gaat het bij de levering van een — met het oog op de bouw van een nieuw gebouw — gedeeltelijk gesloopt gebouw om de levering van het nieuwe gebouw vóór de eerste ingebruikneming of (nog) om de levering van het oude gebouw dat in het verleden voor het eerst in gebruik is genomen? Is daarbij van belang hoever de sloop op het tijdstip van de levering is gevorderd? Maakt het verschil of de verkoper dan wel de koper de sloop en nieuwbouw wenst te realiseren en of de sloop wordt verricht in opdracht en voor rekening van de verkoper dan wel van de koper, die de nieuwbouw voor zijn rekening realiseert?’[3]

Uit de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel voor de Zesde Btw-richtlijn[4] leidt de Hoge Raad af dat de Europese Commissie voor ogen had nieuwbouw vanaf de voorgenomen sloop tot aan de eerste ingebruikneming in de heffing te betrekken. Met andere woorden, de levering van vastgoed is btw-vrijgesteld, tenzij het zich in de bouw- en handelsfase bevindt. Maar wanneer vangt die bouw- en handelsfase aan? Deze vraagt popt temeer op omdat de tekst van het voorstel voor de Zesde Btw-richtlijn ingrijpend is gewijzigd.
Een en ander noopt de Hoge Raad ertoe om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ, die als volgt kunnen worden samengevat:

- Is de levering van een gebouw dat gedeeltelijk is gesloopt met het oog op vervanging van dat gebouw door een nieuw op te richten gebouw btw-belast?
- Is het voor de beantwoording van deze vraag van belang of de verkoper dan wel de koper van het gebouw de opdracht tot de sloop heeft gegeven en de kosten daarvan aan zich in rekening laat brengen?

---

[2] Hof Amsterdam 18 oktober 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AR6456.

[3] HR 3 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF38001.

[4] COM/1973/950/FINAL behorende bij het voorstel voor een Zesde Btw-richtlijn, zoals ingediend door de Europese Commissie en bekendgemaakt in Pb EG 5 oktober 1973, C.80.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 66 18-8-2023 14:13:14

- Is het voor de beantwoording van de eerste vraag van belang of de verkoper dan wel de koper van het gebouw de nieuwbouwplannen heeft ontwikkeld?
- Of is elke levering btw-belast, als die plaatsvindt na het tijdstip waarop de sloopwerkzaamheden feitelijk een aanvang nemen dan wel na enig later tijdstip, in het bijzonder het tijdstip waarop de sloop substantieel is gevorderd?

2.3 Het oordeel van het Hof van Justitie

Het HvJ blijkt wederom geen orakel dat uitvoerig ingaat op alle overpeinzingen — hoe interessant ook — die de nationale verwijzende rechter heeft.[5] In plaats daarvan geeft het HvJ aan hoe een specifieke zaak binnen de kaders van de Zesde Btw-richtlijn (en thans de Btw-richtlijn) fiscaal moet worden behandeld. Het HvJ herformuleert de vragen van de Hoge Raad dan ook naar één enkele vraag:

> 'Is de levering van een terrein waarop een gebouw staat dat moet worden gesloopt teneinde op die plaats een nieuw bouwwerk op te richten, en waarvan de sloop reeds een aanvang heeft genomen vóór deze levering, vrijgesteld van btw?'

Onder andere de Europese Commissie en Ierland hebben schriftelijke opmerkingen ingediend naar aanleiding van de prejudiciële vragen. Volgens beide is het terrein het hoofdbestanddeel van de levering, terwijl de bestaande opstal slechts een puur ondergeschikt bestanddeel van de levering vormt. De fiscale status van het gebouw (nieuw of oud) of zelfs de aanwezigheid daarvan (of niet), zou dus niet doorslaggevend moeten zijn voor de btw-behandeling van de levering van het terrein. Ook een bebouwd terrein zou een bouwterrein kunnen zijn, wanneer het bestemd is om te worden bebouwd met een nieuw gebouw.
Aangezien in de Zesde Btw-richtlijn (en inmiddels de Btw-richtlijn) geen gemeenschappelijke definitie van het begrip 'bouwterrein' is opgenomen (zoals in eerdergenoemde voorstellen van de Europese Commissie), doch de invulling uiteindelijk is overgelaten aan de lidstaten, kan het HvJ zich niet baseren op de uitleg van de Commissie. Het HvJ ziet echter een andere ingang om tot de conclusie onbebouwde grond, en mogelijk bouwterrein, te komen.
Verkoper Stichting Leusderend heeft zich jegens Don Bosco immers niet alleen verplicht om het terrein met de zich daarop bevindende schoolgebouwen te leveren, maar ook om een dienst te verrichten bestaande in het (laten) slopen van de oudbouw. Deze handelingen hadden — aldus het HvJ — als economisch doel de levering van een terrein dat geschikt was om te worden bebouwd. Het zou kunstmatig zijn om te oordelen dat Don Bosco van de verkoper eerst de oude gebouwen en het erbij behorende terrein heeft verworven, dat echter in het geheel niet bruikbaar was voor Don Bosco's eigen economische activiteit en pas daarna de sloopdiensten (door welke diensten het terrein eerst bruikbaar werd voor Don Bosco). De handelingen van levering en sloop moeten tezamen als één handeling worden beschouwd, die — als geheel — niet de levering van de bestaande gebouwen, maar de levering van een onbebouwd terrein tot voorwerp heeft.

[5] HvJ 19 november 2009, C-461/08 (Don Bosco), ECLI:EU:C:2009:722.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 67 18-8-2023 14:13:14

Toch geeft het HvJ ook nog een aanwijzing ten aanzien van de invulling van het begrip 'bouwterrein': de richtlijn heeft als doelstelling om enkel vrij te stellen de leveringen van onbebouwde terreinen die niet als ondergrond voor een opstal bestemd zijn.

2.4 De gedachten van A-G Van Hilten

Naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ nam toenmalig A-G Van Hilten op 17 juni 2010 conclusie.[6] Van Hilten is — mijns inziens — *spot on* in haar analyse: vóórdat naar het onderwerp of object van de btw-relevante handeling wordt gekeken, moet eerst worden beoordeeld wat überhaupt de prestatie is die wordt verricht. Is dat een enkele levering, of oplevering? Of verricht de verkoper meerdere prestaties? En zijn die prestaties dan nevengeschikt, of is de ene handeling ondergeschikt aan de andere?

Het HvJ heeft deze vraag al beantwoord: het betreft een samengestelde prestatie, waarbij de dienst bestaande in het slopen van de oudbouw ondergeschikt is aan de levering van het terrein (met daarop op het tijdstip van juridische levering nog de oude opstallen). Voor de btw-behandeling moet volgens het HvJ worden gekeken naar het eindresultaat van deze handelingen. Een vervolgvraag die zich dan meteen aandoet, maar die het HvJ niet nadrukkelijk behandelt, is wanneer die prestatie dan wordt verricht. Wordt op het tijdstip van de juridische levering in btw-technische zin een bouwterrein geleverd, ook al voldoet de grond op dat moment niet aan de vereisten voor de kwalificatie als btw-bouwterrein? Of vindt de btw-levering plaats bij de oplevering van de onbebouwde grond?[7]

Beide benaderingen dragen iets vreemds in zich. Als de juridische levering het relevante btw-moment is, dan moeten handelingen die ná die levering aan het object worden verricht meegenomen worden in de duiding van het object. Wat als de verkoper tussen juridische levering en oplevering in onbebouwde staat failliet zou gaan of 'gewoon' zou wanpresteren en de sloop niet zou afronden, heeft hij dan nog wel een bouwterrein geleverd? Zouden we uitgaan van het moment van oplevering, dan stappen we over de eerste juridische levering heen, terwijl bij juridische levering de macht om als eigenaar over een goed te beschikken is overgegaan en zich toen dus ook een btw-levering heeft voorgedaan.

Uit het arrest van het HvJ kan worden afgeleid dat moet worden uitgegaan van het moment van de juridische levering. Het HvJ rept immers niet over 'opleveren'. Daarentegen overweegt het HvJ nadrukkelijk dat de door verkoper verrichte handelingen de levering van een onbebouwd terrein tot voorwerp hebben, 'ongeacht hoever de sloop van het oude gebouw op het moment van de daadwerkelijke levering van het terrein is gevorderd'. Dat toekomstige omstandigheden aan het object moeten worden meegenomen in de fiscale duiding is een complicerende factor die het HvJ kennelijk voor lief neemt.

Voorts gaat de A-G in op de vraag of het onderhavige 'onbebouwde' terrein als bouwterrein kan worden aangemerkt — en of dit kan op basis van de Nederlandse wettekst (al dan niet via richtlijnconforme interpretatie), of dat een rechtstreeks beroep op de Zesde Btw-richtlijn nodig is. In het laatste geval zou Don Bosco geen beroep kunnen doen op de samenloopvrijstelling, omdat alleen een transactie die btw-belast is op grond van de Wet OB 1968 van overdrachtsbelasting vrijgesteld kan zijn. Volgens de A-G was het terrein onmiskenbaar bestemd

---

[6] Conclusie A-G Van Hilten 17 juni 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN0646.

[7] Zie ook A.J. Blank, 'Het tijdstip van een samengestelde prestatie', BtwBrief 2010/15.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 68 18-8-2023 14:13:14

voor bebouwing en was de Nederlandse wettekst — ook vóór 1 januari 2017[8] — ruim genoeg om de conclusie bouwterrein te dragen.

2.5 En weer de Hoge Raad (2/2)

De Hoge Raad slaat een andere richting in. Nu niet relevant is hoe ver de sloop ten tijde van de juridische levering is gevorderd, acht de Hoge Raad beslissend de staat waarin en de omstandigheden waaronder het terrein uiteindelijk door de verkoper aan Don Bosco is opgeleverd. Het is niet duidelijk of de Hoge Raad het woord 'opgeleverd' bezigt in het normale spraakgebruik (en of hij dus latere feiten en omstandigheden betrekt in de btw-duiding van de juridische levering, die dus ook de btw-levering is), of dat hij een mogelijk latere btw-prestatie onderkent (bestaande in de oplevering van een bouwterrein). Over de koppeling met de samenloopvrijstelling wordt in elk geval niet gesproken. Hof Den Haag krijgt alleen als opdracht om te onderzoeken of door toedoen van de verkoper een bouwterrein in de zin van de Wet OB 1968 is ontstaan. Zo ja, dan lijkt het beroep van Don Bosco op de vrijstelling van overdrachtsbelasting sowieso geslaagd.

2.6 Het eindoordeel van Hof Den Haag[9]

Ter zitting heeft de belastinginspecteur zijn opvattingen herzien en zich op het standpunt gesteld dat een bouwterrein aan Don Bosco is opgeleverd. De levering van het terrein was mitsdien btw-belast en vrijgesteld van overdrachtsbelasting.

3 Koop-aanneming

In het verlengde van en deels parallel aan de Don Bosco-zaak, speelde ook een zaak over de toepassing van art. 13 Wet BRV, de heffingsgrondslagvermindering bij verkrijgingen binnen zes maanden. De opvolgende verkrijger, de belanghebbende in deze zaak, stelde zich op het volgende standpunt. Uit het arrest Don Bosco leidde hij af dat de levering van het betreffende appartementsrecht en de bouw van het appartement voor de omzetbelasting één handeling vormen, die als geheel de levering van een nieuw appartement tot voorwerp heeft. De btw-levering van het nieuwe appartement heeft plaatsgevonden op het moment van oplevering van het appartement, welke oplevering plaats had minder dan zes maanden vóór de verkrijging door belanghebbende. De waarde waarover belanghebbende overdrachtsbelasting verschuldigd is, dient daarom te worden verminderd met het bedrag waarover ter zake van de oplevering van het nieuwe appartement omzetbelasting verschuldigd was, te weten de gehele koop-/aanneemsom die de vorige verkrijger heeft voldaan.

---

8 Naar aanleiding van het arrest Woonstichting Maasdriel (HvJ 17 januari 2013, C-543/11, ECLI:EU:C:2013:20) zijn de limitatieve nationaal-wettelijke criteria van het begrip bouwterrein in art. 11, zesde lid, Wet OB 1968 (destijds art. 11, vierde lid) vervangen door een open norm die aansluit bij de doelstelling van de Btw-richtlijn. Alle onbebouwde terreinen die kennelijk bestemd zijn om te worden bebouwd, kunnen dan wel moeten als bouwterrein worden aangemerkt. De (subjectieve) bouwbestemming kan met allerlei feiten en omstandigheden worden onderbouwd, mits zulks met objectieve gegevens kan worden aangetoond.

9 Hof Den Haag 2 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8564.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 69 18-8-2023 14:13:14

Omdat voor de toepassing van art. 13 Wet BRV het moment van de vorige verkrijging — of in dit geval de levering — doorslaggevend is, moest de rechter zich in deze zaak wel specifiek uitspreken over de vraag wanneer de btw-relevante prestatie plaatsvond. Was dat ten tijde van de juridische eigendomsoverdracht, of op het moment van de oplevering? Anders dan bij Don Bosco is het Hoge Raad-arrest op dit punt klip-en-klaar: de handelingen van de aannemer jegens de vorige verkrijger met betrekking tot de grond en het appartement moeten voor de btw-heffing inderdaad samen als één prestatie worden beschouwd en wel als de levering van een nieuw gebouw op de datum waarop het appartement aan de vorige verkrijger werd opgeleverd.[10] De Hoge Raad stapt dus — anders dan A-G Wattel[11] — over de eerdere juridische eigendomsoverdracht heen. Volgens Wattel ging het in het betreffende geval niet om economisch één enkele prestatie, waarvan splitsing kunstmatig zou zijn. De voorwerpen van de prestaties (levering van de grond; bouw van een appartement) zijn in zijn optiek wel los van elkaar bestaanbaar, zoals al volgt uit het hybride karakter van een 'koop-aanneemovereenkomst'. Wattel meent dan ook dat zich twee afzonderlijke btw-leveringen voordoen: van de grond (met eventueel daarop een gebouw in aanbouw) en de (op)levering van het appartement, met ieder een aparte termijn voor de toepassing van art. 13 Wet BRV.

4 Overpeinzingen

Het arrest Don Bosco wordt inmiddels standaard aangehaald wanneer samengestelde prestaties worden behandeld. De rechtsregel was en blijft dat onderscheiden handelingen voor de btw-heffing in beginsel afzonderlijk moeten worden behandeld. Dat is anders als zij zo nauw met elkaar verbonden zijn dat zij objectief gezien één enkele ondeelbare economische handeling vormen, waarvan splitsing kunstmatig zou zijn. Of verschillende elementen tezamen één prestatie vormen, moet van geval tot geval worden beoordeeld.

Na de zaak Don Bosco en het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 2013 zijn we bij koopsloop en koop-aanneming wellicht snel geneigd om van een totaalprestatie uit te gaan. Toch kan uit de jurisprudentie mijns inziens niet worden afgeleid dat bij koop-/aannemingsovereenkomsten met aan de ene kant een en dezelfde verkoper-aannemer, er *altijd* sprake is van een enkele btw-prestatie. Nu zijn er uiteraard situaties voorhanden waarbij dat wel het geval zal zijn. Wanneer bijvoorbeeld een koper een appartementsrecht koopt van een aannemer of ontwikkelaar die ten behoeve van die koper ook het nieuwbouw appartement gaat of laat bouwen, kan ik mij goed voorstellen dat het de koper te doen is om het nieuwe woonappartement en niet om de juridische huls. Bovendien zal iedere afzonderlijke koper veelal weinig invloed kunnen uitoefenen op de bouw, hooguit op afwijkingen van de standaard keuken en/of badkamer. Bij een nieuwbouw rijtjeswoning is dat in menig geval niet anders. Wanneer een koper echter een losse bouwkavel koopt, is dat een aparte btw-prestatie; naar mijn mening ook als de koper vervolgens — om welke reden dan ook — de verkoper inschakelt voor de bouw van de nieuwe woning. Bij tussenvormen zal het afhangen van het oogmerk van en de afspraken tussen partijen, alsmede van de mogelijkheid die de koper heeft om derde partijen in te schakelen.[12] Tekent de koper voor een totaalproduct? Of neemt de koper

[10] HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5307.

[11] Conclusie A-G Wattel 22 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY5307.

[12] Vgl. HvJ 27 september 2012, C-392/11 (Field Fischer Waterhouse), ECLI:EU:C:2012:597.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 70 18-8-2023 14:13:14

verschillende producten af, al dan niet toevallig van dezelfde btw-ondernemer? Het dubbeltje kan nog altijd beide kanten opvallen.

In het arrest Don Bosco was volgens het HvJ sprake van een totaalprestatie, waarvan het onderwerp uiteindelijk een onbebouwd terrein was. Daardoor heeft het HvJ de vraag niet hoeven beantwoorden of het onderhavige terrein — met daarop ten tijde van de juridische levering gedeeltelijk gesloopte bebouwing — op het moment van juridische levering als bouwterrein kon worden gekwalificeerd, ongeacht of de verkoper de sloop zou afronden. Met andere woorden, stel dat de koper de sloop had afgenomen van een ander dan de verkoper, had dan nog altijd sprake kunnen zijn van de levering van een bouwterrein? Kan of moet de resterende bebouwing worden weggedacht — en onder welke voorwaarden en omstandigheden? Staat de Btw-richtlijn in de weg aan een nationale definitie van het begrip 'bouwterrein' die vereist dat het terrein onbebouwd is? Deze vragen staan volgens mij nog altijd open. Op nationaal niveau hebben we inmiddels een aantal uitspraken voorbij zien komen waarin (restanten van) gebouwen werden weggedacht en een terrein toch als bouwterrein werd aangemerkt, ook al stond de verkoper niet in voor de totale sloop (zo die überhaupt al plaatsvond).[13] In voorkomende gevallen zal dat een welkome uitkomst zijn, die op mijn sympathie kan rekenen wanneer de grond het hoofdbestanddeel is van de prestatie en de restbebouwing van ondergeschikt belang. Echter, art. 11, zesde lid, Wet OB 1968 stelt toch echt als eis dat een terrein onbebouwd is, wil het als bouwterrein kunnen worden aangemerkt. De vraag is of onze nationale btw-wetgeving op dit punt in overeenstemming is met de Btw-richtlijn. Uit de Btw-richtlijn en de formulering van het HvJ lijkt voor de kwalificatie van een terrein als bouwterrein immers niet de eis te worden gesteld dat dit terrein onbebouwd is. Ik betwijfel evenwel of ten nadele van een belastingplichtige een richtlijnconforme interpretatie kan worden aangehouden.[14]

Tot slot het punt van de koppeling tussen de btw-belaste (op)levering en de toepassing van de samenloopvrijstelling in de overdrachtsbelasting. Van overdrachtsbelastingheffing is — onder nadere voorwaarden — vrijgesteld de verkrijging *krachtens* een btw-belaste levering als bedoeld in art. 11, eerste lid, onderdeel a, onder 1, Wet OB 1968. Als de btw-levering plaatsvindt op het moment van de juridische levering en daarmee de juridische eigendomsverkrijging voor de overdrachtsbelasting, kan een rechtstreekse koppeling worden gemaakt tussen beide belastbare feiten in beide heffingen. Als het onderwerp van de btw-levering een bouwterrein of nieuw gebouw is dat niet of minder dan zes maanden is gebruikt en verhuurd, bestaat in principe aanspraak op de vrijstelling van overdrachtsbelasting. Heeft de afnemer in het geheel geen btw-aftrekrecht, dan geldt een termijn van twee jaren. Is bij een samengestelde prestatie de oplevering de relevante btw-handeling, dan blijkt uit het arrest Don Bosco en het meergenoemde arrest van 22 maart 2013 dat deze latere oplevering kan worden toegere-

---

[13] Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8275, NLF 2021/1783; Hof Den Haag 18 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2782, NLF 2019/2436 en HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2260, NLF 2018/2666, met noot van Bomer.

[14] Zie onder andere J.M. Prinsen, Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid, Kluwer, Deventer 2004, hoofdstuk 3 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie, alsmede S. Prechal, 'Richtlijnconforme uitleg: Alice in Wonderland', WFR 1991/1596.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 71 18-8-2023 14:13:14

kend aan het moment van een eerdere juridische eigendomsverkrijging voor de overdrachtsbelasting. Als de oplevering van rechtswege btw-belast is en mits aan de overige voorwaarden wordt voldaan, slaagt een beroep op de samenloopvrijstelling nog altijd.
De vraag is of — in bredere zin — niet de eis wordt gesteld dat btw-levering en verkrijging voor de overdrachtsbelasting op hetzelfde moment of in elk geval op grond van dezelfde rechtshandeling plaatsvinden. Wat moet onder het woord 'krachtens' in art. 15, eerste lid, onderdeel a, Wet BRV worden verstaan? Als de belastbare feiten voor de btw en de overdrachtsbelasting in tijd uiteen kunnen lopen, is het dan ook mogelijk dat ter zake van een economische eigendomsverkrijging van een bouwterrein of nieuw gebouw vooruitlopend op de juridische eigendomsoverdracht (tevens btw-levering) ook een beroep kan worden gedaan op de samenloopvrijstelling? Het kan goed zijn dat die econoom plaats heeft krachtens dezelfde koopovereenkomst waaraan uitvoering wordt gegeven met de juridische levering. Wordt dan ook voldaan aan het vereiste van 'krachtens'?

5 Kortom

Naar aanleiding van het arrest Don Bosco en de zaak Woonstichting Maasdriel is het begrip 'bouwterrein' in de Wet OB 1968 aangepast. Voordat we echter aan de fiscale duiding van het object van de btw-prestatie toekomen, moet eerst worden vastgesteld wat nu het precieze belastbare feit is. Betreft het een enkele handeling of diverse handelingen? En waar het diverse handelingen betreft, zijn die dan nevengeschikt of is de ene handeling ondergeschikt aan de andere hoofdprestatie? Dit kan per casus verschillen; uit de Don Bosco-jurisprudentie volgt mijns inziens niet dat bij koop-sloop en koop-aanneming altijd sprake is van één totaalprestatie.
Nu in het arrest Don Bosco het eindresultaat van de btw-levering een onbebouwd terrein was, heeft het HvJ zich niet hoeven uitspreken over de vraag of een bouwterrein per definitie onbebouwd moet zijn. De Btw-Richtlijn en jurisprudentie van het HvJ lijken dit evenwel niet als harde eis te stellen; de Wet OB 1968 wel. Hebben belastingplichtigen hier een keuzemogelijkheid?
Wanneer tot slot voor de toepassing van de samenloopvrijstelling in de overdrachtsbelasting niet vereist is dat de relevante btw-levering en verkrijging voor de overdrachtsbelasting op hetzelfde moment plaatsvinden, kan dan vaker worden geconcludeerd dat een verkrijging krachtens een van rechtswege btw-belaste prestatie plaatsvindt — ook al is de koppeling tussen beide belastbare feiten minder evident? Kortom, we weten meer door de Don Bosco-jurisprudentie, maar we weten nog lang niet alles.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 72 18-8-2023 14:13:14

Het fiscale kaartenhuis van particulier vastgoedbezit

Mr. dr. S.M.H. Dusarduijn
Universitair hoofddocent Tilburg University

1 Inleiding

Een online woordenboek definieert vastgoed als 'goed dat niet verplaatsbaar is, onroerend goed'.[1] Deze omschrijving vervolgt met een opmerkelijk voorbeeld:

> 'Het vastgoed werd tegen te hoge prijzen verkocht.'

Aan het begrip kleeft kennelijk de geur van geld. Dat is niet zo opmerkelijk: veel miljonairs houden zich bezig met de verhuur van en handel in vastgoed.[2] Hoewel vastgoedbeleggers momenteel worden geconfronteerd met een stapeling van maatregelen die hun rendementen kunnen aantasten, blijft de stenen belegging lonken. De groep vastgoedbeleggers is evenwel divers, ook in fiscalibus: vastgoedinvesteringen treffen we aan in elke inkomensbox. Mijn bijdrage betreft deze boxendans van particuliere investeringen in vastgoed, direct of indirect door middel van een fiscaal vehikel. De focus is daarbij gericht op woningen.

2 De vele gezichten van vastgoed

Hoewel de afbakening van de categorie vastgoed tot woningen een aardige beperking van de materie behelst, blijkt ook deze ingeperkte groep kleurrijk. Particulier woningbezit dient immers vele doeleinden: een woning kan worden ingezet voor eigen gebruik, ze kan dienen als belegging en voor de huisjesmelker fungeert vastgoed als stenen koe. Ondanks deze diversiteit is sprake van een overkoepelend kenmerk: de voorsprong waarover iedere vastgoedbezitter beschikt. De grond waarop we leven is schaars en met een uitdijende wereldbevolking neemt deze schaarsheid toe. Nederland heeft bovendien een aanzienlijk woningtekort; dat tekort blijft ook in de nabije toekomst bestaan.[3] Bezit van vastgoed biedt zodoende, ongeacht de wijze van gebruik, een voorsprong. Een voorsprong die belast mag en zelfs moet worden: ook vastgoedbezitters dienen hun fiscale steentje bij te dragen aan de samenleving waarvan ze deel uitmaken.

De directe investering in onroerende zaken blijkt een favoriet heffingsobject van belastingwetgevers door de onmogelijkheid om deze stenen belegging uit het zicht van de belastingheffer te houden. In vergelijking met mobiel kapitaal toont dit objectief waarneembare

---

1 'Vastgoed', online woordenboek Betekenis.be, www.betekenis.be.

2 CBS, 'In 2021 weer meer miljonairs', 24 april 2023, www.cbs.nl.

3 K.J. de Goede en L.P. Kremer, 'Fiscale conferentie "Vastgoed"', WFR 2023/122.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 73 18-8-2023 14:13:15

vermogensbezit bovendien weinig fiscaal vluchtgevaar.[4] Ook daarom werd vastgoed in de vroege historie ingezet als een middel om vermogensbezit te taxeren en aansluitend te belasten.[5] In verschillende landen gold daarom een weeldebelasting op ramen en deuren.[6] Deze maatregel wijzigde het straatbeeld: menig vastgoedbezitter 'ontkwam' aan deze heffing door zijn ramen dicht te metselen. De portemonnee heeft kennelijk een hogere status dan licht en lucht.
Ook de hedendaagse belastingwetgever richt zijn vizier op vastgoedbezit met uiteenlopende heffingen, waaronder de inkomstenbelasting. Die belastingbijdrage mag overigens, zoals art. 1 EP EVRM waarborgt, niet leiden tot een aftakeling van het stenen bezit. Maar fiscale wetgeving mag er evenmin toe leiden dat de tweedeling in de samenleving tussen de haves en de havenots wordt vergroot door het bieden van ontwijkingsmogelijkheden of het te laag belasten van een (vermogens)voorsprong. De Wet IB 2001 heeft in dat opzicht gefaald: veel vastgoedbezitters hebben aanzienlijk kunnen profiteren van het fiscale stelsel, daarbij geholpen door 'de' markt.[7]

2.1 Vastgoed als Multi Purpose Vehicle in het (fiscale) verkeer

Ook het fiscale verkeer toont de veelzijdigheid van particulier vastgoedbezit: deze investering heeft zich genesteld in elke inkomensbox. Deze boxindeling is afhankelijk van de fiscale duiding van feiten en omstandigheden. Dat klinkt simpel, maar de praktijk toont een stroever beeld.

BOX 1

Onder de noemer 'werk en woning' wordt in box 1 het particulier vastgoed belast op twee manieren: de regels voor de eigen woning en het resultaat uit overige werkzaamheden. De eerste categorie toont dat een belegging in vastgoed zich afwijkend gedraagt van andere beleggingen. Een woning is immers ook een consumptiegoed, een investering waarbij het eigen gebruik kan leiden tot heffing.[8] Ik bespreek het fiscale karakter daarvan in de boxoverstijgende paragraaf 2.3.
Met de tweede categorie, het resultaat uit overige werkzaamheden, plakt de wetgever een ondernemersetiket op de vastgoedinvestering. Dit etiket kan wortelen in antiarbitrageregelingen waardoor ook passieve vastgoedbeleggers in box 1 belanden. Meest bekend is de terbeschikkingstellingsregeling (art. 3.90, eerste lid, onderdelen a en b, Wet IB 2001. Ook de lucratief belangregeling is aan deze stam gegroeid). Deze regeling stamt uit de tijd dat het forfaitaire rendement in box 3 (4%) minder bedroeg dan de reële vermogensrendementen. Voor de in verbonden situaties terbeschikkinggestelde vermogensbestanddelen, zoals vastgoed, moest worden voorkomen dat dit vermogen in box 3 lager belast zou worden. De afgelopen

---

4 Verplaatsing van vastgoed door er wielen onder te zetten transformeert de onroerende zaak tot roerend.

5 Vgl. de Romeinse deurenbelasting ostiarium ingevoerd door Julius Caesar.

6 Ook in Nederland, gedurende de periode 1812-1896.

7 De marktwaarde van de gemiddelde woning steeg van ca. € 206.000 (2013) tot € 410.000 (februari 2023).

8 Zie ook de bijdrage van J.E. van den Berg.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 74 18-8-2023 14:13:15

jaren blijkt echter de heffing in box 1 voordeliger dan de vermogensrendementsheffing waardoor deze antimisbruikbepaling is uitgegroeid tot een instrument voor taxplanning.
De ondernemersgeur kleeft sterker aan vastgoedinvesteringen die het 'normaal vermogensbeheer' overstijgen.[9] Daarmee wordt in de wereld van particuliere vastgoedexploitatie een onderscheid gemaakt tussen de actieve, ondernemende belegger (box 1) en de passieve speculant (box 3).[10] Van 'meer dan normaal' vermogensbeheer is sprake:

> '(…) indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.'[11]

De theoretisch verdedigbare abstractie van deze arbeids-plustoets en de rendements-plustoets blijkt in de praktijk illusoir.[12]
Het is immers onduidelijk welke factoren in welke mate meewegen bij deze kwalificatie. Zo creëert het passief verhuren van vastgoed geen meerwaarde omdat het vastgoed zelf de vruchtdrager is.[13] Het enkel verhuren en onderhouden van onroerend goed kwalificeert zodoende als normaal vermogensbeheer.[14] Toch toont de jurisprudentie een ander gezicht: in de ene situatie wordt de verhuur van een grote vastgoedportefeuille in box 1 gestationeerd, in een andere situatie niet.[15] De arbeids-plusfactor bij verhuur wordt wel steeds strenger toegepast.[16]
Dat wisselende beeld zien we ook bij de fiscale duiding van incidentele aan- en verkopen van vastgoed waarbij de inzet van (voor)kennis, ervaring en deskundigheid kan leiden tot de kwalificatie 'meer dan normaal vermogensbeheer'.[17] Ook het uitponden van onroerende zaken kan een vastgoedinvesteerder in box 1 doen belanden, mits daarbij sprake is van 'arbeid-plus'.[18] Ook hier mist de klare lijn in de jurisprudentie. De uitkomst van procedures omtrent vastgoed lijkt eerder een kwestie van bewijsvoering en de (on)mogelijkheid om de door de tegenpartij gepresenteerde stellingen te kunnen weerspreken.[19]

---

9 Art. 3.90, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001. Zie over deze open norm Kamerstukken II 1979/80, 15 516, 11.

10 Zie onder andere HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

11 HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

12 HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:951, NLF 2021/1330 en HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1328, NLF 2021/1921, met noot van Hoogwout.

13 J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

14 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, 9, p. 96.

15 HR 18 juni 2021, 20/01485, ECLI:NL:HR:2021:951, NLF 2021/1330.

16 Zie onder andere Hof Den Bosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157.

17 HR 16 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4808.

18 Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, 75. Zie evenwel HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9252.

19 T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten 2.0', WFR 2022/58.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 75 18-8-2023 14:13:15

BOX 2

Ook in de tweede inkomensbox is sprake van particulier vastgoedbezit, bijvoorbeeld bij een aanmerkelijk belang in een vastgoed-bv. Hoewel geen sprake is van ondernemingsvermogen kan zodoende box 3 worden ontweken.[20] Bovendien kan de heffing over dit beleggingsvermogen in box 2 worden uitgesteld. Uitstel van heffing is echter alleen verdedigbaar voor echt ondernemingsvermogen dat immers — gezien de functies van winstinkomen — niet beschikbaar voor uitdeling.[21]

De meest effectieve remedie tegen deze ontgaansstructuren met box 2 is een heffing over het werkelijk rendement van dit vastgoedbezit bij de particulier die zich verschuilt achter de civieljuridische schil van een rechtspersoon. Om de knuppel in het hoenderhok te gooien: we moeten door die schil heen durven kijken. Die toepassing van de *wirtschaftliche Betrachtungsweise* — leidend tot fiscale transparantie van civieljuridische abstracties — zou zelfs in veel bredere zin moeten gelden gezien de ontwijkingsmogelijkheden van deze fiscale pretbox. Dat is evenwel een andere discussie.

BOX 3

Tot slot kan de onroerende zaak kwalificeren als een 'overige bezitting' in de rendementsgrondslag. De derde inkomensbox bestaat voor 28%, in totaal € 165 miljard, uit verschillende soorten vastgoed.[22] Op deze variëteit wordt momenteel slechts één algemeen geldend forfait (6,17% in 2023) toegepast dat bovendien wordt 'gedeeld' met afwijkend renderende overige bezittingen. De onontkoombare conclusie is dat dit forfait de kleurrijke rendementswerkelijkheid van de overige bezittingen niet benadert. De wetgever loopt een enorm juridisch risico met deze benadering: een forfait dat onvoldoende de werkelijkheid benadert, staat immers op gespannen voet met mensenrechten.[23]

2.2 Vastgoed in eigen gebruik: een broodje baksteen

De hierboven geschetste boxenproblematiek van het belasten van vastgoedbezit wordt vergroot doordat deze stenen investering ook kan worden bewoond door de eigenaar zelf. Al sinds Piersons Wet VB 1892 wordt het eigen gebruik van vastgoed in de belastingheffing betrokken. Dat geschiedt niet alleen in box 1 (de eigen woning), maar ook in box 3 (de tweede woning).

Eind jaren zestig is het belasten van eigen gebruik van vastgoed uitgebreid onderzocht, geconcludeerd werd dat 'het inkomensgehalte dubieus is'.[24] Het op draagkracht gebaseerde bronnenstelsel veronderstelt immers deelname aan het economische verkeer, dat ontbreekt bij eigen gebruik. Geredeneerd wordt echter dat bewoning van een pand door de eigenaar wordt 'genoten' als huur in natura. In het concept van de bronnentheorie impliceert de besparing

---

[20] Memo inventarisatie vermogensverkeer tussen box 2 en box 3, Besluit van 14 april op WOO-verzoek.

[21] Daarom ook het voorstel om de verhuur van onroerende zaken aan derden uit te sluiten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (brief van de minister van Economische Zaken 9 december 2022, DGBI/22572682).

[22] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 september 2022, 2022-206548, p. 15 (cijfers 2019).

[23] HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, NLF 2022/0106, met noot van Dusarduijn.

[24] Kamerstukken II 1969/70, 10 790, 5, p. 25. De constatering van de commissie-Van Lawick betrof de eigen woning, maar geldt evenzeer voor de tweede woning.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 76 18-8-2023 14:13:15

van uitgaven het bestaan van een inkomstenbron. De permanente of tijdelijke besparing van huurkosten wordt daarom belast als inkomen (box 1 of box 3). Maar deze gedachtegang geldt natuurlijk niet alleen voor onroerende zaken. Dat de wetgever zich daarvan bewust is, toont art. 5.3, tweede lid, onderdeel c, Wet IB 2001: voordelen getrokken uit roerende zaken (niet ter belegging gehouden) behoren *niet* tot de rendementsgrondslag. Defiscalisering van het eigen gebruik van roerende zaken vereist dus een uitdrukkelijke wetsbepaling.[25] Nu daardoor vastgoed het enige consumptiegoed is dat bij eigen gebruik in de heffing betrokken wordt, blijkt de natura-voordeelredenering willekeurig. Bovendien ervaart een belastingplichtige de besparing niet als inkomen. Eigen gebruik levert weliswaar *draagkracht*, maar genereert geen *koopkracht*. Anders gezegd: van huur in natura kan niemand boodschappen doen.[26] Het belasten van het eigen gebruik van woningen roept dus niet alleen theoretisch problemen op. In reactie daarop wordt door sommigen defiscalisering van vastgoed in eigen gebruik bepleit.[27] Daarbij zou evenwel de voorsprongpositie van de woningbezitter genegeerd worden. Ook hier is een omdenken nodig.

2.3 De fiscale warboel

De door de wetgever gecreëerde verschillen in fiscale behandeling tussen de boxen — zowel ten aanzien van grondslagen als tarieven — zijn groot en kunnen leiden tot ingewikkelde (her)kwalificaties. Door calculerende investeerders kan voordeel worden behaald door vastgoed op bepaalde momenten in box 1, box 2 of box 3 aan te houden. Deze mogelijkheden om de *fair share* te minimaliseren moeten in het toekomstige stelsel worden voorkomen. Ook de moeizame transformatie van speculant tot ondernemerachtige belegger en de problematiek van het eigen gebruik vereisen een verse fiscale blik.

3 De fiscale toekomst

3.1 Inleiding

In 2027 moet een nieuwe box 3 herrijzen, een stelsel dat de huidige stapeling van forfaits vervangt door een belastingheffing op basis van daadwerkelijk vermogensrendement. Dit toekomstige stelsel steunt op twee pijlers: naast de directe rendementen worden ook de indirecte rendementen belast, vooralsnog met een vermogensaanwasbelasting. In deze ambitie zouden drie zwakke schakels schuilen: de Belastingdienst die het nieuwe stelsel moet uitvoeren, de grillige, gepolariseerde Tweede Kamer en de onvoorspelbare nieuwe Eerste Kamer die het laatste woord heeft.[28] Daar moet een vierde schakel aan toegevoegd worden: het particulier

[25] Vgl. het voormalige art. 26, eerste lid, Wet IB 1964.

[26] I.J.F.A. van Vijfeijken in: N. Cohen, 'De eigenwoningregeling – een schreeuw om vereenvoudiging', WFR 2022/77, paragraaf 3.

[27] Onder andere: I.J.F.A. van Vijfeijken in: N. Cohen, 'De eigenwoningregeling – een schreeuw om vereenvoudiging', WFR 2022/77, paragraaf 3.

[28] U. Jonker, 'Marnix Van Rij moet manmoedig voorwaarts met de troosteloze box 3', Het Financieele Dagblad, 5 mei 2023.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 77 18-8-2023 14:13:15

vastgoedbezit. Ook in dit nieuwe stelsel is de vastgoedbelegging een problematisch buitenbeentje dat de noodzakelijke herziening van box 3 gijzelt.[29]

3.2 De mitsen en maren van vastgoed in het reële stelsel

Het directe rendement van vastgoed bestaat uit de optelsom van inkomsten uit verhuur, pacht en erfpacht verminderd met aftrekbare kosten. Onder het indirecte rendement valt de waardeontwikkeling van deze onroerende zaken. Het belasten van deze twee kanten van de draagkrachtmedaille blijkt bij vastgoed aanzienlijk complexer dan bij andere beleggingen:

- Bij de kostenaftrek is onderscheid nodig tussen aftrekbare onderhoudskosten en niet-aftrekbare investeringen in verbetering, ook afschrijvingskosten spelen een rol. Met deze fiscale fenomenen is de doorsnee particuliere belegger niet altijd bekend.
- Voor de vaststelling van de jaarlijkse vermogensaanwas moeten de begin- en eindwaarde van de vastgoedbezitting bekend zijn. Dit vergt een nauwgezette administratie die zich over de bezitsduur, doorgaans vele jaren, uitstrekt. Dat doet een aanzienlijk beroep op het doenvermogen van particulieren.
- Een vermogensaanwasbelasting bij vastgoed kan leiden tot liquiditeitsproblemen. Anders dan bij effectenportefeuilles kan vastgoed niet gedeeltelijk worden verkocht om de belastingaanslag te voldoen, dat geldt zeker als sprake is van een enkele woning.[30] Dit element maakt de vermogensaanwasbelasting juridisch kwetsbaar, gezien de door art. 1 EP EVRM geboden waarborgen.
- De Belastingdienst kan niet bouwen op door banken en verzekeraars gerenseigneerde gegevens, de administratie van de belastingplichtige zelf is de voornaamste bron van informatie bij vastgoedinvesteringen.
- Tel daarbij op het probleem van het eigen gebruik en de moed zakt eenieder, ook de belastingwetgever, in de schoenen.[31]

3.3 Het stenen ei van Columbus

De staatssecretaris heeft verschillende ideeën geopperd voor het belasten van vastgoed in het toekomstige stelsel.[32] Een recenter geïntroduceerde mogelijkheid betreft het belasten daarvan als resultaat uit overige werkzaamheden in box 1, de fiscale categorie wortelend in het winstregime van de ondernemer:

---

[29] E.J.W. Heithuis, 'Een alternatieve box 3-heffing', WFR 2019/63. Heithuis stelt dat de groep vastgoedbeleggers in box 3 een 'zeer kleine categorie' zou zijn. De cijfers (28%) weerspreken zijn veronderstelling.

[30] Advies landsadvocaat, bijlage 2 bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2023, 2023-24885.

[31] Het debat op 9 mei 2023 toont dat ook in de Tweede Kamer weinig overeenstemming bestaat over de koers.

[32] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 september 2022, 2022-206548.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 78 18-8-2023 14:13:15

> 'Alle onroerende zaken, of vanaf een bepaald aantal, worden bij deze variant verplaatst van box 3 naar box 1 (…). In de eerste variant wordt het eigen gebruik belast en in de tweede variant niet.'[33]

Voortbordurend op deze gedachte oppert het Register Belastingadviseurs (RB) een meeromvattend voorstel waarbij *al* het vermogen uit box 3 wordt overgeheveld naar box 1. De heffing vindt plaats over het werkelijke directe vermogensrendement waarbij kleine spaarders en beleggers door een inkomensdrempel van € 3.000 voor vermogensinkomsten worden ontzien. Daarnaast oppert het RB een vermogenswinstbelasting voor indirecte vermogensrendementen.[34]

3.4 Barstjes in de eierschaal

De door het RB voorgestelde verplaatsing van vermogen naar box 1 biedt zonder meer voordelen: moeizame discussies over actief of passief beleggen vervallen, evenals het via een antiarbitragebepaling kwalificeren als ondernemende belegger. De terbeschikkingstellingsregeling en de lucratief belangregeling kunnen zodoende geschrapt worden, de heffing over de rendementen is in box 1 immers materieel hetzelfde. Bijkomend pluspunt is de mogelijkheid tot horizontale verliescompensatie met andere inkomensbronnen in box 1. Door het tenietgaan van box 3 verdwijnt bovendien de peildatumproblematiek, een onderbelichte pijnpunt van de vermogensrendementsheffing onder de koepel van een *inkomsten*belasting.

Het RB suggereert dat met dit voorstel tariefsarbitrage grotendeels zou verdwijnen. Dat is evenwel de vraag gezien de voorgestelde inkomensdrempel voor vermogensrendementen. Vanuit het draagkrachtbeginsel is het onlogisch én onwenselijk om in een *inkomsten*belasting de vermogensinkomsten per saldo lager te belasten dan arbeidsinkomsten.[35] Nu het RB bovendien instandhouding van box 2 bepleit, handhaven zij — mijns inziens ten onrechte — de fiscale sfeerverschillen tussen vastgoedinvesteringen.

Maar er zijn meer principiële nadelen. *Elke* vermogensbezitter wordt immers in het winstregime van het resultaat uit overige werkzaamheden geplaatst. Iedere (vastgoed)belegger wordt zodoende fiscaal bestempeld tot ondernemer, hoewel ondernemersfaciliteiten buiten bereik blijven. Met één pennenstreek schakelt het RB de passieve belegger daarmee gelijk aan zijn actieve ondernemende kompaan. Zodoende wordt van iedere belegger een winstdenken en -handelen verwacht, compleet met resultatenrekeningen, balansen en kennis van jurisprudentie. Deze nauwelijks onderbouwde keuze knelt met het eenvoudsstreven van het RB:

---

33 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 26 april 2023, 2023-101431.

34 Gezien de omvang van deze bijdrage ga ik niet in op de discussie vermogensaanwas- of vermogenswinstbelasting.

35 De juichkreet dat het gedachtegoed van het RB 'dogmatisch zo zuiver zou zijn als de Cullinan diamant', deel ik niet. Zie E. Van Uunen, 'Register Belastingadviseurs adviseert terecht afschaffing box 3!' (column), TaxLive 3 mei 2023.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 79 18-8-2023 14:13:15

'Elke belastingplichtige met een gezond boerenverstand moet het stelsel kunnen begrijpen en daardoor in de praktijk ook kunnen toepassen.'[36]
Tussen 'gezond' boerenverstand en ondernemersdenken schuilt evenwel een gapend gat.

3.5 Een andere legkip

Een creatievere optie is de introductie van een vierde box in de inkomstenbelasting, die het vastgoed — pijnpunt van het reële stelsel — isoleert. Dat is terecht: een investering in vastgoed toont volledige andere kwaliteiten, functies/doeleinden en looptijden dan andere beleggingen. Ook de waardeontwikkeling wijkt af: de waarde van vastgoed wordt immers sterk beïnvloed door handelingen van de bezitter. Dat element ontbreekt bij andere beleggingen. Bovendien vervult een woning, anders dan aandelen of obligaties, een primaire levensbehoefte. De conclusie is kristalhelder: een vastgoedinvestering kan en moet zelfs anders worden belast. Bijvoorbeeld met een vermogensbelasting.
Deze optie is ook opgekomen in het denken van de staatssecretaris, hoewel hij dit voorstel bestempelt als een minder kansrijke variant.[37] Dat waardeoordeel wordt wellicht veroorzaakt door het duale karakter van zijn eigen voorstel om het directe vastgoedrendement te betrekken in de inkomstenbelasting en de waardestijging in een vermogensbelasting. Dat is ook (te) ingewikkeld. Veel directer en dus eenvoudiger is het voorstel voor introductie van een vastgoedbox.[38] Deze box 4 is geen verborgen inkomensheffing, maar een echte vermogensbelasting. Dat betekent dat jaarlijks een percentage over de waarde van zowel het directe als het indirecte particuliere vastgoedbezit (nu box 2) wordt geheven. Daarbij dient in mijn ogen een progressief tarief te gelden, alleen dan worden de draagkrachtverschillen tussen kleine en grote vastgoedinvesteerders verdisconteerd.[39]
Het systeem voorkomt de uitvoeringsperikelen van en discussies over een heffing over de reele directe en indirecte vastgoedrendementen. De keuze voor een vermogensbelasting is ook theoretisch te rechtvaardigen: vermogen is immers een zelfstandige factor van draagkracht. Tot 2001 kenden we daarom een aanvullende vermogensbelasting, gerechtvaardigd op basis van de extra bestedingsmogelijkheden en de voorsprong van vermogensbezitters.
In een vermogensbelasting kunnen ook consumptiegoederen — het vastgoed in eigen gebruik — worden betrokken. In een vermogensbelasting wordt immers over het vermogensbezit zelf geheven, niet over veronderstelde inkomsten. Daarbij zou mogelijk een gemaximeerde vrijstelling overwogen kunnen worden voor de waarde van zelf bewoonde panden.
De landsadvocaat heeft evenwel aangegeven dat een vermogensbelasting mogelijk in strijd zou zijn met het EVRM, daarbij wijzend op het risico dat de heffing zou kunnen leiden tot

---

36 Register Belastingadviseurs, 'Kabinet: schaf box 3 af en belast vermogensinkomsten in box 1' (RB-visie), 2 mei 2023, p. 2, www.rb.nl. Deze opmerking schuurt met de stelling dat van degenen met vermogensinkomsten boven de drempel 'ook wat meer doenvermogen [mag] worden gevraagd', p. 19.

37 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 september 2022, 2022-206548, p. 19.

38 T.M. Berkhout, 'Box 4 Vastgoed', NTFR 2023/627. Berkhout stelt dat een tarief van 1% zou volstaan om de huidige bijdrage van vastgoed aan de box 3-opbrengst op peil te houden. Dat acht ik – gezien de nukken van dit forfait – geen zuivere maatstaf.

39 Met de voorgaande schets wijk ik overigens iets af van de ideeën van Berkhout.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 80 18-8-2023 14:13:15

een buitensporige last.[40] Dat risico kan evenwel worden geminimaliseerd door in deze box 4 enerzijds te voorzien in een drempel die de kleine vastgoedbelegger grotendeels ontziet en anderzijds een plafond in de heffing aan te brengen. Het EHRM heeft immers geoordeeld dat een Franse vermogensbelasting, gemaximeerd op 85% van het netto belastbaar inkomen, mede gezien deze begrenzing binnen de grenzen viel van de aan de staat toekomende beleidsvrijheid op belastinggebied.[41] Het opnemen van een aan de overige inkomsten gerelateerde plafond in de nieuwe box 4 kan zodoende het juridische risico op schending van art. 1 EP EVRM voorkomen.[42] Een vermogensbelasting herbergt bovendien — anders dan een forfaitaire heffing — nauwelijks risico's op schending van art. 14 EVRM.[43] Heffingsgrondslag is immers de waarde van het bezit.

Een ander mogelijk nadeel van deze box 4 is een daling van het verzamelinkomen optreedt die mogelijk van invloed is op de toegang tot inkomensafhankelijke regelingen. Ook deze hobbel kan worden genomen door aanvullende toegangsvoorwaarden die jaarlijks met een 'beschikking box 4' worden vastgesteld.[44]

Uiteraard zal dit ruwe voorstel nog nader uitgewerkt moeten worden ten aanzien van onder meer het effectieve tarief dat in voldoende mate de draagkrachtvoorsprong van vastgoedbezit dient te belasten.[45] Ook zullen we ons moeten beraden over mogelijke instrumentele vrijstellingen voor bijvoorbeeld bosgrond, de omvang van de drempel en het plafondpercentage, de invloed van persoonsgebonden aftrekposten, verdragsperikelen en de vraag of en in hoeverre ook een negatief vermogen verdisconteerd wordt. Maar daarover kan worden nagedacht. Dan komt het vast goed.

4 Tot slot

De opdracht aan mij was een bijdrage te leveren over vastgoed in box 1 en box 3. Die moeizame boxendans kan worden vermeden door de introductie van box 4 waarin jaarlijks een vermogensbelasting wordt geheven over *alle* vormen van particulier vastgoedbezit.

Dit buiten de box denken erkent de eigen aard en het eigen karakter van vastgoedbeleggingen.

---

40 Advies landsadvocaat, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 35 927, 125.

41 EHRM 4 januari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002583405.

42 Vgl. de anticumulatieregeling van de Wet VB 1964 waarbij de som van de inkomsten- en vermogensbelasting tot 1994 werd gemaximeerd op 80%, nadien op 68% van het belastbare inkomen.

43 Zie ook conclusie A-G Wattel 25 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:293, NLF 2021/0827, met noot van Hoogwout.

44 Vgl. art. 9.4a Wet IB 2001.

45 Volgens Berkhout zou een 1%-tarief volstaan om de huidige bijdrage van vastgoed aan de box 3-opbrengst op peil te houden. Ik acht dat – gezien het onrealistische karakter van dit forfait – geen zuivere maatstaf.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 81 18-8-2023 14:13:15

Economische eigendom en de bouw- en handelsfase

M.D.C. Gomes Vale Viga MSc
Werkzaam bij de Belastingdienst en daarnaast als buitenpromovendus verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam[1]

1 Inleiding

Een bijdrage schrijven in de rubriek Overdrachtsbelasting over de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting zonder in te gaan op de omzetbelasting? Onmogelijk! De vrijstelling vaart nou eenmaal op van rechtswege met omzetbelasting (hierna ook: btw) belaste leveringen (of diensten). Er zijn regelmatig discussies over de toepassing van de samenloopvrijstelling in relatie tot de verkrijging van economisch eigendom. In deze bijdrage geef ik antwoord op de vraag: 'Wordt verkrijging van economisch eigendom in het licht van de ratio van de samenloopvrijstelling voldoende ontzien?'

Bij beantwoording van de centrale vraag ontkom ik niet aan btw-duiding. Om dat te laten zien ga ik in paragraaf 2 eerst in op de samenloopvrijstelling en zijn voorwaarden. Daarna behandel ik in paragraaf 3 de verkrijging van economisch eigendom als belastbaar feit in de overdrachtsbelasting. Is bij de (in btw-termen) levering van economische eigendom sprake van de levering van een goed of een dienst? Dat komt aan bod in paragraaf 4. Op de heffing van btw en overdrachtsbelasting in de bouw- en handelsfase gaat paragraaf 5 in. Daarbij haal ik zowel de parlementaire geschiedenis aan als staand beleid en beschouw ik waar het ten aanzien van de centrale vraag schuurt. Het antwoord op de centrale vraag van deze bijdrage volgt in paragraaf 6, waarna nog enkele woorden tot besluit volgen.

2 Samenloopvrijstelling

De samenloopvrijstelling is bedoeld voor twee situaties. Ten eerste om cumulatie van btw 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 voorbelasting niet geheel of gedeeltelijk in aftrek kan brengen. Ten tweede 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 btw.[2]

---

1 Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en geeft niet de opvatting van de werkgever weer, maar die van de auteur.

2 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580, r.o. 3.4.1, waarin de Hoge Raad verwijst naar: Kamerstukken II 1967/68, 9324, 3, p. 23 en 33; Kamerstukken II 1969/70, 10 560, 3, p. 27; Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 3, p. 19 en Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 5, p. 18, 25-26.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 83 18-8-2023 14:13:15

2.1 Btw-levering

Dubbele heffing over een vastgoedtransactie met btw en overdrachtsbelasting is allereerst aan de orde wanneer een 'nieuwe' onroerende zaak wordt geleverd (door een btw-ondernemer) respectievelijk verkregen (door een verkrijger). De Wet OB 1968 voorziet weliswaar in een btw-vrijstelling voor de levering van 'oude' onroerende zaken (art. 11, eerste lid, onderdeel a, Wet OB 1968), echter indien een gebouw (of een gedeelte daarvan) en (eventueel) het erbij behorende terrein wordt geleverd vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming, is die levering belast met btw (art. 11, eerste lid, onderdeel a, onder 1, Wet OB 1968). Ook de levering van een bouwterrein is ingevolge dezelfde bepaling van rechtswege belast met btw. Dat leidt in potentie tot dubbele heffing, omdat art. 2, eerste lid, Wet BRV regelt dat onder de naam 'overdrachtsbelasting' wordt geheven een belasting ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen. Zowel de btw als de overdrachtsbelasting drukken in beginsel op dezelfde persoon. Weliswaar voldoet de btw-ondernemer de btw op aangifte, maar het is de afnemer die de betaling van btw in zijn portemonnee voelt. Diezelfde afnemer is ook de 'verkrijger' waarvan ingevolge art. 16 Wet BRV de overdrachtsbelasting wordt geheven. Om te voorkomen dat beide belastingen op dezelfde persoon drukken, heeft de wetgever beschikt dat de verkrijging die volgt op een van rechtswege met btw belaste levering vrijgesteld van overdrachtsbelasting plaatsvindt (art. 15, eerste lid, onderdeel a, Wet BRV). Daarvoor is (cumulatief) vereist dat de verkregen onroerende zaak niet als bedrijfsmiddel is gebruikt of, zo dat wel het geval is, de verkrijger voor de ter zake van die levering aan hem in rekening gebrachte btw geen recht heeft op aftrek van die voorbelasting.[3] Oftewel, de samenloopvrijstelling is altijd van toepassing (i) bij verkrijging van ongebruikte onroerende zaken (zelfs wanneer de verkrijger recht op aftrek van voorbelasting heeft) en (ii) bij verkrijging van een onroerende zaak door een ondernemer die de btw niet geheel of gedeeltelijk in aftrek kan brengen (ook al is de onroerende zaak reeds in gebruik genomen).

2.2 Btw-(verhuur)dienst

De samenloopvrijstelling voorkomt ook dubbele heffing van btw en overdrachtsbelasting bij 'een dienst als bedoeld in art. 11, eerste lid, onderdeel b, slotalinea, Wet OB 1968 ter zake waarvan omzetbelasting is verschuldigd'. Dat houdt verband met art. 3, tweede lid, Wet OB 1968, welk lid regelt dat de vestiging van een beperkt zakelijk recht beneden de marktwaarde voor btw-doeleinden wordt aangemerkt als een verhuurdienst. Dit is de zogenoemde verhuuranalogie, die gelijktijdig is ingevoerd met het voor de overdrachtsbelasting belastbare feit van de verkrijging van economisch eigendom.[4] Verhuur van onroerende zaken is in beginsel vrijgesteld van btw op grond van art. 11, eerste lid, onderdeel b, Wet OB 1968. Verhuurder en huurder kunnen echter opteren voor met btw belaste verhuur op grond van

---

[3] De uitzondering hierop van art. 15, zesde en zevende lid, Wet BRV gaat het bestek van deze bijdrage te buiten, net als het verloren gaan van de vrijstelling van overdrachtsbelasting als gevolg van het in werking treden van de zogenoemde strafheffing van art. 15, vierde lid, Wet BRV.

[4] Bij wet van 18 december 1995 tot wijziging van de Wet op de omzetbelasting 1968, de Wet op belastingen van rechtsverkeer en enkele andere belastingwetten in verband met de bestrijding van constructies met betrekking tot onroerende zaken, Stb. 1995, 659.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 84 18-8-2023 14:13:15

art. 11, eerst lid, onderdeel b, onder 5, Wet OB 1968. In dat geval komt de samenloopvrijstelling in beeld. De slotalinea van art. 11, eerste lid, onderdeel b, Wet OB 1968 bepaalt dat onder verhuur van onroerende zaken mede wordt verstaan 'iedere andere vorm waarin onroerende zaken voor gebruik, anders dan als levering, ter beschikking worden gesteld'. Het doel van deze uitbreiding is om de vestiging van beperkte zakelijke rechten onder het verhuurbegrip te brengen wanneer zij op grond van art. 3, tweede lid, Wet OB 1968 niet worden aangemerkt als btw-levering. Kwalificeren zij wel als btw-levering, dan gelden vanzelfsprekend de regels uit paragraaf 2.1. Voor het vervolg van deze bijdrage ga ik ervan uit dat economisch eigendom (zoals ik dat in paragraaf 3 en 4 beschrijf) niet valt onder de verhuuranalogie. Ik kan mij wel voorstellen dat daar anders over wordt gedacht; zeker bij een grammaticale uitleg van art. 11, eerste lid, onderdeel b, slotalinea, Wet OB 1968 ('iedere andere vorm waarin onroerende zaken voor gebruik (…) ter beschikking worden gesteld'). Op dit punt is weinig (of: geen) verhelderende parlementaire geschiedenis voorhanden. Redengevend voor mijn standpunt is dat de verkrijging van economisch eigendom niet met verhuur als wezenlijke kenmerk gemeen heeft 'dat aan de houder voor een overeengekomen tijdsduur tegen vergoeding het recht wordt verleend, een onroerend goed te gebruiken als ware hij de eigenaar ervan en ieder ander van het genot van dat recht uit te sluiten'.[5] Ik volg daarin *Bijl* dat het Unierecht de reikwijdte van art. 11, eerste lid, onderdeel b, slotalinea, Wet OB 1968 inperkt:[6]

> 'Elk geval zal immers moeten worden getoetst aan het communautaire verhuurbegrip en de eventuele gelijkstellingen daaraan. Zo ligt het bijvoorbeeld niet voor de hand een terbeschikkingstelling van een onroerende zaak om niet onder het begrip verhuur te brengen.'

3 De verkrijging van economisch eigendom met overdrachtsbelasting

3.1 Inleiding

Oorspronkelijk regelde de Wet BRV onder de naam 'overdrachtsbelasting' een heffing van over de civielrechtelijke eigendomsverkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken.[7] Sterker nog, in de parlementaire geschiedenis stond aanvankelijk uitdrukkelijk dat de verkrijging van een economische eigendom van onroerende zaken toentertijd niet onder het verkrijgingsbegrip van art. 2 Wet BRV viel.[8] Lange tijd werd bij vastgoedtransacties met regelmaat de heffing van overdrachtsbelasting vermeden door de juridische eigendom achter te laten bij de verkoper.

3.2 Verkrijging econoom als belastbaar feit

Met ingang van 31 maart 1995, 18.00 uur is de verkrijging van een economische eigendom van onroerende zaken (maar ook rechten waaraan deze zijn onderworpen) een belastbaar

---

5 Vgl. HvJ 4 oktober 2001, C-326/99 (Goed wonen I), ECLI:EU:C:2001:506, punt 55.

6 D.B. Bijl in zijn noot bij BNB 2002/396 bij HvJ 4 oktober 2001, C-326/99 (Goed wonen I), ECLI:EU:C:2001:506.

7 Kamerstukken II 1969/70, 10 560, 7, p. 5.

8 Kamerstukken II 1969/70, 15 343, 8, p. 4 en 5.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 85 18-8-2023 14:13:15

feit voor de heffing van overdrachtsbelasting.[9] Bij gelegenheid van de wijziging van diverse belastingwetten in verband met de bestrijding van constructies met betrekking tot onroerende zaken[10] is in art. 2, tweede lid, Wet BRV een eerste definitie van de verkrijging van economische eigendom in de overdrachtsbelasting verschenen. De wetgever stond daarbij een alles-of-nietsbenadering voor: 'Het is voor de uitvoeringspraktijk niet mogelijk om daarmee zeer genuanceerd om te gaan; er is economische eigendom of niet.';[11] wat de Hoge Raad later bestendigde.[12] In de hoedanigheid van wetgever schreef de staatssecretaris van Financiën verder aan te willen aansluiten bij de in de jurisprudentie en literatuur gegroeide algemene overeenstemming wat 'economische eigendom' is en de bijbehorende terminologie.[13] Daarbij moest gedacht worden aan het in de jaren vijftig voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting ontwikkelde begrip waarbij van economische eigendom onder meer sprake is als het economische belang van een zaak in positieve én negatieve zin een ander aangaat dan de juridische eigenaar.[14]

3.3 Aanpassingen naar aanleiding van jurisprudentie

Vanzelfsprekend kwam de nodige jurisprudentie los na invoering van de verkrijging van economische eigendom als belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om alle ontwikkelingen te beschrijven, maar ik neem wel de ruimte om te benoemen welke arresten hebben geleid tot een voor deze bijdrage relevante aanpassing van de wettelijke definitie. Zo wees de Hoge Raad op 3 november 1999 arrest in een situatie waarin een onroerende zaak is verkocht door het volledige economische belang aan de koper over te dragen, maar onder het achterblijven van het risico van tenietgaan bij de verkoper. Vanwege dit laatste element oordeelde de Hoge Raad dat niet voldaan was aan de (toentertijd blijkens de wetgeschiedenis) cumulatieve vereisten van de wettelijke definitie.[15] Op 11 december 2009 oordeelde de Hoge Raad dat niet is belast met overdrachtsbelasting de verkrijging in economische eigendom van een bestanddeel (opstal) van een onroerende zaak, waarvoor geen beperkt recht is gevestigd (recht van opstal).[16] De aanpassing die daarop volgde,[17] leidde tot de tekst die anno 2023 (nog steeds) luidt:

---

9 Persberichten van het ministerie van Financiën op 31 maart 1995, 95/62 en 3 april 1995, 95/62a, beide te vinden in V-N 1995/1336, 26.

10 Wet van 18 december 1995 tot wijziging van de Wet op de omzetbelasting 1968, de Wet op belastingen van rechtsverkeer en enkele andere belastingwetten in verband met de bestrijding van constructies met betrekking tot onroerende zaken, Stb. 1995, 659.

11 Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 3, p. 35.

12 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9044, punt 3.3.

13 Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 3, p. 23 en 24.

14 HR 19 oktober 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2586.

15 HR 3 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2920. Zie de wet van 22 december 1999, houdende wijziging van belastingwetten c.a. (Belastingplan 2000), Stb. 1999, 579, voor de reactie van de wetgever.

16 HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK1045.

17 Bij wet van 23 december 2010 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale verzamelwet 2010), Stb. 2010,871.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 86 18-8-2023 14:13:15

> 'Voor de toepassing van deze wet wordt onder verkrijging mede begrepen de verkrijging van de economische eigendom. Onder economische eigendom wordt verstaan een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde. Onder de verkrijging van de economische eigendom van onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen wordt mede verstaan de verkrijging van een samenstel van rechten en verplichtingen dat een belang als hiervoor bedoeld vertegenwoordigt bij een bestanddeel van een onroerende zaak dat zelfstandig aan een recht kan worden onderworpen, dan wel bij een recht waaraan een onroerende zaak kan worden onderworpen. De verkrijging van uitsluitend het recht op levering wordt niet aangemerkt als verkrijging van economische eigendom.'

Herhaald zij dat het samenstel van rechten en plichten nog steeds de volle economische eigendom dient te benaderen en de verkrijger dient de genothebbende te zijn.[18] Samenvattend,[19] van economisch eigendom is sprake bij verkrijging van:

1. de gerechtigdheid tot toekomstige waardestijgingen van een onroerende zaak;
2. het risico van toekomstige waardedalingen (inclusief het risico van tenietgaan) van een onroerende zaak; en
3. de gerechtigdheid tot de vruchten (het genot) van de onroerende zaak.

4 De levering van economische eigendom met btw

4.1 Inleiding

Voordat vastgesteld kan worden of btw dient te worden voldaan over de levering van een econoom, is belangrijk te bepalen of een levering van een goed of een dienst wordt verricht. Art. 3, eerste lid, onderdeel a, Wet OB 1968 bepaalt, net als diens pendant in de Unierechtelijke richtlijn (art. 14, eerste lid, Btw-richtlijn), dat (onder andere) sprake is van de levering van goederen bij de overdracht of overgang van de macht om als eigenaar over een goed te beschikken. Daarentegen zijn alle prestaties die geen levering van een goed zijn 'een dienst' voor btw-doeleinden (art. 4, eerste lid, Wet OB 1968 jo. art. 24, eerste lid, Btw-richtlijn). Dit zijn Unierechtelijke begrippen, wat inhoudt dat het nationale (civiele) recht niet van belang is.

4.2 Unierechtelijk begrip

Het HvJ legt in het arrest Safe uit wat het verstaat onder levering van een goed: 'De overdracht van de macht om als een eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken, ook indien geen overdracht van de juridische eigendom van die zaak plaatsvindt.'[20] Daarbij geldt dat de verwijzende rechter (of de belastingplichtige, diens gemachtigde dan wel de inspecteur) 'van geval tot geval aan de hand van de feitelijke omstandigheden' moet bepalen of sprake is van

[18] W.A. Rouwenhorst in punt 2 van zijn noot bij HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3724.

[19] Vrij naar P.W. Hofman, 'Het belang van economisch eigendom in de WBR', WFR 2007/197.

[20] HvJ 8 februari 1990, C-320/88 (Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV), ECLI:EU:C:1990:61, r.o. 9.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 87 18-8-2023 14:13:15

overdracht van de macht om als een eigenaar over een goed te beschikken.[21] De feitelijke beschikkingsmacht is daarvoor niet voldoende, zelfs niet als het gehele economisch belang wordt overgedragen. Ook de macht om als eigenaar over de onroerende zaak te beschikken moet overgaan, bijvoorbeeld[22] doordat de juridische eigenaar een onherroepelijke volmacht geeft tot het vervreemden of bezwaren van de zaak.

4.3 Relevante factoren

Van Norden en Van Doesum leggen uit dat het antwoord op de vraag of de feitelijke en fysieke beschikkingsmacht van een goed overgaat bij de levering van economisch eigendom, kan worden gevonden door na te gaan in welke mate de 'btw-eigenaar' kan beslissen:[23]

1. hoe een lichamelijke zaak wordt gebruikt;
2. waarvoor een lichamelijke zaak wordt gebruikt;
3. wanneer een lichamelijke zaak wordt gebruikt;
4. door wie een lichamelijke zaak wordt gebruikt; en
5. waar een lichamelijke zaak wordt gebruikt.

Bij de levering van de economische eigendom van een onroerende zaak is de vijfde vraag vanzelfsprekend minder relevant. Is de conclusie dat de feitelijk en fysieke macht om als een eigenaar te beschikken niet overgaat, dan is bij de overdracht van economisch eigendom van een onroerende zaak sprake van een dienst voor btw-doeleinden, die niet in aanmerking komt voor toepassing van de samenloopvrijstelling, omdat geen sprake is van een levering en ook niet van een verhuurdienst (zie paragraaf 2.3).

5 De econoom in de bouw- en handelsfase

5.1 Inleiding

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat economisch eigendom niet 'iets' is, dat een rechts- of natuurlijke persoon in de kast heeft liggen. Economisch eigendom ontstaat door overdracht van een samenstel van rechten en verplichtingen ten aanzien van een onroerende zaak. Ook is na paragraaf 3 en 4 duidelijk dat voor de heffing van overdrachtsbelasting en btw economisch eigendom een andere betekenis heeft. Dat is bewust:[24]

> 'Het is niet wenselijk (…) om aan te sluiten bij de wijze waarop in de omzetbelasting wordt omgegaan met de economische eigendom. Daaronder wordt doorgaans verstaan de macht om als eigenaar te beschikken. De economische eigendom in de overdrachtsbelasting is met opzet veel ruimer gedefinieerd.'

---

[21] HvJ 8 februari 1990, C-320/88 (Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV), ECLI:EU:C:1990:61, r.o. 13.

[22] Het is geen vereiste. Vgl. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB8428, r.o. 3.3.3.

[23] Voor deze opsomming verwijs ik naar A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW (FM nr. 133) (diss. Tilburg), Kluwer, Deventer 2009, p. 189, waarin wordt voortgeborduurd op de eerste vier vragen uit G.J. van Norden, Het concern in de BTW (diss.), Kluwer, Deventer 2007, p. 275.

[24] Brief van de staatssecretaris van Financiën aan de Eerste Kamer van 10 april 2000, AFP 2000/188, V-N 2000/18.3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 88 18-8-2023 14:13:15

5.2 Bedoeling wetgever

Doordat de invulling voor beide belastingmiddelen afwijkt, ontstaat mogelijk dubbele heffing. Dat is wanneer op een zeker moment in de bouw- en handelsfase de verkrijging van een econoom in de overdrachtsbelasting wordt onderkend, maar die verkrijging niet het gevolg is van een met btw belaste levering.[25] In dat geval vindt de samenloopvrijstelling geen toepassing. Dat staat haaks op wat de wetgever als rechtvaardiging aanvoert voor invoering van het de verkrijging van de economische eigendom als belastbaar feit:[26]

> 'In het belastingrecht is het immers gebruikelijk om wat in wezen gelijk is, gelijk te behandelen. Naar mijn mening dient dit ook voor de overdrachtsbelasting te gelden, te meer daar een van de belangrijkste motieven om de economische eigendom te verwerven in plaats van de juridische eigendom, is gelegen in het ontgaan van overdrachtsbelasting, terwijl feitelijk hetzelfde wordt bereikt.'

De bouw- en handelsfase vindt idealiter in zijn geheel in de btw-sfeer plaats. Heffing van overdrachtsbelasting over de verkrijging van een econoom past daar niet comfortabel bij. Na het doornemen van de parlementaire geschiedenis kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de wetgever toentertijd vooral oog had voor transacties met 'oude' onroerende zaken (dat wil zeggen twee jaar na eerste ingebruikneming) die hij wilde treffen met het belastbaar maken van de verkrijging van economisch eigendom. Alle passages die ik vind over de bouw- en handelsfase gaan uit van de veronderstelling van een btw-levering van een econoom, bijvoorbeeld waar het gaat over zogenoemde groeiend-eigendomconstructies. Daarbij verkrijgt de bewoner bij de aanvang de economische eigendom van de ene helft van de woning en huurt hij de andere helft. In dertig jaar kan het juridische én economische eigendomsrecht naar 100% groeien.

> 'Over de verkrijging van (elk stukje van) de economische eigendom is in beginsel overdrachtsbelasting verschuldigd. Het betreft in de praktijk echter bijna altijd nieuwbouwwoningen waarover bij de eerste afgifte omzetbelasting verschuldigd is, zodat de samenloopregeling van artikel 15, eerste lid, onderdeel a, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in ieder geval op het bij aanvang verkregen deel van toepassing is.'[27]

Op een vraag over mogelijke cumulatie van btw en overdrachtsbelasting 'in de projectontwikkelingsfase bij zowel nieuwbouw als verbouw' antwoordde de wetgever (met cursivering van mijn hand, MGVV):

> 'Ik begrijp het eerste deel van deze vraag aldus dat wordt gevraagd om een voorziening voor *de verkrijging van oud onroerend goed* waarop een project ontwikkeld gaat worden *in de fase die voorafgaat aan de bouw- en handelsfase*. In de bouw- en handelsfase zelf is immers voorzien in een anti-cumulatieregeling. Vóór dit wetsvoorstel konden projectontwikke-

[25] 'Kale economen', aldus Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 8, p. 12.

[26] Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 3, p. 22.

[27] Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 5, p. 7 en 8.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 89 18-8-2023 14:13:15

laars onroerend goed verwerven zonder heffing van overdrachtsbelasting door slechts de economische eigendom van het onroerend goed te verkrijgen. Het wetsvoorstel brengt hierin een verandering omdat de economische eigendomsoverdracht voortaan belast zal zijn. Dit is een beoogd gevolg van het wetsvoorstel en het ligt dan ook niet in de rede daarvoor een regeling te treffen.'[28]

5.3 Goedkeuring voor de ene situatie ...

De staatssecretaris onderkent sinds jaar en dag één situatie in de bouw- en handelsfase waarin hij dubbele heffing 'niet altijd' gewenst vindt, aldus onderdeel 2.2.4 van het besluit Overdrachtsbelasting en omzetbelasting, samenloop (hierna: samenloopbesluit). Daarin is onder voorwaarden een goedkeuring getroffen voor de situatie waarin de juridische eigenaar van een bouwterrein (bijvoorbeeld: een gemeente) vóór de juridische vestiging van het erfpachtrecht het terrein tegen vergoeding aan de toekomstige erfpachter (bijvoorbeeld: een woningcorporatie) feitelijk in gebruik geeft onder zodanige voorwaarden dat sprake is van een verkrijging van de economische eigendom als bedoeld in art. 2, tweede lid, Wet BRV. Hierdoor kan de verkrijger vast beginnen met de nieuwbouw op de nog in erfpacht uit te geven grond. De Hoge Raad heeft echter beslist dat art. 3, tweede lid, Wet OB 1968 alleen betrekking heeft op daadwerkelijk tot stand gekomen (lees: juridisch gevestigde) rechten op onroerende zaken.[29] Wanneer verkrijger en leverancier niet (kunnen) opteren voor belaste verhuur, dan is van samenloop geen sprake. De staatssecretaris heeft desalniettemin aanleiding gezien goed te keuren dat de samenloopvrijstelling ook van toepassing is bij feitelijke gronduitgifte (mede) op basis van een obligatoire overeenkomst tot vestiging van een recht van erfpacht (of een opstalrecht).

5.4 ... maar geen goedkeuring voor elke situatie

Voorgaande goedkeuring geldt alleen voor beperkte rechten. Denkbaar is echter dat een projectontwikkelaar voor eigen rekening en risico mag beginnen met de sloop- en bouwwerkzaamheden op een terrein dat hij nog moet verkrijgen en hij in de tussentijd wel de risico's draagt, maar voor het overige alle waardeveranderingen nog aan een verkopende gemeente toekomen.[30] Een ander voorbeeld is dat partijen besluiten samen te werken, de ene partij daarbij bouwgrond inbrengt en afspraken worden gemaakt over de verdeling van baten en lasten van een bouwproject, maar dat nog niet de macht om feitelijk over het project te beschikken overgaat. Ook in dat geval kan overdrachtsbelasting cumuleren op een (nieuw) bouwproject, terwijl de wetgever met de invoering van de econoom als belastbaar feit in de overdrachtsbelasting beoogde verkrijgingen te treffen waarop de samenloopvrijstelling niet van toepassing was (oftewel: bestaande bouw). Om hetgeen in wezen gelijk is ook gelijk te behandelen, kan de wet- of besluitgever naar mijn mening ervoor kiezen een regeling te treffen waarbij de verkrijging van een economisch eigendom in de bouw- en handelsfase buiten de

[28] Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 8, p. 8 en 9.

[29] HR 27 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8145.

[30] In HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1202 stelde de Hoge Raad geen verkrijging van de economische eigendom vast in een situatie waarbij de koper voor rekening en risico van de verkoper begint met sloopwerkzaamheden voordat de koper de eigendom van het gekochte verkrijgt.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 90 18-8-2023 14:13:15

heffing blijft. Voor de voorwaarden kan hij aansluiten bij die van onderdeel 2.2.4 van het samenloopbesluit, waaronder dat (i) op het tijdstip van de feitelijke terbeschikkingstelling van de grond de grond de status van bouwterrein heeft, en (ii) de feitelijke terbeschikkingstelling van de grond plaatsvindt op basis van een schriftelijke en door partijen ondertekende obligatoire overeenkomst waarin is vastgelegd dat die zal resulteren in de levering van de volle eigendom vóór de eerste ingebruikneming van de op het perceel gebouwde onroerende zaak.

6 Tot slot

In deze bijdrage onderzocht ik of bij verkrijging van economische eigendom tijdens de bouw- en handelsfase cumulatie van overdrachtsbelasting en btw kan optreden, doordat de samenloopvrijstelling niet van toepassing is. Dit komt (niet zelden onbewust) met regelmaat voor. Of de verkrijging van een econoom voor de overdrachtsbelasting wordt onderkend is een tweede. Wat daar ook van zij, gezien het uitgangspunt dat in de bouw- en handelsfase alleen btw zou moeten drukken (en geen plaats is voor de overdrachtsbelasting) pleit ik ervoor dat de verkrijging van economen gedurende de bouw- en handelsfase en vooruitlopend op de verkrijging van de volle eigendom door dezelfde verkrijgers onder voorwaarden buiten de heffing van overdrachtsbelasting blijft. Tenslotte wil de wetgever over het algemeen dat wat in wezen (fiscaal) gelijk is ook (fiscaal) gelijk behandelen.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 91 18-8-2023 14:13:15

Gedifferentieerde tarieven in de overdrachtsbelasting: steeds meer een subjectieve heffing

Drs. R. van Haperen
Zelfstandig fiscalist, hoofdzakelijk werkzaam voor vastgoedbedrijven en non-profitorganisaties

1 Inleiding

Sinds de introductie van de Wet differentiatie overdrachtsbelasting per 1 januari 2021 is de systematiek van de overdrachtsbelasting ingrijpend gewijzigd. Niet langer was alleen de verkrijging van het object relevant voor de heffing, maar opeens was ook het verkrijgende subject bepalend of de verkrijging van het object tegen het algemene tarief (thans 10,4%), tegen het verlaagde tarief of zelfs vrijgesteld kon worden verkregen. Dat subjectieve elementen steeds meer een rol zijn gaan spelen in de overdrachtsbelasting is een ontwikkeling die al langer is waar te nemen. Het gevolg van die subjectivering is dat er steeds meer fiscaal instrumentalisme haar intrede doet in de heffing van de overdrachtsbelasting. Naar mijn mening zal dit de robuustheid en de rechtvaardiging van de overdrachtsbelasting aantasten. In deze bijdrage bespreek ik deze ontwikkeling en de gevolgen daarvan bespreken.

2 Overdrachtsbelasting tot 15 juni 2011

De overdracht van onroerende zaken bestaat al eeuwen.[1] Tot 1972 was de belastingheffing gekoppeld aan de Registratiewet 1917. In 1972 werd deze wat betreft de heffing van belasting vervangen door de Wet BRV en is de koppeling losgelaten tussen de registratie van akten en de heffing. Voortaan kwalificeerde niet langer de verkrijging onder bezwarende titel als belastbaar feit, maar de veel ruimere 'verkrijging' werd het belastbare feit.[2] De overdrachtsbelasting is in de basis puur een budgettaire maatregel en dient geen groter doel dan inkomsten genereren ten behoeve van de algemene middelen. Bekend is dat de belasting op onroerend goed economisch gezien een zo min mogelijk verstorend effect heeft.

Tot 2011 was de overdrachtsbelasting betrekkelijk eenvoudig: De verkrijging van onroerende zaken werd objectief belast, zonder rekening te houden met persoonlijke omstandigheden. Natuurlijk bevatten ook de 'econoom' en de 'artikel 4 lichamen' subjectieve elementen, maar naar mijn mening zijn dit vooral wettelijke oplossingen om ongewenste effecten in de objectieve heffing tegen te gaan.

Bij de verkrijging van fictieve onroerende zaken conform art. 4 Wet BRV is er in beginsel zeker sprake van een subjectieve benadering. Immers, de verkrijging van aandelen of lidmaatschapsrechten is belast, terwijl de verkrijging van de onderliggende onroerende zaken vrijgesteld zou

---

1 Zie voor een volledig overzicht de inaugurele rede voor de Rijksuniversiteit Leiden van O.I.M. Ydema, Alva's erfenis: vierhonderd jaar overdrachtsbelasting, Kluwer, Deventer 1998.

2 Kamerstukken II 1969/70, 10 560, 3, p. 13.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 93 18-8-2023 14:13:15

kunnen zijn. De Hoge Raad heeft echter in de zogenoemde 'doorkijkarresten'[3] juist de verkrijging van de onderliggende zaken centraal gesteld en niet de verkrijging door het subject.[4] Gezien het feit dat de wetgever het oordeel van de Hoge Raad sinds 2011 niet heeft getracht te 'repareren', bevestigt mij in de gedachte dat ook de wetgever vindt (beter gezegd: vond) dat de objectieve benadering leidend moet zijn ten opzichte van de subjectieve benadering.[5]

3 Verlaagde tarief woningen

3.1 Inleiding

In 2011 verkeerde de woningmarkt in een crisis. Toen deze op haar hoogtepunt (lees: dieptepunt) begon te raken, werd 6% overdrachtsbelasting steeds meer als beperking gezien om de woningmarkt in beweging te houden. Om de woningmarkt niet verder te belasten met de overdrachtskosten werd per 15 juni 2011[6] de verkrijging van woningen en de op woningen betrekking hebben rechten nog maar belast tegen een verlaagd tarief van 2%. Om te voorkomen dat huizenkopers de aankoop zouden uitstellen, is het verlaagde tarief met terugwerkende kracht tot 15 juni 2011 ingevoerd. Aanvankelijk was het de bedoeling om het verlaagde tarief slechts voor één jaar toe te passen, tot 1 juli 2012.[7] Echter, met het befaamde lenteakkoord van 26 april 2012 heeft de gelegenheidscoalitie van VVD, CDA, D66, GroenLinks en ChristenUnie de overdrachtsbelasting op woningen permanent verlaagd naar 2%.[8]

3.2 Wat is een woning?

In bovenstaande definitie wordt verondersteld dat iedereen weet wat 'naar hun aard zijn bestemd voor bewoning' inhoudt. In het meergenoemde Besluit van 1 juli 2011 en het Belastingplan 2012 is het begrip woning omschreven als:

> '(…) onroerende zaken die op het moment van de juridische overdracht naar hun aard zijn bestemd voor bewoning. Als een onroerende zaak feitelijk wordt bewoond, maar naar zijn aard niet bestemd is voor bewoning, dan wordt deze onroerende zaak niet aangemerkt als woning.'[9]

---

3 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559 en HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580.

4 In r.o. 3.4.2 overweegt de Hoge Raad in het arrest van 10 juni 2011: 'Deze wetsfictie heeft 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 onroerendezaaklichaam onder de heffing van overdrachtsbelasting te brengen voor zover de verkrijging van een onroerende zaak van dat lichaam zelf buiten de heffing van overdrachtsbelasting zou blijven vanwege de vrijstellingsbepaling van artikel 15, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet BRV.'

5 'Vond' slaat hier op: Internetconsultatie wetsvoorstel Wet vastgoedaandelentransacties, ministerie van Financiën, 27 februari 2023.

6 Besluit van 1 juli 2011, 2011/1290.

7 Kamerstukken II 2011/12, 33 003, 3, p. 36 (Belastingplan 2012).

8 Kamerstukken II 2012/13, 33 287; de bekendste bijnaam van dit akkoord uit het voorjaar van 2012 was het Kunduz-akkoord.

9 Kamerstukken II 2011/12, 33 003, 3, p. 115.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 94 18-8-2023 14:13:15

In bovenstaande definitie wordt verondersteld dat iedereen weet wat 'naar hun aard zijn bestemd voor bewoning' inhoudt. Wat opvalt aan de beschrijving is de objectieve benadering van het woningbegrip. Zonder een duidelijke definitie van woning/bewonen te geven, introduceert de wetgever wel direct een negatieve lijst. Als woningen zijn in elk geval niet aan te merken:

- bedrijfsgebouwen en -ruimtes;
- afzonderlijke garageboxen;
- hotels/pensions;
- asielzoekerscentra;
- een onroerende zaak die bestemd is voor gebruik als een verpleeg- of verzorgingsinstelling of ziekenhuis;
- internaten; en
- grond bestemd voor woningbouw

In het wetsvoorstel wordt duidelijk gesteld dat bij de toepassing van het verlaagde tarief het niet uitmaakt of de verkrijger van de woning de woning zelf gaat bewonen of gaat verhuren. Ook wordt gesteld dat als het gaat om de verkrijging van aandelen in een onroerendezaaklichaam (art. 4 Wet BRV) dat dan het verlaagde tarief mag worden toegepast voor het deel dat deze aandelen woningen vertegenwoordigen.[10] Bij het verlaagde tarief voor woningen heeft de wetgever het object bepalend gemaakt bij de vraag of er sprake is van een woning.

3.3 Invulling door de rechtspraak

Sinds 2011 heeft de rechtspraak zich ook veelvuldig uitgelaten over de vraag of het object van verkrijging is aan te merken als woning. Dit heeft in 2017 tot een viertal maatgevende arresten van de Hoge Raad[11] geleid. De Hoge Raad oordeelde dat primair moet worden gekeken naar een zo objectief mogelijke maatstaf, onder andere gebaseerd op uiterlijke kenmerken en het doel waarvoor het object oorspronkelijk is gebouwd. Dit betreft dus een zuiver objectieve toets. De Hoge Raad gaf aan dat een oorspronkelijke 'niet woning' die op enig moment is verbouwd (of omgebouwd) tot woning, ook als woning kan kwalificeren. Pas wanneer de uiterlijke kenmerken onvoldoende aanknopingspunten bieden, kan er gekeken worden naar de publiekrechtelijke bestemming van de onroerende zaak. Deze twee getrapte toetsen zijn mijns inziens ook objectief van aard. Met deze arresten is in latere rechtspraak verder invulling gegeven aan het begrip woning. Hierbij zijn subjectieve maatstaven geïntroduceerd om de open norm woning uit de wet te kunnen duiden.

BEDOELING VAN PARTIJEN

Bij een kantoorpand dat werd getransformeerd tot (woon)appartementen was de vraag of er ten tijde van de verkrijging sprake was van een woning. Ten tijde van de overdracht waren

---

[10] Deze laatste toevoeging bevestigt mijns inziens het standpunt dat het kabinet niet de intentie heeft gehad om de doorkijkarresten wettelijk ongedaan te maken.

[11] HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:291, NLF 2017/0494; HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:295, NLF 2017/0493; HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:294, NLF 2017/0492 en HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:290, NLF 2017/0491, met noot van Van der Zwan.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 95 18-8-2023 14:13:15

de werkzaamheden gestart (sloop, splitsing in appartementsrechten, omgevingsvergunning verleend, was begonnen met vervanging kozijnen, begonnen met plaatsing binnenwanden). Nadat Hof Den Haag[12] belanghebbende in het gelijk had gesteld en de staatssecretaris in cassatie was gegaan, overwoog de Hoge Raad:

> 'De vaststelling van de strekking van de verbouwingswerkzaamheden dient te geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Zo kan naast de aard en inhoud van de verrichte werkzaamheden ook de inhoud van de koop-/aannemingsovereenkomst(en) in aanmerking worden genomen, evenals de voor kopers van een woning en hun geldverstrekkers in het algemeen relevante omstandigheid dat het verkregen object zelfstandig overdraagbaar is, bijvoorbeeld door splitsing van een oorspronkelijk als bedrijfs- of kantoorpand gebouwde onroerende zaak in appartementsrechten.'[13]

Voor de objectieve vaststelling of sprake is van een woning moet aldus ook de bedoeling van partijen en de maatschappelijke opvattingen over wat gebruikelijk is worden meegewogen. Zo komt betekenis toe aan subjectieve elementen. Uit de overweging van de Hoge Raad lijken deze subjectieve elementen niet pas aan het eind te moeten worden betrokken als het na alle andere afwegingen nog niet duidelijk is, maar deze subjectieve overwegingen moeten mee worden gewogen in de totale overweging.

NIET MEER DAN BIJKOMSTIGE WERKZAAMHEDEN

In een aantal arresten uit 2017 heeft de Hoge Raad bepaald dat ook een oorspronkelijke niet-woning die ver- of omgebouwd is tot woning ook kan gelden als woning. In het arrest van november 2019 heeft de Hoge Raad hiervoor een nadere invulling gegeven hoe getoetst moet worden of een verbouwing al heeft geleid tot een woning. Hiertoe overwoog hij:

> 'In een geval waarin verbouwingswerkzaamheden hebben plaatsgevonden die, ook indien zij nog niet zijn voltooid, de gevolgtrekking kunnen rechtvaardigen dat die werkzaamheden onmiskenbaar strekken tot (op)levering van een woning, kan het bouwwerk alleen worden geacht de oorspronkelijke aard te hebben behouden indien de inspecteur aannemelijk maakt dat niet meer dan beperkte aanpassingen nodig zijn om het weer voor het oorspronkelijke doel geschikt te maken.'

In de onderhavige casus oordeelde de Hoge Raad dat de inspecteur hier onvoldoende in was geslaagd.

Bovenstaand arrest pakte positief uit voor de belastingplichtige. Dat dit ook diametraal anders kan, bewijst een zaak met vergelijkbare feiten.[14] Belanghebbende kocht een appartementsrecht in een voormalig klooster dat werd getransformeerd tot 22 woningen. Tijdens de levering was er een omgevingsvergunning verleend, waren de sloopwerkzaamheden afgerond,

---

[12] Hof Den Haag 21 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3224, NLF 2018/2644.

[13] HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1779, NLF 2019/2703, met noot van Sanders jr., r.o. 2.3.4.

[14] Hof Den Bosch 25 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1753, NLF 2019/1575.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 96 18-8-2023 14:13:15

waren er woningscheidende wanden en deuren aangebracht en waren nutsvoorzieningen tot in het appartement aangebracht en afgedopt. Hof Den Bosch overwoog:

> 'Hierbij is in aanmerking genomen dat de onroerende zaak, met name door het ontbreken van de leidingen voor keuken en sanitaire voorzieningen op het moment van de juridische overdracht, nog niet alle bouwkundige kenmerken heeft van een woning. Dit betekent dat meer dan beperkte aanpassingen nodig zijn om de onroerende zaak voor bewoning geschikt te maken.'[15]

Waar in de ene zaak het Hof en de Hoge Raad stellen dat de invulling 'meer dan beperkte aanpassingen' ziet op de werkzaamheden die moeten worden verricht in het fictieve geval dat het gebouw moet worden teruggebracht in de oorspronkelijke staat, plaatst het andere Hof deze term in het kader van toekomstige werkzaamheden die zien op het daadwerkelijk realiseren van de woningen.

LIJKT HET OP ZORG, DAN IS HET ZORG

Veel procedures die zijn gegaan over de vraag of sprake is van een woning hebben betrekking op complexen waar wonen en zorg wordt verleend. In de parlementaire behandeling van het verlaagde tarief voor woningen is aangegeven dat in elk geval niet als woning zijn aan te merken onroerende zaken die bestemd zijn voor gebruik als een verpleeg- of verzorgingsinstelling of ziekenhuis.

Een van de arresten uit 2017 had betrekking op een hospice. De Hoge Raad oordeelde (in tegenstelling tot het Hof) dat de kenmerken van het hospice geen andere slotsom toelaten dan dat de onroerende zaak naar zijn aard is bestemd om dienst te doen als verzorgingsinstelling.[16]

In de rechtsspraak lijkt nadien veel belang te worden gehecht aan de kwalificatie zorginstelling. Zo heeft Rechtbank Zeeland-West-Brabant geoordeeld dat een gezinsvervangend tehuis, wat bestond uit een verbouwd pand waarin 28 onzelfstandige eenheden zijn getransformeerd tot 18 grotere eenheden niet kwalificeert als complex met woningen.[17] Bij dit oordeel hechte de Rechtbank veel waarde aan het feit dat de eenheden niet alle voorzieningen zelfstandig hebben en dat er dus bij een aantal wooneenheden sanitaire en/of kookvoorzieningen gedeeld moesten worden. Tevens lijkt de Rechtbank betekenis toe te kennen aan de publiekrechtelijke bestemming 'maatschappelijk' die op het pand rustte en dat het pand ook zo werd gebruikt. Uit eerdere uitspraken leek daarentegen naar voren te komen dat het voor de kwalificatie als woning niet noodzakelijk is dat een object alle voorzieningen zelfstandig bezit[18]

---

[15] Onduidelijk in deze zaak is of het Hof heeft meegewogen dat de afbouwwerkzaamheden worden verricht door de verkrijger. Dit zou overigens geen invloed moeten hebben op de objectieve vaststelling of sprake is van een woning.

[16] HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:291, NLF 2017/0494, met noot van Van der Zwan.

[17] Rechtbank Zeeland-West-Brabant 10 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1074, NLF 2021/1036.

[18] Zie in dit kader bijv. Rechtbank Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3026, NLF 2020/0931 en Rechtbank Den Haag 24 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14423, NLF 2020/0338.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 97 18-8-2023 14:13:15

en dat pas naar de publiekrechtelijke bestemming moet worden gekeken als de kenmerken te weinig aanknopingspunten bevatten.
Eenzelfde overweging qua gebruik/aanwending lijkt de Rechtbank ook te hebben getrokken bij een onroerende zaak voor mensen met psychogeriatrische aandoeningen. In deze zaak overwoog de Rechtbank dat, hoewel getracht wordt om het bestaan van de bewoners zoveel als mogelijk zelfstandig vorm te geven, hij van oordeel is dat het zorgaspect toch overheerst. Dit zorgaspect wordt aangenomen op basis van een aantal gedragingen in combinatie met bouwkundige aanpassingen.[19] Naar mijn mening heeft de Rechtbank ook bij deze zaak te veel gekeken naar de aanwending (zorg) en te weinig naar de feitelijke kenmerken van het gebouw. Zuiverder was de benadering van Hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak waarbij appartementen werden verhuurd aan particulieren en waarbij eveneens zorgdiensten werden aangeboden. De inspecteur was van mening dat sprake was van een zorginstelling. Het Hof legde het zwaartepunt in diens oordeel bij de woonfunctie.[20]

3.4 De balans van twaalf jaar 'woning'

Inmiddels is de verkrijging van woningen al twaalf jaar mogelijk tegen het verlaagde tarief. Het verlaagde tarief is geïntroduceerd om de woningverkopen te stimuleren. Hoewel niemand weet hoe de verkopen waren geweest zonder verlaagd tarief, laten de cijfers zien dat woningverkopen na 1 juli 2011 net zo laag bleven als daarvoor.[21] Of het initiële doel van het verlaagde tarief behaald is, kan betwijfeld worden. Bij de introductie in 2011 heeft de wetgever echter nagelaten om een eenduidige definitie van het begrip woning te geven. De wetgever heeft een omschrijving van een woning gegeven en een negatieve lijst van wat in elk geval niet een woning is. Mijns inziens staat buiten discussie dat de wetgever heeft beoogd om een objectieve beoordeling te introduceren die in gelijke gevallen gelijk moet uitpakken. Echter, het ontbreken van een duidelijke definitie maakt dat de rechtspraak invulling heeft moeten geven aan het begrip woning. Hiertoe zijn de afgelopen twaalf jaar subjectieve criteria gehanteerd om het begrip verder in te kunnen kleuren. Vooral bij de panden die in transitie zijn van niet-woning naar woning of vice versa en panden waar zorg en wonen wordt gecombineerd is een grotere mate van subjectiviteit waar te nemen.

4 Wet differentiatie overdrachtsbelasting

4.1 Inleiding

Na de woningmarktcrisis in het begin van het vorige decennium begon de vastgoedmarkt als geheel vanaf 2015/2016 weer aan te trekken. Door de lage rentestanden en schaarste op de woningmarkt kochten, naast kopers die de woning zelf wilden gaan bewonen, ook beleggers massaal woningen op. Dit werd door een aantal partijen in de Tweede Kamer onwenselijk

---

[19] Het ging hier bijvoorbeeld om het 's nachts sluiten van de deuren en het niet aanwezig zijn van gasleidingen in de keukens van de appartementen. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4761, NLF 2020/2399.

[20] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9909, NLF 2020/2685.

[21] Pas vanaf eind 2015 beginnen de verkopen weer structureel aan te trekken: CBS, 'Nieuw record aan huizen verkocht', 22 januari 2018, www.cbs.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 98 18-8-2023 14:13:15

gevonden en heeft uiteindelijk geleid tot de Wet differentiatie overdrachtsbelasting die op 1 januari 2021 in werking is getreden. Overigens is dit niet het eerste moment waarop een roep om een gedifferentieerde overdrachtsbelasting te horen was. Al in oktober 2000 opperde GroenLinks bij de algemene financiële beschouwingen het plan om een zogenoemde variabele overdrachtsbelasting in te voeren. De overdrachtsbelasting zou fors moeten stijgen als de verkoper excessieve winsten zou behalen met de verkoop van zijn of haar woning.[22] Mijns inziens zou dit plan tot serieuze uitvoeringsproblemen hebben geleid, want het is zeer complex om te gaan heffen naar rato van de verkoopwinst. Maar wat wel interessant is, is de treffende verwachting over de ontwikkeling van de woningmarktprijzen die GroenLinks in dat debat doet.[23]

4.2 Totstandkoming van de wet

De roep tot verdere differentiatie van de overdrachtsbelasting is begonnen met een motie in maart 2019 van de Tweede Kamerleden Dik-Faber en Ronnes. In de motie werd gevraagd om een onderzoek te doen naar een gedifferentieerde overdrachtsbelasting waarin starters worden vrijgesteld en waarin beleggers vanaf de derde woning met een hoger tarief worden geconfronteerd.[24] Deze motie is door de Tweede Kamer unaniem aangenomen.

Bij het belastingplan 2020 heeft Kamerlid Nijboer een concreet amendement ingediend om de Wet Belastingen van rechtsverkeer te wijzigen. Starters zouden moeten worden vrijgesteld en beleggers die twee of meer woningen hebben op het moment van verkrijging zouden een hoger tarief van 6% moeten betalen. Hierbij worden woningcorporaties uitgezonderd: deze zouden 2% overdrachtsbelasting moeten blijven betalen.[25] Dit amendement is door de tweede kamer verworpen.

Naar aanleiding van bovengenoemde motie-Dik-Faber/Ronnes heeft onderzoeksbureau Dialogic in opdracht van de regering een onderzoek uitgevoerd naar de differentiatie van de overdrachtsbelasting.[26] Omdat de motie weinig tot geen inhoudelijke handvaten bevatte, hebben de onderzoekers de inhoudelijke uitgangspunten van het amendement Nijboer gebruikt. Uiteindelijk leken de definities uit het initiële onderzoek onvoldoende uitvoerbaar, waardoor in april 2020 nog een vervolgonderzoek is uitgevoerd. De onderzoekers hebben geconcludeerd dat de differentiatie van de overdrachtsbelasting niet uitvoerbaar, beperkt doeltreffend en zeer waarschijnlijk niet doelmatig is. Tot slot concluderen de onderzoekers dat de vrijstelling voor starters tot een prijsopdrijvend effect kan leiden van 1-2%.

---

[22] Kamerstukken II 2000/01, 27 400, 1.

[23] Door de enorme bestedingsimpuls voorspelt Vendrik (GroenLinks) dat vanaf 2001 de gekte op de huizenmarkt nog groter wordt en dat daarmee 'de uitsluiting van nieuwkomers (*RvH: op de huizenmarkt*) daarmee potentieel nog heviger vormen aanneemt'.

[24] Kamerstukken II 2018/19, 32 487, 504.

[25] Kamerstukken II 2019/20, 35 302, 12.

[26] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 juni 2020, 2020-101638.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 99 18-8-2023 14:13:15

4.3 Wet differentiatie overdrachtsbelasting

Ondanks alle bezwaren die door de onderzoekers van Dialogic zijn geuit en deels door de ambtenaren van Financiën zijn onderschreven,[27] heeft het Kabinet er toch voor gekozen om de startersvrijstelling te introduceren en om beleggers te belasten tegen het reguliere tarief.[28] Op Prinsjesdag 2020 is, tegelijk met het belastingplan 2021, de Wet differentiatie overdrachtsbelasting gepresenteerd.[29]

De belangrijkste wijzigingen in de overdrachtsbelasting als gevolg van de wettelijke regeling zijn:

- Alleen de verkrijging door een natuurlijk persoon die de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat gebruiken valt onder het lage tarief of de vrijstelling (art. 14, tweede lid, Wet BRV);
- Startersvrijstelling voor een natuurlijk persoon in de leeftijd tussen 18 en 35 jaar, die de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat gebruiken (art. 15, eerste lid, onderdeel p, Wet BRV);
- Aanpassing van de verrekening van art 13 Wet BRV. Om te voorkomen dat een verkrijging tegen het reguliere tarief wordt verrekend met de eerdere maatstaf van heffing die belast was tegen het lage tarief, wordt in dergelijke gevallen niet de maatstaf van heffing verlaagd, maar wordt de eerder betaalde belasting in mindering gebracht op de te betalen belasting (art 13, vierde lid, Wet BRV).

WONING ANDERS DAN TIJDELIJK ALS HOOFDVERBLIJF

Per 1 januari 2021 kan alleen de natuurlijke persoon die een woning verkrijgt die hij/zij anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat gebruiken, gebruikmaken van het verlaagde tarief (doorstromer) of van de startersvrijstelling. Dit brengt direct een nieuw afbakeningsvraagstuk met zich. Naast het begrip woning moet nu ook sprake zijn van ‘anders dan tijdelijk als hoofdverblijf’.

Bij deze opzet is bewust gekozen om het belastingsubject en zijn of haar intenties in de heffing te betrekken. Om die subjectieve benadering te borgen moeten de personen in een verklaring duidelijk stellig en zonder voorbehoud opnemen dat zij de woning niet anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaan gebruiken. Dit heeft een wettelijke basis gekregen in art. 15a Wet BRV. Een belangrijke vraag is hoe je ‘anders dan tijdelijk’ meet. Bij de introductie heeft de staatssecretaris van Financiën in de memorie van toelichting door middel van voorbeelden getracht een afbakening te geven over wanneer sprake is van anders dan tijdelijk. Getracht is aan te sluiten bij het hoofdverblijfcriterium uit de Wet inkomstenbelasting 2001.[30] Deze afbakening (en nadere vragen) zijn naderhand verduidelijkt door middel van een vraag- en

[27] Het advies van de ambtenaren werd duidelijk toen in juli 2021 na een WOB-verzoek de ambtelijke adviezen werden gepubliceerd (Besluit van 23 juli 2021, 2021-88741).

[28] Dit is een significante afwijking van de uitgangspunten bij het eerdere onderzoek: de belegger wordt niet zwaarder belast, maar de niet-bewoner betaalt het reguliere tarief.

[29] Kamerstukken II 2020/21, 35 576, 2.

[30] Kamerstukken II 2020/21, 35 576, 3, p. 22.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 100 18-8-2023 14:13:15

antwoordbesluit.[31] Dit besluit werkt vervolgens terug tot 1 januari 2021. Eerder heb ik mij al kritisch uitgelaten over deze terugwerkende kracht, omdat zich situaties voordoen die niet altijd op voorhand even duidelijk zijn. Het is dan onwenselijk dat belastingplichtigen met terugwerkende kracht gehouden worden aan een standpuntbepaling die pas na die datum tot stand is gekomen.[32]

STARTERSVRIJSTELLING

Sinds 1 januari 2021 kent de wet ook een startersvrijstelling (art. 15a Wet BRV). De verkrijging van een woning door een natuurlijk persoon tussen de 18 en 35 jaar, die de vrijstelling nog niet eerder heeft genoten is vrijgesteld, mits de waarde — inclusief aanhorigheden — maximaal € 440.000 bedraagt. Naast de voorwaarden dat de starter de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf moet gaan gebruiken, worden er nog twee voorwaarden aan het belastingsubject gesteld: leeftijd en dat eerder niet gebruik is gemaakt van de vrijstelling. Met de startersvrijstelling heeft het Kabinet beoogd de woningmarktpositie van koopstarters op de woningmarkt te verbeteren.[33] Om de regeling uitvoerbaar te houden heeft zij gekozen voor de drie cumulatieve criteria. Echter, de gekozen formulering leidt ertoe dat niet een starter wordt gesubsidieerd, maar iemand die nog nooit eerder de vrijstelling heeft gehad. Zo kan een doorstromer van 32 de vrijstelling wel toepassen, maar een echte koopstarter van 37 niet.

4.4 Aanpassingen na 2021

Hoewel de wet pas op 1 januari 2021 is ingegaan zijn er direct bij het Belastingplan 2022, naast de bovengenoemde onvoorziene omstandigheden, al een aantal wijzigingen aangebracht.

INTENTIE IS LEIDEND

Dat het voornemen om een woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf te gebruiken niet altijd leidt tot het daadwerkelijk gebruiken van die woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf was al langer voorzien. Daarom is er in art. 15a, vijfde lid, Wet BRV bepaald dat indien zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan na het tijdstip van de verkrijging, waardoor de verkrijger redelijkerwijs niet in staat is geweest de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf te gaan gebruiken, de verkrijger toch wordt geacht die woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf te hebben gebruikt. De verkrijger kan dan toch gebruikmaken van het verlaagde tarief of de startersvrijstelling. Er kunnen zich ook dergelijke onvoorziene omstandigheden voordoen na het moment van koop, maar vóór het moment van leveringen. Hiervoor was in beginsel niets geregeld. Om deze onwenselijke situaties te voorkomen, is per 2022 een aanvullend lid in art. 15a Wet BRV opgenomen waarin wordt geregeld dat bij onvoorziene omstandigheden tussen koop en levering eveneens gebruik kan worden gemaakt

---

[31] Besluit van 15 juli 2021, 2021-140430, Stcrt. 2021, 36308. Door middel van 45 vragen en antwoorden wordt duidelijkheid gegeven over onder andere het criterium anders van tijdelijk, de woningwaarde van art. 15, eerste lid, onderdeel p, Wet BRV en de leeftijdsgrens van 35.

[32] R. van Haperen, 'Differentiatie overdrachtsbelasting: een gewaarschuwd mens telt voor twee ...', NTFR 2021/3047.

[33] Kamerstukken II 2020/21, 35 576, 3, p. 8.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 101 18-8-2023 14:13:15

van het verlaagde tarief of de vrijstelling.[34] Bij onvoorziene omstandigheden moet in dit kader worden gedacht aan het verliezen van een baan, verplichte verhuizing voor bijvoorbeeld werk en echtscheiding. De staatssecretaris heeft een goedkeuringsbesluit uitgevaardigd waarin wordt goedgekeurd hoe in dergelijke situaties, onder voorwaarden toch gebruik kan worden gemaakt van het verlaagde tarief of de startersvrijstelling. Dit goedkeuringsbesluit is sinds 2021 al aan de derde versie bezig.[35] Het beroep op dit besluit moet in een verklaring in de notariële leveringsakte worden opgenomen.

VRIJSTELLING VOV-WONINGEN

Bij een verkoop onder voorwaarden wordt een korting gegeven op de verkoopprijs in ruil voor een winstdeling. De verkopende partij heeft meestal een terugkoopplicht (soms betreft het een terugkooprecht), waarna deze de woning weer doorverkoopt of weer in verhuur neemt (veel aanbieders van dit product zijn woningcorporaties). Omdat de terugkoop gebeurt door een (rechts) persoon die de woning niet anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat gebruiken, valt die verkrijging onder het reguliere tarief. Door de bepaling in art. 13, vierde lid, Wet BRV gaat verrekening niet meer op basis van de maatstaf van heffing, maar op basis van de belasting die de opvolgende verkrijger betaalt. De wederverkoop heeft maximaal een verrekening van 2% tot gevolg maar veelal ook niets, omdat dergelijke woningen vaak worden doorverkocht aan een koopstarter. Omdat het kabinet van mening is dat dit product juist van belang is voor koopstarters achtte zij het onwenselijk dat er een belemmering in de terugkoop plaatsvindt.[36] Daarom is er per 2022 de terugkoop van VOV-woningen vrijgesteld in art. 15, eerste lid, onderdeel t, Wet BRV.
Hoewel de intentie van het kabinet begrijpelijk is — juist dit product ondersteunt de verkrijging van woningen door mensen die hier zelfstandig onvoldoende middelen voor hebben —, vraag ik mij af of een dergelijke ingreep wel wenselijk en nodig is. Ten eerste was de intentie van de tariefdifferentiatie om beleggers zwaarder te belasten dan koper-bewoners. Deze beleggers hebben in het verleden woningen kunnen verkopen aan een doelgroep die de woningen anders niet had kunnen kopen. Nu de terugkoop van de woning vrijgesteld is, kan de vraag worden gesteld of de verkopers niet twee keer zijn bevoordeeld. Daarnaast is de omvang relevant. Het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft in juni 2021 onderzoek gedaan naar de openstaande VOV-woningen. De inschatting was dat er medio 2021 nog 45.000 VOV-woningen in omloop waren. In totaal zou de VOV-terugkoop tot een jaarlijkse lastenverhoging van € 33 miljoen leiden.[37]

4.5 Wet differentiatie overdrachtsbelasting tot zo ver

De Wet differentiatie overdrachtsbelasting heeft als het ware een extra dimensie toegevoegd aan het belastbaar feit. Niet alleen het te verkrijgen object is relevant, maar ook het verkrijgende subject. Deze subjectivering heeft tot veel nieuwe afbakeningsvraagstukken geleid. Door de differentiatie wordt het steeds eenvoudiger om individuele ‘foutjes’ en ongewenste effecten op te

[34] Kamerstukken II 2021/22, 35 927, 3, p. 25.

[35] Besluit van 2 maart 2023, 2023-2, Stcrt. 2023, 5423.

[36] Kamerstukken II 2021/22, 35 927, 3, p. 23.

[37] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2021, 2021-289920.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 102 18-8-2023 14:13:15

lossen; hierdoor ontstaat steeds meer instrumentalisme in de overdrachtsbelasting. Hoewel de intenties van de wet sympathiek zijn kan de vraag worden gesteld of elke reparatie wenselijk is.

5 De gevolgen van een gedifferentieerde overdrachtsbelasting

Het differentiëren van de tarieven op basis van objecten en subjecten heeft tot gevolg dat de overdrachtsbelasting complexer is geworden en als belastingmaatregel minder robuust. Het verlaagde tarief bij woningen laat zien dat de belasting bij de aankoop van een onroerende zaak maar een (zeer) beperkt effect heeft op de aankoopbeslissing; persoonlijk heb ik dan ook nog nooit iemand ontmoet die een woning ging kopen omdat de belasting maar 2% is. Omgekeerd zie je wel dat aankopen kunnen worden uitgesteld of versneld wanneer een tariefsverlaging of -verhoging wordt aangekondigd.

De differentiatie leidt er tevens toe dat niet meer sprake is van één groep belastingplichtigen, maar allemaal subgroepen van verkrijgers die allen in het voor hen geldende regime worden belast. Sinds de introductie van het verlaagde tarief voor woningen, zijn de meeste verkrijgingen belast tegen 2%. In de meeste gevallen levert dit geen probleem op, immers bij de meeste woningen bestaat geen discussie over het begrip woning. Alleen de verkrijger die een appartement verkrijgt in een transformatiepand waarbij er twijfel is of er al voldoende sprake is van een woning heeft pech en wordt geconfronteerd met een meer dan vijf keer zo hoge belasting. Het algemene tarief is meer dan 40 jaar 6% geweest. Iedereen werd met dit tarief geconfronteerd, ongeacht wat werd verkregen. Nu de verkrijging voor koper-bewoners 2% bedraagt, lijkt het reguliere tarief een speelbal voor budgettaire en instrumentele motieven. Eigenlijk zou het reguliere tarief per 1 januari 2021 worden verhoogd naar 7% om de kosten van het klimaatakkoord te bekostigen. De argumentatie was hierbij om de burgers te ontzien en het bedrijfsleven te laten meebetalen. Het Kabinet stelt hierbij dat deze fiscale knop op rijksniveau goed uitvoerbaar is.[38] Met eenzelfde argumentatie is het reguliere tarief per 2021 uiteindelijk 8% geworden. Hierbij wordt het accent nog extra gelegd op de beleggers die deze last dragen.[39] Bij de verhoging per 2023 van het reguliere tarief naar 10,4% heeft het kabinet aangegeven dat de verhoging — naast het budgettaire doel — naar verwachting het beoogde effect van de Wet differentiatie overdrachtsbelasting versterkt, omdat dit de positie van de starter en doorstromer verbetert ten opzichte van de belegger.[40] Hoe sympathiek het ook klinkt voor die starter en doorstromer, niet alleen de belegger wordt geraakt door deze verhogingen van het reguliere tarief. De bakker die de winkel op de hoek koopt voor € 400.000 is sinds 2020 geconfronteerd met een belastingverhoging van meer dan € 17.500. Nu het overgrote deel van de kopers gebruik kan maken van een tarief van 2% lijkt niemand zich meer druk te maken over die bakker.

Eenzelfde ontwikkeling is ook al te zien bij de zogenoemde ‘artikel 4 Wet BRV’-lichamen. In februari 2023 heeft het kabinet een internetconsultatie gestart voor het wetsvoorstel vastgoedaandelentransacties. Kortgezegd probeert het kabinet met het wetsvoorstel de effecten

[38] Wet fiscale maatregelen Klimaatakkoord; Kamerstukken II 2019/20, 35 304, 3, p. 12.

[39] Kamerstukken II 2020/21, 35 576, 3, p. 15.

[40] Kamerstukken II 2022/23, 36 202, 3, p. 37.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 103 18-8-2023 14:13:16

van de doorkijkarresten weer teniet te doen.[41] In de concept memorie van toelichting wordt de indruk gewekt dat gebruikmaken van de vrijstelling indruist tegen de bedoeling van de wet- en regelgeving. De Hoge Raad heeft echter het tegenovergestelde geoordeeld: art. 4 Wet BRV heeft juist geen verdere strekking gehad dan het ontgaan van overdrachtsbelasting door het tussenschuiven van een onroerendezaaklichaam. De afgelopen twaalf jaar lijkt het kabinet zich bij deze zienswijze te hebben aangesloten. Echter, nu de beleggers in vastgoed in de publieke opinie in het 'beklaagdenbankje' worden geplaatst, wordt wel getracht om het effect van de doorkijkarresten aan te scherpen.

[41] Ministerie van Financiën, 'Wetsvoorstel vastgoedaandelentransacties' (internetconsultatie), 27 maart 2023, www.internetconsultatie.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 104 18-8-2023 14:13:16

Vastgoed in privé of in de bv, that's the question!

Prof. dr. mr. E.J.W. Heithuis
Hoogleraar fiscale economie aan de Universiteit van Amsterdam en wetenschappelijk adviseur van BDO Belastingadviseurs

1 Inleiding

Op dit moment is er voor particuliere vastgoedbeleggers fiscaal veel in beweging. Zo zijn op 1 januari 2023 de nieuwe box 3-regels van kracht geworden, waarbij voor vastgoedbezittingen een hoger forfaitair rendement geldt dan voor schulden, waardoor de box 3-heffing voor hen flink is gestegen. Voorts zal box 3 op niet al te lange termijn, vanaf 2027, op een systeem van reëel rendement worden gestoeld en aanmerkelijkbelanghouders-vastgoedbeleggers die hun vastgoed hebben gefinancierd met een lening van hun bv, hebben sinds dit jaar te maken gekregen met de excessieflenenmaatregel in box 2. Al deze elementen tezamen roepen de belangrijke vraag op of vastgoedbeleggers hun vastgoed in box 3 moeten aanhouden dan wel of zij dit beter kunnen inbrengen in een bv. Nadeel van dit laatste is dat dit gepaard gaat met de heffing van overdrachtsbelasting die in 2023 is verhoogd naar 10,4%. In deze bijdrage ga ik hierop nader in.

2 Box 3 nu en in de toekomst

2.1 Overbruggingsperiode 2023-2027

De ontwikkelingen in box 3, in gang gezet door het bekende Kerst-arrest[1] van de Hoge Raad, staan inmiddels niet stil. Voor 2023 tot 2027 geldt een verschillend forfaitair rendement voor overige bezittingen, waaronder vastgoed, van 6,17% en voor schulden van, naar verwachting,[2] 2,57%, een 'gat' derhalve van 3,6 procentpunt. Nu zou men wellicht verwachten dat, als bij evenveel overige bezittingen en schulden, de belastingplichtige zou worden belast voor een box 3-inkomen van ongeveer 3,6% over de bezittingen. Dus € 50 miljoen vastgoed, gefinancierd met € 50 miljoen schuld,[3] leidt dan tot een box 3-inkomen van ongeveer 3,6% over € 50 miljoen = € 1,8 miljoen. Tegen het tarief van 32% bedraagt de box 3-belasting dan, afgezien van het heffingsvrij vermogen, € 576.000, terwijl die tot 2023 nihil was. Maar niets is minder waar. De box 3-heffing is in dit voorbeeld nog steeds nihil, zo leert de wetsgeschiedenis.[4] Overigens is de box 3-heffing wel (flink) gestegen als de overige bezittingen niet volledig maar voor een deel met leningen zijn gefinancierd. De grote vraag op dit moment is uiteraard of het nihileffect bij evenveel schulden als bezittingen of meer schulden dan bezittingen in box 3 gedurende de gehele overbruggingsperiode tot 2027 zo blijft, dan wel of dit toch nog

---

1 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, NLF 2022/0106, met noot van Dusarduijn.

2 Het precieze rendement voor 2023 wordt pas in februari 2024 vastgesteld.

3 Hier zitten ook veel aanmerkelijkbelanghouders bij die het vastgoed hebben gefinancierd met leningen van 'hun' bv. Voor hen speelt hierbij dus ook de excessieflenenmaatregel een rol.

4 Kamerstukken II 2022/23, 36 204, 3, p. 8-9. Zie ook redactie V-N 2022/34.3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 105 18-8-2023 14:13:16

zal worden gewijzigd. Want dit blijft natuurlijk een raar effect. Dit effect weegt mee bij de afweging of vastgoed wel of niet in privé moet worden aangehouden.

2.2 Nieuwe regime vanaf 2027

Vanaf 2027 geldt een nieuw box 3-regime.[5] Als alles doorgaat volgens plan, en er zijn geen aanwijzingen dat dit niet zo is, vervalt de huidige forfaitaire vermogensrendementsheffing en worden vervangen door een heffing op basis van het werkelijke rendement. Grote vraag op dit moment is of dit een vermogenswinstbelasting wordt, gebaseerd op het daadwerkelijk gerealiseerde rendement, of een vermogensaanwasbelasting, waarbij ook ongerealiseerde waardestijgingen worden belast. Voor effecten en dergelijke is een vermogensaanwasbelasting veruit het eenvoudigst en stuit ook niet op grote bezwaren. Effecten kunnen eenvoudig op elk gewenst moment en zonder veel kostenverlies worden verkocht en omgezet in euro's teneinde de belasting te betalen. Banken en andere financiële instellingen kunnen de informatie voor de vermogensaanwas van effecten ook aanleveren aan de Belastingdienst die dit dan kan voorinvullen in de aangifte.

Voor vastgoed ligt dit wezenlijk anders. Vastgoed is illiquide en laat zich niet snel en gemakkelijk zonder al te veel kosten te gelde maken. Voorts leidt verkoop van vastgoed tot extra overdrachtsbelastingheffing. Dus als men vastgoed wil belasten volgens het vermogensaanwassysteem, dan zal een maatregel moeten worden getroffen voor het feit dat belastingplichtigen door die heffing in de liquiditeitsproblemen kunnen komen. Voorts heeft de Belastingdienst met betrekking tot vastgoed geen informatie die zij kan voorinvullen in de aangifte. Het enige wat de Belastingdienst met betrekking tot vastgoed weet, zijn historische aan- en verkoopprijzen, te vinden in het kadaster, alsmede de WOZ-waarden, waarbij die laatsten ook nog eens een terugvalperiode kennen van één jaar en dus altijd achterlopen bij de werkelijkheid. Voorinvullen in de aangifte is dus onmogelijk.

Om deze redenen heb ik in 2019 al eens voorgesteld om vastgoed los te koppelen van de andere box 3-vermogensbestanddelen en te belasten in box 1, als onderdeel van de bron resultaat uit overige werkzaamheden.[6] De overige box 3-vermogensbestanddelen kunnen dan in box 3 volgens het vermogensaanwasregime worden belast. Toen was dit voorstel kennelijk nog een brug te ver, maar thans lijkt dit er toch van te komen. Recentelijk heeft de staatssecretaris van Financiën in zijn brief van 26 april 2023 namelijk aangegeven dat een box 1-regime voor vastgoed goed uitvoerbaar zou zijn[7] en tijdens behandeling in de Tweede Kamer van deze brief heeft hij aangegeven een sterke voorkeur te hebben vastgoed te belasten in box 1. Op televisie — bij 'Op1' op maandag 15 mei 2023 — heeft hij dit ook verkondigd. Dan ga ik ervan uit dat bij het ministerie van Financiën de kogel door de kerk is en vastgoed vanaf 2027 in box 1 zal worden belast, als onderdeel van de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden', want anders maakt de staatssecretaris zulks niet op nationale televisie wereldkundig.

---

[5] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 26 april 2023, 2023-101431, V-N 2023/20.3.

[6] Zie E.J.W. Heithuis, 'Een alternatieve box 3-heffing', WFR 2019/63. Dit lijkt er nu dan toch van te komen.

[7] Zie de brief van de staatssecretaris van Financiën van 26 april 2023, 2023-101431, V-N 2023/20.3, onderdeel D.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 106 18-8-2023 14:13:16

Dit betekent dus dat vastgoed zal worden belast volgens het vermogenswinstregime, op basis van gerealiseerd inkomen dus. Genoemde liquiditeitsproblemen worden daarmee voorkomen en dat lijkt mij winst. Hoewel er in box 1 ruime ervaring is met het belasten van daadwerkelijk gerealiseerd inkomen, zal dat met betrekking tot vastgoed best nog wel een (uitvoerings)kluif worden. Heffing over vastgoed naar reëel rendement betekent immers dat de huurpenningen worden belast, afschrijvingen en onderhoudskosten aftrekbaar zijn, rente op vastgoedfinancieringsschulden aftrekbaar zijn en dergelijke. Dat zijn allemaal posten waarover discussies met de Belastingdienst kunnen ontstaan en de Belastingdienst beschikt met betrekking tot deze posten, zoals gezegd, niet over enige contra-informatie om de aangiften goed te kunnen controleren. Ik hoop daarom dat men tot een werkbaar systeem komt, want op eindeloze discussies met de Belastingdienst zit toch niemand te wachten. Ik kan me daarom voorstellen dat de wetgever deze posten op enigerlei wijze forfaitair invult, eigenlijk zoals dat al vele jaren gebeurt bij het eigenwoningforfait in de eigenwoningregeling in box 1. Niet veel mensen weten dit meer, maar ooit was het eigenwoningforfait een sommetje van (globaal) geforfaiteerde brutohuurwaarde, verminderd met geforfaiteerde onderhoudskosten en afschrijvingen. Thans is dit een bepaald percentage van de WOZ-waarde maar dat representeert eigenlijk nog steeds datzelfde sommetje. Iets soortgelijks hoop ik dat de wetgever ook weet te bedenken voor een box 1-heffing over vastgoed.

Men realiseer zich dat box 1-heffing over vastgoed ook betekent dat de belastingheffing maximaal 49,5% zal bedragen, over zowel de jaarlijkse (netto-)inkomsten als de vermogenswinsten. Het box 3-tarief over vastgoed bedraagt nu 'maar' 32% en 34% in 2025. De heffing over vastgoed gaat in dit systeem dus drastisch omhoog. Ik verwacht niet dat, zoals thans in de terbeschikkingstellingsregeling het geval is, een vrijstelling van 12% (tegen het eerste schijftarief van 36,93% (2023)) wordt geïntroduceerd (art. 3.99b Wet IB 2001). Voorts kent de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' niet een algemene herinvesteringsreserve — thans bestaat die in het resultaatsregime alleen in de terbeschikkingstellingsregeling (art. 3.95, tweede lid jo. art. 3.54 Wet IB 2001) — zodat de vraag rijst of zo'n algemene herinvesteringsreserve zal worden geïntroduceerd. Doet men dit, dan betekent dit uiteraard dat de heffing over de vermogenswinsten naar de (verre) toekomst kan worden verschoven als de vastgoedportefeuille regelmatig muteert. Vanuit het ministerie van Financiën bezien lijkt mij dit geen aanlokkelijk perspectief, dus ik kan mij voorstellen dat die algemene herinvesteringsreserve er niet komt.

3 Vennootschapsbelasting

Dit alles maakt dat belastinglichtingen thans nadenken over de vraag of met het vastgoed dan misschien niet beter kan worden overgestapt op het regime van de vennootschapsbelasting en aanmerkelijkbelangheffing, oftewel inbreng in een bv. Uiteraard leidt een dergelijke inbreng van vastgoed in een bv tot heffing van 10,4% (2023) overdrachtsbelasting maar daarover meer in paragraaf 5.

Heffing van vennootschapsbelasting over vastgoed betekent dat, in vergelijking met de box 1-heffing, het acute belastingtarief halveert. Weliswaar komt daar op termijn een aanvullende box 2-heffing bij, maar dat is, zoals gezegd, op termijn. De acute *cash-out* is ongeveer de helft van wat die in box 1 in de inkomstenbelasting zou zijn. Verder moet worden bedacht dat vermogenswinsten in de vennootschapsbelasting door middel van de herinvesteringsreserve (art. 8, eerste lid, Wet VpB 1969 jo. art. 3.54 Wet IB 2001) kunnen worden doorgeschoven naar vervangende bedrijfsmiddelen. Bij een regelmatig muterende vastgoed-

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 107 18-8-2023 14:13:16

portefeuille kan op deze wijze de heffing over de vermogenswinsten naar de (verre) toekomst worden verschoven. De vraag is uiteraard wel of dit zo blijft. Thans kent de regeling van de herinvesteringsreserve al een uitzondering voor vermogensrechten die ter belegging worden gehouden, en het is niet heel ingewikkeld, lijkt mij, om beleggingsvastgoed daaraan toe te voegen. In de vennootschapsbelasting kennen we wel meer voorbeelden van uitzonderingen voor beleggingsvastgoed.[8] Vanuit het ministerie van Financiën bezien kan ik me heel goed een dergelijke maatregel voorstellen en het zou de verwachte box 1-heffing over vastgoed (zie paragraaf 2.2) en de vennootschapsbelasting meer gelijktrekken.

Vergelijken we de heffing van vennootschapsbelasting met de aankomende box 1-heffing over vastgoed vanaf 2027, dan wordt de heffing van vennootschapsbelasting al snel interessant, met name vanwege het acute lagere belastingtarief. Dit geldt te meer als wordt bedacht dat vastgoed op dit moment nog een redelijk hoge waarde heeft vanwege de enorm gestegen markten in het recente verleden en de verwachting is, als men de ontwikkeling in de markt beziet, dat die waarde (snel) zal dalen, mede ook door de ingrepen van minister De Jonge op de vastgoedmarkt. De eerste berichten dat dit gebeurt zijn er nu al. Maar stel dat het vastgoed thans nog een redelijk hoge waarde heeft, dan komt het bij inbreng in de bv voor deze waarde op de openingsbalans van de bv. Daalt het vastgoed dan in waarde, dan levert dat een verlies op in de bv dat in de winstsfeer kan worden vergolden. In het huidige box 3-regime kan dit niet. Dit gaat pas gebeuren vanaf 2027, maar dan is de markt, zo is thans de verwachting, al flink gedaald. Men schuift dan dus box 1 in met een lage waarde van het vastgoed.[9] zodat de waardestijgingen daarna in box 1 tegen het hoge tarief van (thans) maximaal 49,5% worden belast. Dan is het misschien verstandiger om nu van de nog relatief hoge waarde van het vastgoed gebruik te maken en het vastgoed in 2023 in te brengen in de bv. Voor de daarbij verschuldigde overdrachtsbelasting verwijs ik naar paragraaf 5.

Er zit wel nog een adder onder het gras. Recent heeft de minister van Financiën in de Voorjaarsnota 2023 aangekondigd financieringsrente bij vastgoedlichamen alleen nog in aftrek toe te laten tot maximaal 20% van de ebitda, de zogenoemde earningsstripping-maatregel (art. 15b Wet VpB 1969). De vaste aftrek van € 1 miljoen die thans nog geldt, komt met ingang van 2025 voor vastgoedlichamen te vervallen.[10] Maximale renteaftrek van 20% van de ebitda is in de praktijk niet veel. Vastgoedportefeuilles zijn doorgaans relatief zwaar gefinancierd. Box 1 kent zo'n renteaftrekbeperkingsmaatregel niet. Wordt het vastgoed in box 1 gehouden, vanaf 2027, dan is alle financieringsrente op schulden die historisch-causaal samenhangen met het vastgoed, dus 'gewoon' aftrekbaar. Maar daar staat weer tegenover dat box 1 in de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' geen herinvesteringsreserve kent en ik heb (nog) geen aanwijzingen dat die een meer algemene strekking krijgt, dus ik ga ervan uit dat er in box 1 geen herinvesteringsreserve komt. De vraag is dus of in de vennootschapsbelasting de herinvesteringsreserve wordt uitgezonderd voor beleggingsvastgoed. Vanwege de vele onzekerheden wordt de keuze tussen wel of geen bv met het vastgoed nu wel een hele ingewikkelde.

---

8 Bijv. art. 12a, vierde lid, onderdeel a (handel in herinvesteringsreservelichamen) en art. 20a, achtste lid, onderdeel a (handel in verlieslichamen) Wet VpB 1969.

9 Ik veronderstel dat bij de overgang naar box 1 het vastgoed voor de dan geldende werkelijke waarde op de balans wordt geactiveerd.

10 Zie Kamerstukken II 2022/23, 36 350, 1, p. 44.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 108 18-8-2023 14:13:16

4 Structuren met cv's, fondsen voor gemene rekening en stichtingen

4.1 Inleiding

Belastingplichtigen houden van flexibiliteit en het openhouden van alle mogelijke opties. Het zijn net mensen. Daarom worden er thans in de praktijk wel structuren opgezet met cv's en fondsen voor gemene rekening (FGR). Men is dan optimaal flexibel, omdat een cv of FGR heel gemakkelijk van besloten open kan worden gemaakt en omgekeerd.

Cv's en fondsen voor gemene rekening komen er fiscaal in twee smaken, de open variant en de besloten variant. Van een open cv en FGR is sprake als voor de vervreemding van participaties in de cv en FGR en de toetreding van participanten tot de cv en FGR geen toestemming is vereist van de overige participanten (art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR voor de open cv en art. 2, vierde lid, Wet VpB 1969 voor het open FGR). Alle andere cv's of FGR's zijn fiscaal besloten. De besloten cv en FGR is fiscaal transparant, zodat het vermogen bij de participant deel blijft uitmaken van zijn rendementsgrondslag in box 3. De open cv en FGR zijn VPB-plichtig en de participanten hebben doorgaans een aanmerkelijk belang (zie hierna). Van besloten open maken of omgekeerd kan dan eenvoudig door het toestemmingsvereiste aan te passen.

4.2 Besloten cv of FGR

Bij de besloten cv of FGR brengt de belegger het vastgoed inclusief de schulden in de cv of FGR in en wordt commandiet in de cv of participant in het FGR. Een FGR kent minimaal twee participanten. Aan een besloten FGR worden geen nadere eisen gesteld aan de minimale participatie in het FGR van (een van) beide participanten. Een verhouding van bijvoorbeeld 99%:1% is derhalve toegestaan. Als tweede participant komen in aanmerking de (al dan niet in gemeenschap van goederen) gehuwde echtgenoot, de meerderjarige dan wel minderjarige kinderen, een bv of een stichting. Voor genoemde natuurlijke personen zal de participatie in het FGR deel uitmaken van de rendementsgrondslag van box 3. Een bv is normaal belastingplichtig, dus bij haar wordt het rendement op de FGR-participatie belast met vennootschapsbelasting.[11] Een stichting is alleen belastingplichtig, indien en voor zover zij een onderneming drijft (art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969). Verhuur van vastgoed kwalificeert doorgaans als beleggen van vermogen en niet als een onderneming, zodat de stichting niet belastingplichtig is voor het rendement op haar FGR-participatie.

Een cv kent naast een (of meer) commandiet(en) een beherend vennoot. Als beherend vennoot wordt meestal een stichting of een bv gebruikt die daarvoor een beheersvergoeding ontvangt, veelal 1% van de winst, al dan niet afgetopt op een bepaald maximumbedrag.[12] Een bv wordt voor deze vergoeding op de normale wijze belast.[13] Een stichting daarentegen is alleen belastingplichtig, indien en voor zover die een onderneming drijft (art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969). Aangezien de activiteiten van de cv in casu bestaan uit de verhuur van vastgoed, is de stichting niet VPB-plichtig voor de beheersvergoeding.

---

[11] Vanwege de fiscale transparantie van de besloten FGR speelt de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VpB 1969 hierbij geen rol.

[12] Hoewel in dit laatste geval eraan kan worden getwijfeld of wel is voldaan aan de basisvoorwaarden van een personenvennootschap.

[13] De deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VpB 1969 speelt hierbij dus geen rol.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 109 18-8-2023 14:13:16

Effectief blijft vanwege de fiscale transparantie het vastgoed en de schulden bij de inbrengende natuurlijk persoon/commandiet in de cv respectievelijk participant in het FGR deel uitmaken van de rendementsgrondslag van box 3. Vraag die hierbij is gaan spelen, vanwege het sinds 2023 geldende verschillende forfaitaire rendement voor vastgoed en voor schulden, is of in box 3 het vastgoed en de schulden afzonderlijk moeten worden aangegeven, dan wel of dit mag worden gesaldeerd als een netto-participatie in de cv of FGR. In dit laatste geval wordt de schuld dan effectief (toch) afgetrokken tegen het hoge forfaitaire rendement voor vastgoed. Onderbouwing voor het laatste (netto)standpunt kan worden gevonden in de waarderingsregel van art. 5.19, tweede lid, Wet IB 2001 dat voorschrijft dat bezittingen en schulden die, al dan niet tezamen, in het economische verkeer als een eenheid plegen te worden beschouwd, als eenheid in aanmerking worden genomen. Deze waarderingsregel zou dus pleiten voor nettowaardering.[14] Recent heeft de Kennisgroep van de Belastingdienst echter als zijn standpunt kenbaar gemaakt dat moet worden uitgegaan van afzonderlijke waardering, dus het vastgoed en de schulden apart.[15]

Participeert de bv mee in de cv (als beherend of commanditair vennoot) of het FGR, dan is extra waakzaamheid op zijn plaats. Is de inbrengende natuurlijke persoon/commandiet in de cv respectievelijk participant in het FGR tevens de (enig) aandeelhouder in die bv,[16] dan is de vraag gerezen of diens participatie in de cv of het FGR onder box 3 (blijft) val(t)(len), dan wel kwalificeert als de terbeschikkingstelling van vermogen in box 1. Over deze vraag heeft de Kennisgroep resultaat uit overige werkzaamheden van de Belastingdienst recentelijk een standpunt gepubliceerd. Zij meent dat in zo'n situatie de participatie van de natuurlijke persoon in het (besloten) FGR fiscaal moet worden geduid als een terbeschikkingstelling van vermogen door die participant aan een samenwerkingsverband, waarvan de bv, waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, deel uitmaakt (art. 3.92, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001). Irrelevant daarbij is of het FGR een onderneming drijft of niet.[17] Dit is naar mijn mening een vergaand standpunt en de vraag is of dit standpunt stand houdt in rechte, waaraan naar mijn

---

[14] In deze zin Mark Robben, 'Onwerkelijke transparantie', V-N 2022/54.0.

[15] Kennisgroepstandpunt 'Vastgoedparticipaties in een besloten fonds voor gemene rekening en box 3', KG:202:2023:5, NLF 2023/1150, met noot van Dusarduijn.

[16] Dit zou aantrekkelijk kunnen zijn teneinde mogelijk te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving die sinds 2023 geldt voor aanmerkelijkbelanghouders (dga's). Heeft de dga en/of zijn partner per 31 december 2023 schulden aan de bv('s), dan wordt het surplus boven € 700.000 in 2023 namelijk aangemerkt als een fictief regulier voordeel in box 2 en derhalve bij de dga belast tegen 26,9%. De bv brengt dan de vordering op de dga in de (besloten) cv of het (besloten) FGR in en wordt beherend of commanditair vennoot in de cv respectievelijk participant in het FGR. Overigens is onduidelijk of dan wellicht nog steeds 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' sprake is van een schuld van de dga aan de bv voor toepassing van de 'excessieflenen'-wetgeving. De wetsgeschiedenis is op dit punt inconcludent.

[17] Zie kennisgroepstandpunt, 'Besloten fonds voor gemene rekening en de terbeschikkingstellingsregeling', KG:059:2023:1, NLF 2023/1299, met noot van Van Mol. Zie ook Hof Den Bosch 19 juli 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY8370.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 110 18-8-2023 14:13:16

mening zeer kan worden getwijfeld,[18] maar het standpunt ligt er wel. Hoewel dit standpunt van de Kennisgroep enkel spreekt over het (besloten) FGR, twijfel ik er niet aan dat de Kennisgroep eenzelfde standpunt inneemt met betrekking tot een (besloten) cv. Dit is dus een belangrijk nadeel voor een bv als beherend vennoot in de cv, dan wel tweede participant in het FGR. Voor een stichting als beherend vennoot in de cv dan wel tweede participant in het FGR speelt dit niet, aangezien men in een stichting geen aanmerkelijk belang kan hebben. Aan de terbeschikkingstellingsregeling komt men dan niet toe.

4.3 Open cv of FGR

De belegger kan zijn vastgoed en de schulden ook inbrengen in een zogenoemde open cv of FGR. Hij is dan verlost van de box 3-heffing over het vastgoed. De cv respectievelijk het FGR is immers VPB-plichtig en de commandiet (in de open cv) respectievelijk participant (in het open FGR) bezit een aanmerkelijk belang in de open cv respectievelijk het FGR (mits hij voldoet aan het aanmerkelijkbelangcriterium, hetgeen doorgaans het geval is).[19]
De open cv heeft nog als eigenaardigheid dat de beherend vennoot in zo'n cv zelfstandig wordt belast voor het deel van de winst van de cv dat toekomt aan die beherend vennoot (art. 9, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969). Anders gezegd, voor de beherend vennoot is de open cv, net als de besloten cv, fiscaal transparant.[20] Is beherend vennoot in de open cv een bv, waarvan de commandiet (enig) aandeelhouder is, dan wordt het winstaandeel van de bv/beherend vennoot dus met VPB belast.[21] Dit leidt er overigens niet toe dat de participatie van de inbrengende natuurlijke persoon/commandiet deel uitmaakt van de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 (zie paragraaf 4.1). Mijns inziens is het in paragraaf 4.1 vermelde Kennisgroepstandpunt — dat de participatie van deze natuurlijke persoon moet worden aangemerkt als een terbeschikkingstelling van vermogen in box 1 — nu niet van toepassing, aangezien het commanditaire belang van de inbrengende natuurlijk persoon kwalificeert als een aanmerkelijk belang. Dat sluit toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling uit.[22] Dit geldt ook als de bv commandiet is in de open cv.[23] Is een stichting beherend vennoot in

---

[18] De Kennisgroep leunt ter onderbouwing van haar standpunt sterk op de conclusie van A-G Niessen van 3 juli 2012 bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4034, waarin de Hoge Raad deze conclusie juist níet heeft gevolgd. Zo'n ruim begrip 'samenwerkingsverband' als de A-G voorstond, staat de Hoge Raad dus nadrukkelijk niet voor.

[19] Op grond van art. 4.6, onderdeel a, Wet IB 2001 jo. art. 2, derde lid, onderdeel f, AWR (open cv) respectievelijk art. 4.5 Wet IB 2001 (open FGR).

[20] HR 7 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AW9546.

[21] De deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VpB 1969 speelt hierbij dus geen rol.

[22] Vide art. 3.92, tweede lid, onderdeel e, Wet IB 2001. Onder het begrip 'aandelen' in deze bepaling valt blijkens art. 2, derde lid, onderdeel f, AWR ook de commanditaire participatie in een open cv.

[23] Dit kan aantrekkelijk zijn teneinde te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving die sinds 2023 geldt voor dga's. Anders dan bij een besloten cv is nu wel duidelijk dat de 'excessieflenen'-wetgeving niet van toepassing is. Zo na de inbreng van de vordering op de dga door de bv in de open cv, al sprake is gebleven van een schuld, is dit namelijk, vanwege de non-transparantie van de open cv, een schuld van de open cv aan de bv en niet langer van de dga aan de bv. Wel zal de heffing van overdrachtsbelasting dan waarschijnlijk fors toenemen (zie paragraaf 5).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 111 18-8-2023 14:13:16

de open cv, dan wordt diens winstaandeel niet belast met VPB, aangezien de stichting geen onderneming drijft (art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969). De werkzaamheden van de open cv bestaan immers uit het beleggen van vermogen. Aangezien in een stichting geen aanmerkelijk belang aanwezig kan zijn, wordt het belang van de commandiet ook nu niet aangemerkt als de terbeschikkingstelling van vermogen.

Bij een open FGR ligt dit een tikkeltje anders. Zo eist de Belastingdienst voor een erkend VPB-plichtig open FGR dat er minimaal twee participanten zijn in het (open) FGR, waarin de ene participant minimaal 10% van de bewijzen van deelgerechtigdheid houdt en de andere participant maximaal 90%.[24] Is een bv tweede participant in het open FGR,[25] dan moet, om dubbele belastingheffing te voorkomen, het belang van de bv in het open FGR kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Het belang van de bv in het open FGR moet dan minimaal 5% van de in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid bedragen (art. 13, tweede lid, onderdeel b, Wet VpB 1969). Het in paragraaf 4.1 vermelde Kennisgroepstandpunt over de toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling op de participatie van de inbrengende natuurlijk persoon in het FGR geldt ook nu niet, aangezien deze participatie in het open FGR kwalificeert als een aanmerkelijk belang, wat de terbeschikkingstellingsregeling uitsluit (art. 3.92, tweede lid, onderdeel e, Wet IB 2001). Aangenomen moet worden dat onder het begrip 'aandelen' in deze bepaling blijkens art. 4.5 Wet IB 2001 ook vallen de bewijzen van deelgerechtigdheid in een open FGR). Is een stichting tweede participant in het open FGR, dan is een minimaal belang van 5% niet nodig, aangezien de stichting met haar participatie in het open FGR geen onderneming drijft, zodat het rendement op de participatie in het open FGR bij haar sowieso niet wordt belast met vennootschapsbelasting.

In elk geval geldt, zowel in geval van een open cv als van een open FGR, dat het vastgoed in de VPB-sfeer wordt gebracht in plaats van in box 3, wat uiteraard een heel ander belastingregime is en derhalve andere afwegingen vergt; zie paragraaf 3.

---

[24] In Rechtbank Gelderland 2 april 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2191, NLF 2020/1120, met noot van Adema werd een open FGR in de verhouding 98%:2% overigens ook erkend als open FGR. Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

[25] Dit kan aantrekkelijk zijn teneinde te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving die sinds 2023 geldt voor dga's. Anders dan bij een besloten FGR is nu wel duidelijk dat de 'excessieflenen'-wetgeving niet van toepassing is. Zo na de inbreng van de vordering op de dga door de bv in het open FGR al sprake is gebleven van een schuld, is dit namelijk, vanwege de non-transparantie van het open FGR, een schuld van het open FGR aan de bv en niet langer van de dga aan de bv. Wel zal de heffing van overdrachtsbelasting dan waarschijnlijk fors toenemen (zie paragraaf 5).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 112 18-8-2023 14:13:16

4.4 Stichting

Er is nog een derde optie, namelijk de vastgoedportefeuille met de schulden inbrengen in een stichting (administratiekantoor) die daartegenover certificaten uitreikt.[26] Voordeel hiervan is dat de stichting niet belastingplichtig is, aangezien verhuurd vastgoed niet kwalificeert als een materiële onderneming en een stichting alleen belastingplichtig is, indien en voor zover zij een onderneming drijft (art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969). Anders dan bij een bv, open cv of open FGR, verdwijnt bij een stichting dus de heffing. Aangezien men in een stichting ook geen aanmerkelijk belang kan bezitten, maken de certificaten in de stichting geen deel uit van de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 maar van de rendementsgrondslag in box 3.[27]

Wel rijst dan de vraag wat men in box 3 dan aangeeft, de certificaten in de stichting, dus effectief de nettopositie, of de bezittingen, het vastgoed, en de schulden apart. Deze kwestie is recent onderwerp geweest van vragen van Tweede Kamerlid Nijboer (PvdA). Daarop heeft de staatssecretaris van Financiën geantwoord dat de certificaten in box 3 moeten worden aangegeven en niet de bezittingen en schulden afzonderlijk.[28] Verschil met de hiervóór besproken cv of FGR, waarbij deze benadering volgens de Belastingdienst dus niet juist is, is uiteraard dat een stichting rechtspersoonlijkheid heeft en een cv of FGR niet. Kennelijk maakt dit juridische verschil fiscaal het verschil in antwoord. Vastgoed inbrengen in een stichting kan echter niet zonder heffing van overdrachtsbelasting, in een besloten cv of FGR wel (zie ook paragraaf 5).

5 Overdrachtsbelasting

Ter afronding van deze bijdrage veroorloof ik mij een enkele opmerking over de overdrachtsbelasting, ook al komt deze belasting elders in deze bundel uitgebreider aan de orde. Over inbreng van vastgoed in een bv of in een stichting kan ik kort zijn. Dat is belast met 10,4% overdrachtsbelasting over de hele vastgoedportefeuille.

In paragraaf 4 was sprake van structuren, waarbij vastgoed werd ingebracht in een besloten of open cv of FGR. De vraag die toen is blijven liggen, is of dit een belastbare verkrijging is voor de overdrachtsbelasting. Thans beantwoord ik die vraag. Betreft het een besloten cv of FGR zeker niet, want die is, net als in de inkomsten- en in de vennootschapsbelasting, ook

---

[26] Betreft de schuld een schuld aan een bv, waarin de inbrengende natuurlijke persoon een aanmerkelijk belang heeft, dan blijkt uit de wetsgeschiedenis dat hierdoor niet wordt ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving. Volgens de wetgever is dan nog steeds 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' sprake van een schuld van de dga aan de bv; zie Kamerstukken II 2022/23, 36 204, 9, p. 18. Dit is een zeer vergaand standpunt, want feitelijk wordt hiermee de rechtspersoonlijkheid van de stichting ontkend. Van een dergelijke indirecte schuld is mijns inziens geen sprake als de bv ook haar vordering op de dga inbrengt in de stichting met als tegenprestatie certificaten in de stichting.

[27] Zie voor een bijzondere situatie, waarin de terbeschikkingstellingsregeling wel van toepassing was in relatie tot een stichting, Rechtbank Gelderland 6 maart 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:1086, NLF 2023/1018, met noot van Verbaarschot. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld.

[28] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 10 februari 2023, 2023-23024, V-N 2023/13.4 en de opinie hierover van R.P.C. Cornelisse, 'Het is niet allemaal treurnis maar ook niet hosanna', NTFR 2023/581.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 113 18-8-2023 14:13:16

voor de overdrachtsbelasting fiscaal transparant. Alleen voor het belang dat verschuift naar de andere participant(en) in de cv of FGR is overdrachtsbelasting verschuldigd.
De vraag is of dat ook geldt voor de open cv en/of het open FGR. Met betrekking tot het open FGR ben ik er vrij zeker van dat dit ook geldt voor het open FGR, aangezien het open FGR alleen voor box 2 en in de vennootschapsbelasting als een vennootschap wordt aangemerkt, waarin een aanmerkelijk belang aanwezig kan zijn.[29]
Dit betekent overigens wel dat, als men zich conformeert aan het standpunt van de Belastingdienst dat een tweede participant voor minimaal 10% moet participeren in het FGR, minimaal overdrachtsbelastingheffing is verschuldigd over deze 10%, wat in voorkomende gevallen best fors kan zijn.[30]
Met betrekking tot de open cv ben ik er minder zeker van of inbreng van het vastgoed overdrachtsbelastingvrij is. Dit komt, omdat de open cv in de overdrachtsbelasting hybride is geregeld. Zo kwalificeert de open cv voor de bedrijfsfusie-, de interne reorganisatie- en de splitsingsfaciliteiten als een vennootschap (zie art. 5a, zevende lid, art. 5b, negende lid respectievelijk art. 5c, tweede lid, Uitv.besl. BRV 1971), wat zich slecht laat rijmen met de fiscale transparantiegedachte. Voorts is in de AWR, een wet die voor alle rijksbelastingen geldt en dus ook voor de overdrachtsbelasting, expliciet geregeld dat de open cv kwalificeert als een lichaam (art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR). Weliswaar geldt dit alleen voor de AWR maar toch. In de zogenoemde Trust-arresten uit 1998 heeft de Hoge Raad een *trust*, een Angelsaksische rechtsfiguur die het Nederlandse recht überhaupt niet kent, geheel out of the blue aangemerkt als een doelvermogen.[31] Als ik dit allemaal optel, ben ik er nog niet zo zeker van dat een open cv voor de overdrachtsbelasting net als de besloten cv kwalificeert als fiscaal transparant. Daarvoor zijn mij er net te veel onzekerheden. Dit neemt niet weg dat velen in de praktijk ervan uitgaan dat de open cv voor de overdrachtsbelasting fiscaal transparant is, dus misschien zie ik water branden. Voordeel van de open cv ten opzichte van het open FGR is dat aan de open cv niet de eis wordt gesteld dat een tweede participant voor minimaal 10% moet participeren in de open cv, wat dus leidt tot een lagere

[29] HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:679 beschouw ik dan ook als een incident. In die zaak leidden Rechtbank en Hof uit de feiten af dat de stichting die beheerder/bewaarder was van het open FGR, het vastgoed verkreeg en derhalve overdrachtsbelasting was verschuldigd. De Hoge Raad deed deze zaak af met art. 81, eerste lid, Wet RO. Om dit risico op overdrachtsbelastingheffing te vermijden, doet men er verstandig aan het bewaarderschap in elk geval achter te laten bij de inbrengende participant.

[30] Let wel, participeert de bv, waarin de natuurlijke persoon een aanmerkelijk belang heeft en waaraan hij een schuld heeft, mee in het open FGR tegen storting van de vordering op de dga in het FGR – dit kan aantrekkelijk zijn om te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving – dan neemt de overdrachtsbelastingheffing fors toe, aangezien aangenomen mag worden dat dan een flink deel van het economische belang bij het vastgoed verschuift naar de bv. Participatie van de bv in de open cv is overigens niet vereist om te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving.

[31] HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2564.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 114 18-8-2023 14:13:16

overdrachtsbelastingheffing. Om die reden heeft de praktijk een sterke voorkeur voor de open cv.[32]

Gaan wij ervan uit dat inbreng van het vastgoed in een open cv of FGR belastingvrij is voor de overdrachtsbelasting, quod non, dan ligt vervolgens de weg open om dit vastgoed opnieuw overdrachtsbelastingvrij uiteindelijk in te brengen in een 'normale' bv. Als de voortekenen namelijk niet bedriegen, is dit mogelijk als de beide wetsvoorstellen Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen en Wet aanpassing fonds voor gemene rekening, vrijgestelde beleggingsinstelling en fiscale beleggingsinstelling, die beiden op Prinsjesdag 2023 worden ingediend, kracht van wet hebben gekregen. Het eerste wetsvoorstel ziet op de open cv, het tweede (onder andere) op het open FGR. In beide wetsvoorstellen wordt voorgesteld om het toestemmingsvereiste dat thans geldt voor de open cv en het open FGR (zie art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR en art. 2, vierde lid, Wet VpB 1969), te laten vervallen vanwege de internationale mismatches die dit met zich brengt. Effect hiervan is dat de open cv en het open FGR fiscaal transparant worden, wat leidt tot vennootschapsbelasting- en vooral aanmerkelijkbelangheffing bij de commandiet in zo'n open cv en participant in een open FGR. Aangenomen mag worden dat velen dit zullen willen voorkomen. Daarom bieden beide wetsvoorstellen de mogelijkheid om in 2024 fiscaal vriendelijk om te gaan naar een 'normale' bv. Met name laatstgenoemd wetsvoorstel is daarbij interessant. Dit wetsvoorstel is recent in conceptvorm geconsulteerd[33] en daarin staan voor open FGR's die in 2024 om willen naar een bv, speciale reorganisatievrijstellingen voor de inkomsten-, de vennootschaps- én de overdrachtsbelasting. In eerstgenoemd wetsvoorstel, dat twee jaar geleden in conceptvorm is geconsulteerd,[34] stonden voor het open FGR nog geen bijzondere reorganisatiefaciliteiten, noch voor de inkomsten- en de vennootschaps-, noch voor de overdrachtsbelasting, wat overigens een van de kritiekpunten was op dit conceptwetsvoorstel. Nu het conceptwetsvoorstel voor open FGR's wel dergelijke reorganisatiefaciliteiten bevat, en dus óók voor de overdrachtsbelasting, ga ik ervan uit dat een soortgelijke overdrachtsbelastingfaciliteit wordt toegevoegd aan het definitieve wetsvoorstel voor open cv's. Voor de open cv bevatte dit conceptwetsvoorstel namelijk al wel bijzondere reorganisatiefaciliteiten voor de inkomsten- en de vennootschapsbelasting, maar (nog) niet voor de overdrachtsbelasting. Het is niet logisch om dit verschillend te regelen, als de fiscale maatregel voor beide rechtsvormen identiek is, namelijk het beëindigen van het toestemmingsvereiste. Wel gelden deze bijzondere reorganisatiefaciliteiten enkel voor het jaar 2024. Om van deze speciale reorganisatiefaciliteiten gebruik te kunnen maken, zal men dan wel vóór 1 januari 2024 — sommigen menen zelfs vóór Prinsjesdag 2023 vanwege eventuele terugwerkende kracht van deze overgangsmaatregelen tot en met Prinsjesdag 2023 — het vastgoed in een open cv of FGR moeten hebben gebracht.

---

[32] Let wel, participeert de bv, waarin de natuurlijke persoon een aanmerkelijk belang heeft en waaraan hij een schuld heeft, mee in de open cv (als beherend dan wel als commanditair vennoot) tegen storting van de vordering op de dga in de cv – dit kan aantrekkelijk zijn om te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving – dan neemt de overdrachtsbelastingheffing fors toe, aangezien aangenomen mag worden dat dan een flink deel van het economische belang bij het vastgoed verschuift naar de bv. Participatie van de bv in het open FGR is overigens niet vereist om te ontkomen aan de 'excessieflenen'-wetgeving.

[33] Zie ministerie van Financiën 8 maart 2023, 11034 en 11035, V-N 2023/15.8.

[34] Zie ministerie van Financiën 29 maart 2021, 6844, V-N 2021/18.7.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 115 18-8-2023 14:13:16

Doet men dit pas in 2024, dan bestaat geen toegang tot deze speciale reorganisatiefaciliteiten. Dit betekent dat vastgoedbeleggers op zeer korte termijn zullen moeten bepalen of zij hun vastgoed in box 3 willen aanhouden of willen inbrengen in box 2. Hopelijk is deze bijdrage daarbij behulpzaam.

6 Afsluiting

In deze bijdrage ben ik ingegaan op een aantal belangwekkende aspecten die momenteel voor vastgoedbeleggers relevant zijn aangaande de structurering van hun vastgoedportefeuille. Belangrijkste vraag daarbij is of de belegger zijn beleggingsvastgoed in box 3 moet aanhouden of moet inbrengen in een bv of *lookalike*. Zoals geschetst, is dat op dit moment een uiterst lastige keuze, omdat op dit moment veel onzeker is en het ook allemaal vrij snel wijzigt. Denkt men dat het vandaag nog de ene kant op gaat, morgen kan het de andere kant op gaan.

Wel kan men het vastgoed thans al fiscaal risicoloos inbrengen in een besloten cv of FGR en later, afhankelijk van de ontwikkelingen, beslissen om de cv of FGR wel of niet open te maken. Inbreng in een besloten cv of FGR leidt immers niet tot (substantiële) belastingheffing.[35] Belangrijk daarbij is dat de staatssecretaris van Financiën heeft aangekondigd nog vóór de zomer van 2023 met een nadere invulling te komen van het box 3-regime vanaf 2027, dus dan weten we al spoedig of mijn verwachting dat vastgoed vanaf 2027 in box 1 zal worden belast, uitkomt. Vervolgens kan men Prinsjesdag 2023 afwachten en bezien hoe de definitieve wetsvoorstellen met betrekking tot de open cv en het open FGR eruit zullen zien en of mijn verwachtingen aangaande de bijzondere reorganisatiefaciliteiten in het overgangsrecht voor 2024 zijn uitgekomen. Enige risico wat er dan nog is, is dat die bijzondere reorganisatiefaciliteiten terugwerkende kracht krijgen tot en met Prinsjesdag 2023. Dan zou men de besloten cv of FGR al vóór Prinsjesdag 2023 open moeten maken, maar dan kent men de definitieve wetsvoorstellen nog niet. Dat is de spagaat, waarin de vastgoedbelegger thans zit.

[35] Vanwege het '≥10%'-vereiste dat de Belastingdienst stelt aan de tweede participant in een open FGR, is de overdrachtsbelastingheffing bij de FGR hoger dan bij de cv.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 116 18-8-2023 14:13:16

Natuurschoonwet: rangschikking als landgoed en fiscale faciliteiten

Mr. C. de Jong
Junior universitair docent aan de Universiteit Utrecht en fiscaal en juridisch adviseur

1 Inleiding

In 1928 is de Natuurschoonwet 1928 (hierna: NSW) in werking getreden. Lange tijd is deze wet ongewijzigd gebleven. Als gevolg van een evaluatie van deze wet zijn de NSW en de bijbehorende regelingen in 2021 aangepast. Het huidige doel van de NSW is het bevorderen van het behoud en het creëren van particulier natuurschoon voor zover dit een element vormt van het Nederlands cultureel erfgoed. Binnen de NSW staat het begrip 'landgoed' centraal. In de definitie van het begrip landgoed is (deels) de doelstelling van de wet opgenomen. Om het bevorderen van het behoud en het creëren van particulier natuurschoon te bereiken, heeft de wetgever fiscale faciliteiten met betrekking tot landgoederen in de NSW en ander heffingswetten opgenomen. In deze bijdrage komen de rangschikking als landgoed, alsmede enkele fiscale faciliteiten aan bod.

2 Rangschikking als landgoed

2.1 Algemeen

In de NSW wordt onder een landgoed verstaan (art. 1, eerste lid, onderdeel a, NSW):

> 'een geheel of gedeeltelijk met natuurterreinen, bossen of andere houtopstanden bezette onroerende zaak — daaronder begrepen die waarop een buitenplaats of andere, bij het karakter van het landgoed passende, opstallen voorkomen — voor zover het blijven voortbestaan van die onroerende zaak in zijn karakteristieke verschijningsvorm voor het behoud van het natuurschoon wenselijk is.'

Daarbij is van belang dat de onroerende zaak in Nederland is gelegen of een element vormt van het Nederlands cultureel erfgoed (art. 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1 en 2, NSW).
Om als landgoed te kunnen worden aangemerkt, dient een onroerende zaak aan diverse voorwaarden te voldoen. Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in het Rangschikkingsbesluit Natuurschoonwet 1928 (hierna: Rangschikkingsbesluit NSW) en worden in onderstaande kort besproken.

2.2 Voorwaarde 1: het oppervlaktevereiste

Allereerst dient de oppervlakte van de onroerende zaak op grond van het Rangschikkingsbesluit NSW ten minste vijf hectare te bedragen (art. 2, eerste lid, onderdeel a, Rangschikkingsbesluit NSW). De oppervlakten van onroerende zaken die inbreuk maken op het natuurschoon maken overigens geen deel uit van de oppervlakte van het NSW-landgoed (art. 2, tweede lid, Rangschikkingsbesluit NSW).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 117 18-8-2023 14:13:16

In bijzondere situaties kunnen onroerende zaken die een oppervlakte hebben van minder dan vijf hectare toch als NSW-landgoed worden gerangschikt. Het gaat dan om de volgende categorieën:

- De buitenplaats (art. 3, eerste lid, Rangschikkingsbesluit NSW). Onder een buitenplaats wordt verstaan: 'een onroerende zaak met daarop gelegen een in oorsprong versterkt huis, een kasteel, een buitenhuis of een landhuis, eventueel met bijgebouwen, met een architectonisch daarmee verbonden historische tuin of historisch park van ten minste één hectare waarvan de aanleg dateert van vóór 1900 en herkenbaar aanwezig is, indien dit complex, dan wel ten minste één van de onderdelen daarvan, een rijksmonument als bedoeld in artikel 1.1 van de Erfgoedwet is' (art. 1, onderdeel c, Rangschikkingsbesluit NSW)'.
- De gezamenlijke rangschikking. Onder een gezamenlijke rangschikking wordt verstaan een rangschikking waarbij de oppervlakte van een aangrenzende onroerende zaak wordt meegenomen. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen onroerende zaken kleiner dan vijf hectare, maar groter dan een hectare, en onroerende zaken kleiner dan een hectare.
- Onroerende zaken kleiner dan vijf hectare maar groter dan een hectare komen voor gezamenlijke rangschikking in aanmerking indien:
  - de onroerende zaak grenst aan een onroerende zaak die als landgoed is aangemerkt en de oppervlakte van beide onroerende zaken gezamenlijk ten minste vijf hectare bedraagt; of
  - de onroerende zaak grenst aan een nog niet als landgoed aangemerkte onroerende zaak en beide gezamenlijk een oppervlakte van ten minste vijf hectare hebben; en
  - tussen beide onroerende zaken een nauwe historische band bestaat; en
  - de oppervlakte van de onroerende zaak voor ten minste 50% bezet is met natuurterreinen of houtopstanden (art. 3, derde lid, Rangschikkingsbesluit NSW).
- Onroerende zaken kleiner dan een hectare komen voor gezamenlijke rangschikking in aanmerking indien:
  - de onroerende zaak grenst aan een onroerende zaak die als NSW-landgoed is aangemerkt en de oppervlakte van beide onroerende zaken ten minste vijf hectare bedraagt;
  - op de onroerende zaak een opstal is gelegen die vóór 1 januari 1950 is gebouwd en die na deze datum uiterlijk zijn karakter heeft behouden;
  - tussen de opstal en de onroerende zaak die reeds als landgoed is aangemerkt een nauwe historische band bestaat; en
  - de onroerende zaak bezwaard is met een beperkt recht van vruchtgebruik of erfpacht en de hoofdgerechtigde van de onroerende zaak de eigenaar is van de aanliggende onroerende zaak die als NSW-landgoed is gerangschikt (art. 3, vierde lid, Rangschikkingsbesluit NSW).

Een onroerende zaak kleiner dan een hectare waarop geen opstal is gelegen, komt dus niet voor (gezamenlijke) rangschikking in aanmerking.

2.3 Voorwaarde 2: het bezettingsvereiste

Daarnaast is in het Rangschikkingsbesluit NSW bepaald dat de oppervlakte van de onroerende zaak voor ten minste 30% bezet moet zijn met houtopstanden of natuurterreinen

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 118 18-8-2023 14:13:16

(art. 2, eerste lid, onderdeel c, Rangschikkingsbesluit NSW). Tot de met natuurterreinen bezette oppervlakte van de onroerende zaak worden uitsluitend de natuurterreinen gerekend die een aaneengesloten oppervlakte van ten minste 0,5 hectare hebben (art. 2, vijfde lid, Rangschikkingsbesluit NSW).
Aan het bezettingsvereiste hoeft niet te worden voldaan indien op de onroerende zaak die kleiner is dan vijf hectare een buitenplaats is gelegen (art. 3, tweede lid, Rangschikkingsbesluit NSW). Daarnaast geldt het bezettingsvereiste niet voor onroerende zaken kleiner dan een hectare die voor gezamenlijke rangschikking in aanmerking komen (art. 3, vierde lid, Rangschikkingsbesluit NSW).[1]
Tot slot hoeft aan het bezettingsvereiste niet te worden voldaan indien ten tijde van het indienen van het verzoek tot rangschikking het voornemen bestaat om door middel van het aanplanten van houtopstanden binnen drie jaren alsnog aan het bezettingsvereiste te voldoen, het zogenoemde beplantingsplan (art. 3, zevende lid, Rangschikkingsbesluit NSW). In andere situaties geldt juist een strenger bezettingsvereiste. Voor landgoederen met een oppervlakte van minder dan vijf, maar meer dan een hectare is deze voorwaarde verscherpt naar een minimaal bezettingspercentage van 50% (art. 3, derde lid, Rangschikkingsbesluit NSW).
Daarnaast is bepaald dat een onroerende zaak waarop een of meer golfbanen zijn gelegen, slechts als landgoed wordt aangemerkt indien de oppervlakte van elke golfbaan voor ten minste 50% is bezet met natuurterreinen of houtopstanden en het overige deel van de onroerende zaak voor ten minste 30% is bezet met natuurterreinen of houtopstanden (art. 3, zesde lid, Rangschikkingsbesluit NSW).

2.4 Voorwaarden 3 t/m 5: het inbreukvereiste

De voorwaarden 3, 4 en 5 hebben betrekking op de omvang en hoedanigheid van de niet met natuurterreinen of houtopstanden bezette terreinen, de wijze en de aard van de bebouwing en het soort gebruik dat van de terreinen en de opstallen wordt gemaakt.
In art. 2, tweede lid, Rangschikkingsbesluit NSW is bepaald dat ‘voor zover tot de onroerende zaak behorende terreinen, opstallen of wateren, of het soort gebruik dat daarvan wordt gemaakt, inbreuk maken op het natuurschoon, die terreinen, die opstallen en die wateren niet worden gerekend tot de als landgoed aan te merken onroerende zaak’. Enkele voorbeelden waarbij hiervan in elk geval sprake is, is indien de terreinen worden gebruikt voor intensieve veehouderij, industriële doeleinden of intensieve dag- of verblijfsrecreatie (art. 4 Rangschikkingsbesluit NSW).
Aan de andere kant worden in het Rangschikkingsbesluit NSW ook voorbeelden gegeven van omstandigheden die geen inbreuk maken op het natuurschoon. Dit betreft onder andere:

- parken of tuinen die behoren bij een buitenplaats;
- opstallen die voor 1950 zijn gebouwd en die sindsdien uiterlijk hun karakter hebben behouden;
- bepaalde landbouwgronden; en
- bepaalde kampeerterreinen (art. 5 en 6 Rangschikkingsbesluit NSW).

[1] Zie hiervoor hetgeen hierover in paragraaf 2.2 met betrekking tot het oppervlaktevereiste is geschreven.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 119 18-8-2023 14:13:16

3 Fiscale faciliteiten

3.1 Inleiding

Om het doel van de NSW te bereiken, heeft de wetgever enkele fiscale faciliteiten met betrekking tot landgoederen in de NSW en andere heffingswetten opgenomen. De faciliteiten voor de schenk- en erfbelasting, overdrachtsbelasting, inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting komen in deze bijdrage kort aan bod. Alvorens op deze faciliteiten in te gaan, is het echter van belang om te bekijken aan wie deze faciliteiten toekomen.

3.2 Eigendom binnen de NSW

De eigenaar van de onroerende zaak heeft recht op de faciliteiten van de NSW. Het begrip 'eigenaar' in de NSW wijkt echter enigszins af van het civielrechtelijke begrip 'eigenaar'. In beginsel geldt dat als eigenaar in de zin van de NSW wordt aangemerkt:

- de eigenaar van een onroerende zaak die niet bezwaard is met het recht van vruchtgebruik of dat van erfpacht; en
- de vruchtgebruiker of erfpachter van een onroerende zaak (art. 1, eerste lid, onderdeel b, NSW).

Met betrekking tot het recht van erfpacht gelden echter enkele bijzondere regels. Indien een recht van erfpacht is gevestigd, wordt enerzijds onderscheid gemaakt naar de oppervlakte van de onroerende zaak. Anderzijds wordt onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde 'huurerfpacht' en de 'eigendomserfpacht'.
Indien de onroerende zaak vijf hectare of groter is wordt niet de blooteigenaar, maar de erfpachter als eigenaar aangemerkt. Slechts in het geval de onroerende zaak kleiner is dan vijf hectare is het onderscheid tussen huurerfpacht en eigendomserfpacht van belang. Van huurerfpacht is sprake indien de economische eigendom van de onroerende zaak bij de blooteigenaar blijft rusten. Indien de economische eigendom bij de erfpachter komt te rusten, is sprake van eigendomserfpacht. Degene bij wie in geval van erfpacht op een onroerende zaak kleiner dan vijf hectare de economische eigendom rust, wordt voor de NSW aangemerkt als eigenaar (art. 3a Rangschikkingsbesluit NSW).
Kort gezegd zijn onder de huidige NSW drie erfpachters te onderscheiden:

- de huurerfpachter van een onroerende zaak kleiner dan vijf hectare (geen eigenaar, de bloot eigenaar wordt aangemerkt als eigenaar);
- de eigendomserfpachter van een onroerende zaak kleiner dan vijf hectare (eigenaar);
- de erfpachter van een onroerende zaak groter dan vijf hectare (eigenaar).

In verband met bovengenoemd onderscheid is het begrip 'economische eigendom' in de NSW opgenomen. Hieronder wordt verstaan (art. 1, eerste lid, onderdeel c, NSW):

> 'een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot een onroerende zaak, dat een belang bij die zaak vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de civiel-juridische eigenaar. De verlening van uitsluitend het recht op levering wordt niet aangemerkt als overdracht van economische eigendom.'

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 120 18-8-2023 14:13:16

Voornoemde uitzondering met betrekking tot het recht van erfpacht geldt uitdrukkelijk niet in geval van vruchtgebruik. Op het moment dat de juridische eigenaar een recht van vruchtgebruik vestigt op de onroerende zaak wordt alleen de vruchtgebruiker voor toepassing van de NSW als eigenaar aangemerkt.
De hiervoor opgenomen opsomming van het begrip 'eigenaar' is limitatief. Dit betekent dat de bloot eigenaar in beginsel niet kwalificeert als eigenaar in de zin van de NSW. In de Beleidsregel Natuurschoonwet 1928 (hierna: Beleidsregel NSW) van 1 januari 2021 zijn voor de bloot eigenaar bepaalde faciliteiten toch van toepassing verklaard.[2] In de Beleidsregel NSW wordt eveneens ingegaan op de situatie dat een opstalrecht is gevestigd.[3]
Ook de economische eigenaar kwalificeert strikt genomen niet als eigenaar in de zin van de NSW, waardoor hem niet alle faciliteiten toekomen. Dit zou naar mijn mening gelet op het doel van de NSW wel zo moeten zijn. De wetgever heeft hier in de Beleidsregel NSW echter niets over opgenomen.[4]

3.3 Schenk- en erfbelasting

De tegemoetkoming voor de schenk- en erfbelasting met betrekking tot de verkrijging van een landgoed is opgenomen in art. 7 NSW. De faciliteit bestaat niet uit een tegemoetkoming in de heffing, maar uit een tegemoetkoming in de invordering. In art. 7 NSW is bepaald dat indien tot een verkrijging in de zin van de SW 1956 een onroerende zaak behoort die is aangemerkt als landgoed, geen invordering plaatsvindt van het verschil tussen:

- de volgens de aanslag verschuldigde schenk- of erfbelasting waarbij de waarde van het landgoed wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer; en
- de belasting die zou zijn verschuldigd indien de waarde van het landgoed wordt gesteld op de *helft* van de waarde in het economische verkeer, in het geval daarop de last rust om het landgoed gedurende een tijdvak van 25 jaren als zodanig in stand te houden en geen opgaand hout te vellen, dan volgens de regels van normaal bosbeheer noodzakelijk of gebruikelijk is (de bestemmingswaarde). Indien en voor zover het landgoed voor het publiek is opengesteld, wordt de waarde van het landgoed op nihil gesteld.

Bij deze tegemoetkoming wordt dus gerekend met de waarde in het economische verkeer rekening houdend met de last om het landgoed in stand te houden (de bestemmingswaarde). De waarde van deze last wordt over het algemeen geschat op 20 of 30% van de waarde in het economische verkeer.[5] Ondanks voorstellen hiertoe in de literatuur is de bestemmingswaarde door de wetgever niet gekoppeld aan een vast percentage.[6]

---

2 Onderdeel 7 Beleidsregel NSW 1928.

3 Onderdeel 8 Beleidsregel NSW 1928. Dit naar aanleiding van de uitspraak van Rechtbank Gelderland 5 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7692.

4 Zoals is aangegeven zijn de fiscale faciliteiten niet alleen in de NSW 1928, maar ook in andere heffingswetten opgenomen. Binnen deze heffingswetten kan een ander begrip 'eigenaar' gelden.

5 Zie ook C. Schaap, 'Recente ontwikkelingen inzake vermogensbelasting', WFR 1989/5889.

6 Zie bijvoorbeeld I.W.M. Duijvestijn en E.J.W. Heithuis, Natuurschoonwet 1928, Kluwer, Deventer 2009, p. 49.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 121 18-8-2023 14:13:16

De faciliteit is voorwaardelijk. Zo is aan de tegemoetkoming de voorwaarde van instandhouding verbonden (het instandhoudingsvereiste). Indien het instandhoudingsvereiste wordt geschonden, bijvoorbeeld doordat de landgoedstatus komt te vervallen, wordt het op de aanslag vermelde in te vorderen bedrag alsnog ingevorderd (art. 8 NSW). Daarnaast dient de eigenaar het landgoed gedurende 25 jaren in bezit te houden (het bezitsvereiste). Indien het bezitsvereiste wordt geschonden, bijvoorbeeld bij verkoop van het landgoed, wordt de belasting naar rato van het nog niet verstrijken van de 25-jaarstermijn alsnog ingevorderd (art. 8a NSW).
De bezitseis speelt geen rol ten aanzien van schenkingen van het landgoed die binnen 25 jaren plaatsvinden (art. 8a, vijfde lid, NSW). Dit zijn weliswaar vervreemdingen, maar hier staat geen tegenprestatie tegenover en dat zijn situaties waarvoor deze faciliteit juist in de wet is opgenomen.
Om versnippering van landgoederen tegen te gaan, heeft de wetgever de inbreng van landgoederen in een bv of nv willen bevorderen. Om deze reden is in art. 7a NSW de zogenoemde transparance fiscale opgenomen. In dit artikel is bepaald dat voor de heffing van de schenk- en erfbelasting de bezittingen en schulden van een nv of bv als bezittingen en schulden van de gezamenlijke aandeelhouders worden beschouwd, indien:

- de werkzaamheden van de vennootschap uitsluitend of hoofdzakelijk bestaan uit de instandhouding en exploitatie van onroerende zaken als landgoederen;
- alle aandeelhouders natuurlijke personen zijn; en
- het aantal aandeelhouders niet meer dan twintig bedraagt.

Door deze fiscale transparantie worden landgoedeigenaren die het landgoed via een vennootschap in eigendom hebben voor de heffing van de schenk- en erfbelasting gelijk behandeld als landgoedeigenaren die het landgoed in privé-eigendom hebben. Voor de genoemde voorwaarden kunnen uitzonderingen gelden (art. 7a, tweede en derde lid, NSW).[7]

3.4 Overdrachtsbelasting

In art. 9a NSW is een tegemoetkoming opgenomen voor de overdrachtsbelasting. In dit artikel is bepaald dat ter zake van de verkrijging van een landgoed, dan wel aandelen in een NSW-lichaam, geen overdrachtsbelasting is verschuldigd. De tegemoetkoming betreft een heffingsvrijstelling. Ook deze vrijstelling heeft een voorwaardelijk karakter. Aan de vrijstelling is namelijk de voorwaarde van instandhouding verbonden (art. 9c NSW). Derhalve is alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd indien binnen 25 jaren na de verkrijging de onroerende zaak niet langer als landgoed wordt aangemerkt. Daarnaast is de overdrachtsbelasting alsnog verschuldigd indien het beplantingsplan (zie paragraaf 2.3) na drie jaren niet heeft geleid tot de vereiste bezetting met natuurterreinen of houtopstanden (art. 9c NSW). Het bezitsvereiste is bij de faciliteit van de overdrachtsbelasting niet van toepassing.

3.5 Inkomstenbelasting

Om het behouden en creëren van natuurschoon te bevorderen zijn in de Wet IB 2001 de volgende tegemoetkomingen opgenomen:

---

[7] In het Besluit van 25 november 2019, 2019/187751, Stcrt. 2019, 66223 zijn hierover nadere standpunten te vinden.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 122 18-8-2023 14:13:16

- de bosbouwvrijstelling (art. 3.11 Wet IB 2001);
- vrijstelling van subsidies in het kader van de ontwikkeling en instandhouding van bos en natuur (art. 3.13, eerste lid, onderdeel g, Wet IB 2001);
- verlaging eigenwoningforfait (art. 3.110 Wet IB 2001 jo. art. 17, vijfde lid, Wet WOZ);
- vrijstelling bossen, natuurterreinen en landgoederen (art. 5.7 Wet IB 2001); en
- de transparance fiscale (art. 10.9 Wet IB 2001).

In deze bijdrage wordt alleen kort stilgestaan bij art. 5.7 en art. 10.9 Wet IB 2001.
In art. 5.7 Wet IB 2001 is opgenomen dat tot de bezittingen van box 3 niet behoren:
- bossen;
- natuurterreinen; en
- onroerende zaken die deel uitmaken van een ingevolge de NSW 1928 aangewezen landgoed, met uitzondering van de op deze landgoederen voorkomende gebouwde eigendommen.

Van belang is dus dat op grond van art. 5.7 Wet IB 2001 alleen de onbebouwde eigendommen worden vrijgesteld. Dit heeft in de literatuur geleid tot veel kritiek,[8] maar tot op heden heeft de wetgever geen aanleiding gezien om de faciliteit ook van toepassing te verklaren op de gebouwde eigendommen.
Om te bewerkstelligen dat aandeelhouders van een NSW-lichaam een beroep op art. 5.7 Wet IB 2001 kunnen (blijven) doen is in art. 10.9 Wet IB 2001 de regeling van de fiscale transparantie voor de inkomstenbelasting opgenomen. Deze regeling is vergelijkbaar met de regeling in art. 7a NSW.
Op grond van de fiscale transparantie worden werkzaamheden, rechten en verplichtingen van een nv of bv waarvan de bezittingen uitsluitend of hoofdzakelijk bestaan uit ingevolge de NSW aangewezen landgoederen beschouwd als werkzaamheden, rechten en verplichtingen van haar gezamenlijke aandeelhouder indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden zijn als volgt:
- de werkzaamheden van de vennootschap bestaan uitsluitend of hoofdzakelijk uit de instandhouding van onroerende zaken die zijn aangemerkt als landgoederen in de zin van de NSW;
- alle aandeelhouders zijn natuurlijke personen; en
- het aantal aandeelhouders bedraagt niet meer dan twintig (art. 23, eerste lid, Uitv.besl. IB 2001).

Ook op voormelde voorwaarden zijn uitzonderingen mogelijk (art. 23, derde en vierde lid, Uitv.besl. IB 2001).

3.6 Vennootschapsbelasting

Indien een landgoed is ingebracht in een NSW-lichaam is dit lichaam in beginsel belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Indien aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan,

[8] Zie onder andere E.F. Berkhemer, 'De deelgerechtigde van een natuurschoonwetlandgoed', WFR 2009/241, I.W.M. Duijvestijn en E.J.W. Heithuis, Natuurschoonwet 1928, Kluwer, Deventer 2009, p. 57 en H.R. Bruggink, Fiscale aspecten van natuurschoon in Nederland, Sdu Uitgevers, Amersfoort 2007, p. 192.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 123 18-8-2023 14:13:16

geldt echter een subjectieve vrijstelling (art. 5, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 jo. art. 2 Uitv.besl. VpB 1971). Deze voorwaarden luiden als volgt:

- de bezittingen van het lichaam bestaan uitsluitend of hoofdzakelijk uit landgoederen in de zin van de NSW;
- de werkzaamheden van het lichaam bestaan ten minste hoofdzakelijk uit de instandhouding van die landgoederen; en
- de overige werkzaamheden van het lichaam kunnen niet worden aangemerkt als het drijven van een onderneming.

Indien een NSW-lichaam een onderneming drijft, wordt het lichaam dus in de heffing van de vennootschapsbelasting betrokken. Indien sprake is van een onbeperkt belastingplichtige worden derhalve ook de passieve inkomsten uit het landgoed in de heffing betrokken. In de literatuur wordt dit als onwenselijk gezien en wordt ook wel voorgesteld om dit te corrigeren.[9]

4 Afsluiting

Door fiscale faciliteiten te verlenen wordt grotendeels aan het doel van de NSW tegemoetgekomen. Ook al zijn de NSW en de bijbehorende regelingen in 2021 aangepast, er blijven onduidelijkheden bestaan, zoals de hoogte van de bestemmingswaarde, de positie van de economische eigenaar of bloot eigenaar, alsmede onwenselijkheden zoals de uitzondering voor gebouwde eigendommen in de inkomstenbelasting of de heffing van vennootschapsbelasting over passieve inkomsten indien met het NSW-lichaam een onderneming wordt gedreven. De verwachting is echter niet dat deze onderwerpen op korte termijn door de wetgever aangepast worden.

[9] H.R. Bruggink, Fiscale aspecten van natuurschoon in Nederland, Sdu Uitgevers, Amersfoort 2007, p. 235.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 124 18-8-2023 14:13:16

Brede toepassing WOZ-afbakening en -waarde legt onderliggend probleem bloot

Mr. B.S. Kats
Associate Partner Tax Specialties bij EY, Vastgoed & Milieu en rechter-plaatsvervanger Rechtbank Overijssel

1 Inleiding

Elk jaar, binnen acht weken na de aanvang van het jaar (art. 24, eerste lid, Wet WOZ), valt bij 'iedereen' de WOZ-beschikking op de mat. Deze beschikking, die veelal staat op het aanslagbiljet gemeentelijke belastingen, bevat de WOZ-waarde van woning, bedrijfspand of andere onroerende zaak en wordt inmiddels voor diverse rijks- en lokale belastingen en -heffingen als grondslag gebruikt. Daarnaast wordt de objectafbakening (art. 16 Wet WOZ), die voorafgaand aan de waardering plaatsvindt, ook voor diverse andere doeleinden gebruikt, in het bijzonder als afbakening van het begrip aansluiting in de milieubelastingen, de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998. Inmiddels loopt de uitvoering van deze wet tegen tal van problemen aan.

De Wet WOZ is op 1 januari 1995 ingevoerd met als doel te komen tot landelijke uniformiteit en duidelijkheid voor en over de waardebepaling van onroerende zaken. Dit ten behoeve van de belastingheffing van drie overheden: gemeenten, het Rijk en de waterschappen. Daartoe geeft zij uniforme regels voor de bepaling (hoofdstuk III), vaststelling (hoofdstuk IV) en verstrekking van de (WOZ-)waarde (hoofdstuk VII) van alle onroerende zaken in Nederland. Alle gemeenten zijn uit hoofde van deze wet verplicht de onroerende zaken binnen hun gemeente van een waarde te voorzien en wel naar een vaste door de wet vastgestelde waardepeil- en toestandsdatum.

In tegenstelling tot wat nog wel eens wordt gedacht, is de Wet WOZ geen belasting- of heffingswet, maar een waarderingswet; de berekening van de belastingschuld over de WOZ-waarde is in de afzonderlijke heffingswetten geregeld. Naast deze wet bestaan uitvoeringsregelingen en -besluiten over onderwerpen zoals de onderbouwing en uitvoering van de waardebepaling, de uitgezonderde objecten, de kostenverrekening en de gegevensuitwisseling. De Wet WOZ bevat ook bepalingen over bezwaar en beroep (hoofdstuk V), gegevensbeheer (hoofdstuk VI) en bepalingen over het onafhankelijke orgaan dat toezicht houdt op de uitvoering van de wet: de Waarderingskamer te Den Haag (hoofdstuk II).

Gemeenten gebruiken de WOZ-waarde voor de heffing van onroerendezaakbelastingen (art. 220c Gemw) en soms ook voor andere heffingen,[1] waterschappen voor de watersysteemheffing (art. 121 Wschw) en de Rijksbelastingdienst voor de bepaling van de bodemwaarde van gebouwen (fiscale afschrijving in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting (art. 3.30a

[1] Dit is afhankelijk van de keuzes die gemeenten maken in hun verordeningen. In de praktijk zien we dat de WOZ-waarde ook wordt gebruikt als grondslag voor de rioolheffing voor eigenaren en de BIZ-bijdrage.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 125 18-8-2023 14:13:16

Wet IB 2001 en art. 8, eerste lid, Wet VpB 1969)), het eigenwoningforfait (art. 3.112 Wet IB 2001) en de waarde van de andere dan de eigen woning in de inkomstenbelasting (art. 3.19 Wet IB 2001 en art. 5.20 Wet IB 2001), alsmede de waardebepaling van woningen onder de Successiewet 1956 (art. 21, vijfde lid, SW 1956). Deze waarde wordt, behoudens de toepassing van de ficties, ook gebruikt voor het bepalen van de waarde in het economische verkeer in het kader van de overdrachtsbelasting. Bovendien worden gegevens uit deze wet, in het bijzonder de afbakening van de onroerende zaken, gebruikt voor de belasting op leidingwater en de energiebelasting (art. 12, eerste lid, onderdeel d en art. 47, eerste lid, onderdeel f, Wbm).

2 Groter (financieel) belang leidt tot uitvoeringsproblemen

Dit succes heeft ook een keerzijde. Het grote (financiële) belang leidt namelijk tot allerlei uitvoeringsproblemen. Bij twijfel aan 'de juistheid' van de WOZ-waarde of de objectafbakening ligt de weg van bezwaar (art. 30 Wet WOZ) namelijk voor iedereen open en daar wordt grootschalig gebruik van gemaakt. Wordt met succes bezwaar en/of beroep aangetekend, dan heeft de desbetreffende belanghebbende recht op een (proces)kostenvergoeding. Het Besluit proceskosten bestuursrecht bepaalt hoe hoog deze vergoeding is. Zo komen de kosten van een deskundige (taxateur of makelaar) of een rechtsbijstandverlener onder voorwaarden voor vergoeding in aanmerking (art. 1 Bpb). Hiervoor bieden inmiddels vele WOZ-bureaus zich aan. De vergoedingen zijn namelijk zó lucratief, dat menig deskundige of rechtsbijstandsverlener daaraan een goede boterham kan verdienen. Veel van deze WOZ-bureaus hanteren een soort 'no cure, no pay' waarbij de pay bestaat uit de proceskostenvergoeding die bij succes wordt ontvangen, een 'no cure, no proceskostenvergoeding' dus.[2]
De staatssecretaris[3] wil de rol van deze bureaus inperken en wel door het verdienmodel van die bedrijven minder aantrekkelijk te maken. Zo wil de staatssecretaris onder andere regelen dat de vergoeding standaard aan de belastingplichtige wordt betaald en niet aan het bureau. Ook wordt de vergoeding verlaagd.

3 De waardering van onroerende zaken: wat is een juiste afbakening en wat een juiste waarde?

3.1 Wat is een juiste afbakening?

Een oorzaak van deze problemen ligt in de brede toepassing van de WOZ-waarde en -gegevens. Daarmee is het belang van een juiste afbakening en waarde immers groot geworden. Maar wat is 'een juiste afbakening' en wat is 'een juiste waarde'? Art. 16 Wet WOZ bakent de te waarderen onroerende za(a)k(en) af. Kort gezegd wordt als één onroerende zaak aangemerkt:

- een gebouwd eigendom;
- een ongebouwd eigendom;
- een afzonderlijk te gebruiken eigendom als een gedeelte van de eerste twee genoemde eigendommen;

[2] Zie bijvoorbeeld L.J. Boone, 'Plan van aanpak no-cure-no-pay-problematiek: voldoende of zijn er drastischere maatregelen nodig?', Belastingblad 2023/146.

[3] Ministerie van Financiën, 'Plan van aanpak no-cure-no-pay problematiek BPM en WOZ', 23 maart 2023, 2023-70399.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 126 18-8-2023 14:13:16

- een samenstel van twee of meer van de eerste twee genoemde eigendommen, die bij dezelfde belastingplichtige in gebruik zijn en naar omstandigheden beoordeeld bij elkaar behoren;
- een terrein voor verblijfsrecreatie als zijnde een geheel van de eerste twee genoemde eigendommen of een gedeelte daarvan of een samenstel;
- het binnen de gemeente gelegen deel van een van de hierboven vermelde mogelijkheden.

Een nevendoel van art. 16 Wet WOZ is te voorkomen dat bij de verschillende heffingswetten op grond waarvan de WOZ-waarde als maatstaf wordt gehanteerd, discussies ontstaan over de objectafbakening. Vaak is dit relevant voor de belastingdruk, hetgeen reden kan zijn om bij twijfel bezwaar te maken. Dat kan alleen in een bezwaar tegen de waardebeschikking.[4]
Alhoewel bij het afbakenen van onroerende zaken de gemeente geen discretionaire bevoegdheid toekomt,[5] volgt uit een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)[6] dat voor de toepassing van het energierecht de objectafbakening zoals deze volgt uit de WOZ-beschikking niet leidend is. Dit betekent dat bijvoorbeeld een netbeheerder, die meent dat de WOZ-beschikking is gebaseerd op een verkeerde toepassing van art. 16 Wet WOZ, de regels zelf mag toepassen, tenminste als aannemelijk is dat haar afbakening de juiste is. Alsdan hoeft de afbakening uit de gemeentelijke beschikking niet te worden gevolgd. Met andere woorden: de WOZ-objectafbakening is 'weerlegbaar'.
Voor de fiscaliteit, bijvoorbeeld de belasting op leidingwater en de energiebelasting, waar de afbakening bepalend is voor de belastingdruk betekent dit dat de Belastingdienst ook niet per definitie gebonden is aan de gemeentelijke WOZ-objectafbakening, zoals volgt uit de WOZ-beschikking. De CBb-uitspraak maakt zelfs dat het in theorie kan voorkomen dat verschillende WOZ-objectafbakeningen tegelijkertijd hun werking hebben: de WOZ-beschikking van de gemeente, de objectafbakening van de netbeheerder en de objectafbakening van de Belastingdienst.
Problematisch is vervolgens ook nog eens dat voor de inkomstenbelasting andere, van art. 16 Wet WOZ afwijkende, criteria worden gehanteerd voor de objectafbakening (art. 3.30a Wet IB 2001). Weliswaar is in de meeste gevallen de objectafbakening gelijk aan de afbakening op grond van art. 16 Wet WOZ, maar er kunnen ook daar situaties bestaan waarin verschillen ontstaan. De objectafbakening is dus niet zwart-wit en in die zin valt te betwijfelen wat een juiste afbakening is.

3.2 Een juiste waarde?

Art. 17, eerste t/m derde lid, Wet WOZ regelt de waardebepaling en luidt als volgt:

> '1. Aan een onroerende zaak wordt een waarde toegekend.
> 2. De waarde wordt bepaald op de waarde die aan de onroerende zaak dient te worden toegekend, indien de volle en onbezwaarde eigendom daarvan zou kunnen worden over-

[4] Hof Amsterdam 5 april 2005, Belastingblad 2005/862.

[5] HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AD6058.

[6] CBb 2 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:364.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 127 18-8-2023 14:13:16

gedragen en de verkrijger de zaak in de staat waarin die zich bevindt, onmiddellijk en in volle omvang in gebruik zou kunnen nemen.
3. In afwijking in zoverre van het tweede lid wordt de waarde van een onroerende zaak, voor zover die niet tot woning dient, en met uitzondering van onroerende zaken die zijn ingeschreven in het rijksmonumentenregister, bedoeld in artikel 3.3 van de Erfgoedwet, bepaald op de vervangingswaarde indien dit leidt tot een hogere waarde dan die ingevolge het tweede lid. Bij de berekening van de vervangingswaarde wordt rekening gehouden met:
a. de aard en de bestemming van de zaak;
b. de sedert de stichting van de zaak opgetreden technische en functionele veroudering, waarbij de invloed van latere wijzigingen in aanmerking wordt genomen.'

Kern van de waardebepaling is de *benadering* van de waarde in het economische verkeer. Uitgaande van een vaste peildatum en overdrachts- en verkrijgingsfictie[7] volgt uit wetsgeschiedenis[8] en jurisprudentie[9] dat dit *de prijs is die de meestbiedende gegadigde zou willen betalen voor die onroerende zaak, na aanbieding ten verkoop op de voor die zaak beste wijze en na de beste voorbereiding*.
Hoe gemeenten deze waarde in het economische verkeer dienen te bepalen, hangt af van de aard van de zaak en is nader uitgewerkt in de Uitvoeringsregeling instructie waardebepaling Wet waardering onroerende zaken (zie art. 4 Uitv.reg. WOZ). Voor zaken waarvan transactiecijfers beschikbaar zijn, zoals woningen, winkels en kantoren, gebruiken gemeenten daartoe geautomatiseerde waarderingsmodellen die gebaseerd zijn op methodes van vergelijking met gerealiseerde transactieprijzen. Afhankelijk van de aard van de zaak kunnen dit verkoopcijfers en/of huurcijfers zijn. Met gebruikmaking van alle relevante kenmerken die gemeenten daartoe verzamelen, kunnen de modellen relaties leggen tussen een te waarderen onroerende zaak en vergelijkbare onroerende zaken.
Voor onroerende zaken waarvan of waarover geen huur- of verkoopcijfers beschikbaar zijn, gebruiken gemeenten de methode van de gecorrigeerde vervangingswaarde. Uit de toelichting, die destijds op dit begrip is gegeven, blijkt dat bij het ontbreken van een wettelijke definitie moet worden aangesloten bij wat in het maatschappelijke verkeer (bijvoorbeeld in de bedrijfseconomie) onder dit begrip moet worden verstaan. In de wetsgeschiedenis is het begrip wel globaal omschreven als 'het offer dat nodig is om een bepaald object weer in dezelfde staat aan te schaffen of te vervaardigen'.[10] De vervangingswaarde geeft aldus de stichtingskosten of de aanschaffingsprijs weer voor een nieuw object, identiek aan het bestaande. Wat nog wel eens vergeten wordt, is dat de gecorrigeerde vervangingswaarde een uitwerking is van de waarde in het economische verkeer. In alle gevallen moet deze bepaald worden op

---

7 Art. 17, tweede lid, Wet WOZ. De overdrachtsfictie houdt in dat bij het bepalen van de WOZ-waarde ervan uit wordt gegaan dat de eigendom van de onroerende zaak vol en onbezwaard kan worden overgedragen. De verkrijgingsfictie veronderstelt dat de zaak leeg (ontruimd) kan worden overgedragen en onmiddellijk en in volle omvang in gebruik kan worden genomen.

8 Kamerstukken II 1993/94, 22 885, 36, p. 44.

9 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005AU4300.

10 Kamerstukken II 1982/83, 17 653, 6, p. 3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 128 18-8-2023 14:13:16

de waarde die de desbetreffende zaak in economische zin voor de eigenaar heeft. Daarbij zullen de technische en functionele correcties zodanig moeten worden vastgesteld dat niet meer wordt belast dan het bedrag waarvoor de eigenaar een zaak zou kunnen verwerven die voor hem hetzelfde nut oplevert als de te waarderen zaak.[11] De bedrijfsvoering en exploitatiemogelijkheden, het gebruiksnut, zijn daarbij doorslaggevend. Logischerwijs zal bij commercieel gebruik de uitkomst dan niet hoger mogen zijn dan de bedrijfswaarde en bij niet commercieel gebruik dan de benuttingswaarde (zie art. 4, derde en vierde lid, Uitv.reg. WOZ). Technische veroudering brengt de slijtage, die in de loop van de jaren aan een onroerende zaak is opgetreden, in de waarde tot uitdrukking en vindt plaats op grond van de verwachte levensduur en de restwaarde die het object aan het einde van die levensduur heeft. De levensduur en de restwaarde zijn rekenkundige maatstaven die bij aanvang van de gebruiksperiode van een onroerende zaak moeten worden bepaald. De restwaarde symboliseert de waarde die een onroerende zaak heeft aan het einde van de geschatte levensduur. Het gaat bij de restwaarde om de situatie dat het pand alsdan nog juist bruikbaar is voor het doel waarvoor het is gesticht. Het feit dat een onroerende zaak aan het einde van zijn levensduur nog bruikbaar is, bijvoorbeeld als gevolg van goed onderhoud, is geen reden om de technische afschrijving aan te passen (bijvoorbeeld door verlenging van de levensduur).

Op het moment dat er 'wijzigingen' aan de onroerende zaak plaatsvinden, bestaat er daarentegen wel ruimte voor het aanpassen van de afschrijving. Hierbij kan gedacht worden aan renovatie of uitbreiding dan wel (gedeeltelijke) sloop van het pand. Door dergelijke wijzigingen kan de te verwachten levensduur een verlenging, dan wel een verkorting ondergaan. Met een dergelijke wijziging dient men bij het bepalen van de afschrijving rekening te houden. Dit blijkt ook expliciet uit de tekst van art. 17 Wet WOZ (art. 17, derde lid, onderdeel b, Wet WOZ.) De mate waarin afschrijving plaatsvindt is dus niet slechts afhankelijk van een gemiddelde waardedaling per jaar op basis van de restwaarde zoals deze verondersteld werd bij de stichting van het object, maar ook van eventuele bouwtechnische problemen, dan wel verbeteringen en vernieuwingen aan de onroerende zaak.[12] Functionele veroudering brengt de 'economische slijtage' aan een onroerende zaak in de waarde tot uitdrukking. Bijvoorbeeld omdat maatschappelijke ontwikkelingen de behoefte aan een bepaalde onroerende zaak doen afnemen (economische veroudering). Een voorbeeld is de impact van verduurzaming van onze economie op de waarde van onroerende zaken als kantoren en fabrieken. Zo is het immers maar de vraag of de toekomstige inkomsten wel opwegen tegen de noodzakelijke investeringen om te verduurzamen.[13] Economische slijtage kan echter ook het gevolg zijn van een verouderde bouwwijze van de onroerende zaak of vanwege excessieve gebruikskosten. Denk ter illustratie aan kerkgebouwen, deze worden tegenwoordig op geheel andere wijze gebouwd, voornamelijk kleiner en lager waardoor de bouwkosten maar ook de gebruikskosten (energiekosten) aanzienlijk afnemen. Ook ondoelmatigheid van (de inrichting van) een onroerende zaak kan aanleiding zijn een grotere functionele veroudering toe te passen.

---

[11] HR 8 juli 1992, BNB 1992/298 en HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:1011:BX0423.

[12] HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:169 en HR 23 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1671.

[13] Zie ook L. Berentsen, 'Opeens is de machine of de fabriek veel minder waard', Het Financieele Dagblad 2023.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 129 18-8-2023 14:13:16

Het feit dat de WOZ-waarde op het aanslagbiljet wordt gepresenteerd als een exact op de euro nauwkeurig berekend bedrag wekt bij velen de indruk dat de WOZ-waarde met een objectieve, rekenkundige benadering is vast te stellen op een exact bedrag. Niets is echter minder waar. De essentie van het bepalen van de WOZ-waarde is een zo nauwkeurig mogelijke benadering van de waarde in het economische verkeer te geven. Met andere woorden: de uitkomst hiervan bevindt zich altijd binnen een zekere bandbreedte. Dat gezegd hebbend, is het opvallend te constateren dat dit al in aanloop naar de invoering van de Wet WOZ onderwerp van gesprek was. Zo adviseerde de Voorlopige Raad voor Vastgoedinformatie om waardeklassen te hanteren en werd ook over bezwaardrempels gesproken.[14] Ook bij de evaluatie van de Wet WOZ in 1999 kwam dit weer aan de orde toen de Waarderingskamer voorstelde een bezwaardrempel van 5% in de wet op te nemen.[15] Nog meer bijzonder is wellicht de constatering dat de staatssecretaris van Financiën dat advies van de Waarderingskamer toen niet opvolgde omdat dit indruist tegen de rechtsbescherming van belanghebbenden.[16] Enkele jaren later, als gevolg van het amendement van het Kamerlid Fierens[17] zijn er destijds toch bezwaardrempels in de Wet WOZ gekomen (art. 26a Wet WOZ (inmiddels vervallen)). Dit artikel zag er als volgt uit:

'Bij een op de voet van dit hoofdstuk bij beschikking vastgestelde waarde van een onroerende zaak van			
meer dan	maar niet meer dan	wordt die waarde geacht juist te zijn, bedoeld in hoofdstuk III, daarvan niet meer dan het in kolom III vermelde percentage afwijkt of indien dat meer is, niet meer dan het in kolom IV vermelde bedrag daarvan afwijkt, een en ander mits de afwijking niet meer bedraagt dan € 100.000 van de bij die beschikking vastgestelde waarde	
I	II	III	IV
-	€ 200.000	5%	-
€ 200.000	€ 500.000	4%	€ 10.000
€ 500.000	€ 1.000.000	3%	€ 20.000
€ 1.000.000	-	2%	€ 30.000

Een vastgestelde waarde, die binnen bepaalde voorgeschreven marges bleef, werd ooit dus geacht 'juist' te zijn. Doel van dit artikel was mede om bezwaar- en beroepsprocedures over relatief kleine gevallen terug te dringen. 'Burgers die bezwaarschriften indienen, gebruiken de rechter in feite als instantie die een second opinion moet geven. Daar is de rechter natuur-

[14] Raad voor Vastgoedinformatie, De Wet WOG, naar één wet waardebepaling onroerend goed, Apeldoorn 1987, p. 14.

[15] Waarderingskamer, De WOZ gewaardeerd, Den Haag 1999.

[16] Kamerstukken II 1999/2000, 26 954, 1, p. 4-5.

[17] Kamerstukken II 2004/05, 29 612, 16.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 130 18-8-2023 14:13:16

lijk helemaal niet voor. Individueel wordt de burger daar beter van, maar het nadeel is een heleboel bestuurlijke drukte en hoge maatschappelijke kosten', aldus het Kamerlid Fierens.[18] Het artikel beperkte als zodanig echter de rechtsbescherming van belanghebbenden, in het bijzonder hun bezwaar- en beroepsmogelijkheden. Dit artikel was dan ook niet onomstreden. De heffingsambtenaar kon bij een gemaakte fout immers enerzijds erkennen dat de waarde in het economische verkeer lager is dan de vastgestelde waarde, maar anderzijds de waarde vervolgens wel handhaven met een enkele verwijzing naar art. 26a Wet WOZ. Uiteindelijk besliste de Hoge Raad[19] dat art. 26a Wet WOZ in strijd is het met eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM. Met ingang van 1 oktober 2015 is dit wetsartikel vervallen.[20]

4 Toekomst

Zowel de objectafbakening als de waardering is dus geen exacte wetenschap en bovendien is dit, althans in zekere zin, ook door de wetgever onderkend. Wat dat betreft betwijfel ik of er echt een probleem is. In elk geval is sprake van een verschil in perceptie. Ik vraag me dan ook af of we er goed aan doen oplossingen te zoeken[21] die dit probleem of de oorzaak van het probleem oplossen. Temeer nu de kans wellicht ook nog groot is dat zij doen wat ook in het verleden niet werd toegestaan, te weten het aanzienlijk aantasten van de rechtsbescherming van belanghebbenden. Breed gebruik leidt nu eenmaal tot meer vragen en dus bezwaren, echter met de middelen die gemeenten hebben en de kwaliteitsslagen die gemaakt zijn en nog te maken zijn, zal dit zich op termijn normaliseren. Daarvan ben ik overtuigd.

---

[18] Handelingen II 2004/05, 14, p. 781-791.

[19] HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943.

[20] Wet van 28 maart 2013, Stb. 2013, 129; inwerkingtreding bij Besluit van 15 september 2015, Stb. 2015, 336.

[21] Ministerie van Financiën, 'Plan van aanpak no-cure-no-pay problematiek BPM en WOZ', 23 maart 2023, 2023-70399.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 131 18-8-2023 14:13:16

Enkele internationale fiscale aspecten van vastgoed

Prof. dr. P. Kavelaars
Hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

1 Inleiding

Kenmerkend voor vastgoed is dat het sterk plaatsgebonden is; ik doel er daarmee op dat het verplaatsen van vastgoed, anders dan andere bronnen, naar de aard onmogelijk is. Daar waar arbeid, kapitaal en ondernemingen grensoverschrijdend verplaatst kunnen worden, is het inherent aan onroerend goed dat verplaatsing niet aan de orde is. Dat brengt mee dat de grensoverschrijdende (fiscale) aspecten van onroerende zaken ook beduidend beperkter zijn dan ten aanzien van andere vermogens- en inkomensbestanddelen. Niettemin zijn ze er wel, met name in de relatie tussen het onroerend goed en de bezitter(s) ervan, namelijk dat de bezitter zich wel kan verplaatsen. Onroerend goed en bezitter(s) kunnen zich ook in meer dan een land bevinden, zich vanuit een land 'splitsen' over meer landen, dan wel omgekeerd vanuit twee landen 'samenvoegen' in één land. Aan dergelijke grensoverschrijdende kwesties zijn wel internationale fiscale aspecten verbonden.

Daarnaast kunnen om vergelijkbare redenen EU-rechtelijke aspecten aan de orde zijn. Dit is met name het geval indien binnenlandse en grensoverschrijdende situaties ongelijk worden behandeld. In de rechtspraak van de EU zijn daarvan voorbeelden te vinden. Het is dus relevant daar aandacht aan te besteden. Daarnaast kan men ook hier denken aan mogelijke migraties van de eigenaren van het onroerend goed.

Aan deze internationale fiscale aspecten besteed ik aandacht in paragraaf 2 en aan de EU-rechtelijke aspecten in paragraaf 3. Ik sluit in paragraaf 4 af met een afronding.

2 Internationale fiscaliteit

2.1 Inleiding

Zoals ik in de inleiding aangaf, zijn de grensoverschrijdende fiscale aspecten rondom onroerend goed in die zin beperkt dat grensoverschrijdende verplaatsing niet aan de orde is. In beginsel is er wel een uitzondering, namelijk indien het onroerend goed niet direct wordt gehouden, maar indirect door bijvoorbeeld aandelen (participaties) te houden in een vennootschap of eventueel andersoortige entiteit. Dergelijke participaties zijn immers wel verplaatsbaar. Ik kom daarop nog terug.

De algemene uitgangspunten ten aanzien van de heffingsbevoegdheid van een land is in de regel gebaseerd op het woonplaatsbeginsel en het bronlandbeginsel.[1] Het woonplaatsbeginsel impliceert dat landen kunnen heffen over het wereldinkomen van hun inwoners, terwijl het bronlandbeginsel met zich brengt dat, ten aanzien van niet-inwoners alleen geheven kan

[1] Daarnaast wordt ook het nationaliteitsbeginsel beperkt toegepast; dat laat ik hier buiten beschouwing.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 133 18-8-2023 14:13:16

worden over de inkomsten die voortvloeien uit in dat land gelegen bronnen. Deze principes worden door Nederland toegepast en ook door vele andere landen. Het is evident dat aldus dubbele belasting kan ontstaan. Onroerend goed is typisch een vermogensbestanddeel waar het bronlandbeginsel altijd bij aansluit en aangezien het woonland heft over het wereldinkomen is derhalve bij grensoverschrijdende situaties betreffende onroerend goed altijd sprake van dubbele belastingplicht. In situaties dat geen sprake is van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting hanteren woonstaten veelal een eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting, op grond waarvan ten aanzien van onroerendgoedinkomen onder voorwaarden de woonstaat vrijstelling geeft van onroerendgoedinkomsten uit de bronstaat.[2] Deze niet-verdragssituaties laat ik onbesproken.

2.2 Verdragssystematiek

Indien een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gesloten, is dat in de regel gebaseerd op het OESO-Modelverdrag. Dat geldt ook voor Nederland. Met betrekking tot onroerend goed zijn art. 6 en 13 OESO-Modelverdrag relevant. Art. 6 OESO-Modelverdrag betreft de inkomsten uit onroerend goed, terwijl in art. 13, tweede lid, OESO-Modelverdrag de vervreemdingswinsten zijn geregeld. Beide bepalingen zijn eenvoudig van opzet: de woon- of vestigingsstaat van de bezitter dient vrijstelling (art. 23A OESO-Modelverdrag) toe te passen ten aanzien van de desbetreffende inkomsten; de bronstaat is derhalve heffingsbevoegd. In zoverre leveren deze bepalingen weinig complicaties op. Niettemin zijn er enkele aandachtspunten. De eerste betreft de vraag wat onder onroerend goed is te verstaan. Het OESO-Modelverdrag bevat op dit punt geen omschrijving, maar verwijst in art. 6, tweede lid, OESO-Modelverdrag naar de wetgeving van de staat waar het onroerend goed is gelegen. Wat betreft Nederland zou het logisch zijn aan te sluiten bij de Wet WOZ, maar deze bevat niet een expliciete definitie van onroerend goed. Bovendien valt de Wet WOZ niet onder de reikwijdte van het verdrag. Daarmee vallen we terug op het algemene recht, in casu het civiele recht, meer in het bijzonder art. 3:3 BW waar het begrip onroerend goed is gedefinieerd. Zakelijke rechten op onroerend goed worden in het algemeen ook als onroerend goed aangemerkt. In art. 6, tweede lid, OESO-Modelverdrag is dat ook zo bepaald; zo wordt bijvoorbeeld vruchtgebruik expliciet vermeld.

Een tweede punt betreft de zogenoemde bruto/netto kwestie. In het algemeen kan bij inkomsten sprake zijn van kosten ter verwerving van die kosten. In de winstsfeer is het buiten enige twijfel hoe met kosten moet worden omgegaan (het vloeit immers reeds voort uit het begrip winst), maar bij inkomsten is dat in het algemeen minder duidelijk. Met name bij inkomsten uit onroerend goed is dit een relevante kwestie, omdat onroerend goed veelvuldig in belangrijke mate is gefinancierd en rente in de regel naar nationaal recht op de opbrengsten in mindering worden gebracht. Enerzijds is dan de vraag of de (heffingsbevoegde) bronstaat mag heffen over de bruto-opbrengsten, dan wel de netto-opbrengsten. Anderzijds is het de vraag waarvoor voorkoming van dubbele belasting dient te worden gegeven. Het OESO-commentaar laat zich hier niet uitdrukkelijk over uit. In onder andere een arrest van 13 november 1991[3] is geoordeeld dat steeds het netto-inkomen beslissend is. Dit geldt zowel

---

[2] Zie voor Nederland bijvoorbeeld art. 10 BvdB 2001.

[3] HR 13 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8890.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 134 18-8-2023 14:13:16

voor de woonstaat als de bronstaat. Of en in welke mate de kosten daadwerkelijk aftrekbaar zijn, is uiteraard afhankelijk van de desbetreffende nationale wetgeving.
Tot slot is een derde punt van belang, namelijk hoe moet worden omgegaan met tot het vermogen van een vaste inrichting behorend vermogen: is daarop art. 6 dan wel art. 7 OESO-Modelverdrag van toepassing? Strikt genomen lijkt dit overigens niet zo'n relevant punt omdat beide artikelen de heffingsbevoegdheid toewijzen aan de bronstaat. Bovendien is er in het geval van een onroerend goed de facto ook sprake van een vaste inrichting. Niettemin kunnen er situaties zijn waar het onderscheid relevant is. Te denken valt aan een drielandensituatie waarbij het onroerend goed zich in een ander land bevindt dan waar de vaste inrichting is gelegen. Art. 6, vierde lid en art. 7, vierde lid, OESO-Modelverdrag scheppen duidelijkheid in de rangorde tussen art. 6 en 7 OESO-Modelverdrag: art. 6 OESO-Modelverdrag prevaleert.
Naast de hiervoor aan de orde zijnde inkomsten uit een onroerend goed, kan een onroerend goed tot vervreemdingsresultaat leiden. Daarop is art. 13, eerste lid, OESO-Modelverdrag van toepassing dat ten aanzien van de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet afwijkt van art. 6 OESO-Modelverdrag: de bronstaat is heffingsbevoegd en de woonstaat van de bezitter geeft een vrijstelling. Voor de toepassing is niet vereist dat het onroerend goed is vervreemd. Ook ongerealiseerde waardemutaties kunnen onder art. 13 OESO-Modelverdrag worden toegewezen en belast. Dit hangt af van de nationale wetgevingen. De meest landen die vermogensmutaties belasten, doen dat overigens op realisatiebasis. Naar de huidige stand van zaken geldt dat overigens niet voor de toekomstige vormgeving van box 3, die immers de vorm van een vermogensaanwasbelasting moet krijgen. De toepassing van art. 13, eerste lid, OESO-Modelverdrag levert in het algemeen geen problemen op. Er is echter wel een belangrijke aanvulling opgenomen in art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag welke bepaling een anti-ontgaanskarakter heeft. De heffingsbevoegdheid zou namelijk 'bijgestuurd' kunnen worden door het onroerend goed onder te brengen in een 'eigen' kapitaalvennootschap. Indien het onroerend goed beoogd wordt te worden verkocht, kan de verkoper opteren voor verkoop van het onroerend goed door de kapitaalvennootschap, maar ook voor de verkoop van de aandelen. De vervreemdingswinst op aandelen komt anders, dan dat van onroerend goed, toe aan de woonstaat (art. 13, vijfde lid, OESO-Modelverdrag). Afhankelijk van de fiscale regelgeving in de woon- en de bronstaat kan een dergelijke verkoop aantrekkelijker zijn. Teneinde dit effect te verminderen is in art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag een antimisbruikbepaling opgenomen die in bepaalde gevallen de vervreemding van aandelen in een onroerendgoedvennootschap gelijkstelt aan de rechtstreekse verkoop van het onroerend goed. In feite is dus sprake van een fiscale transparantie. De bepaling is wat betreft doelstelling vergelijkbaar met art. 4 Wet BRV.
Art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag, opgenomen sinds 2003, is betrekkelijk kort geformuleerd, zeker wanneer men de bepaling vergelijkt met het complexe art. 4 Wet BRV. Hiervoor sprak ik bij wijze van voorbeeld over een kapitaalvennootschap, maar art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag heeft een ruimere reikwijdte. Het kan ook gaan om belangen in personenvennootschappen en trusts; bovendien kan het blijkens de verdragstekst tevens gaan om indirecte belangen. Dat zijn begrijpelijke uitbreidingen omdat de bepaling anders vrij eenvoudig zou kunnen worden omzeild.
Het belangrijkste criterium is het minimale belang dat gehouden moet worden in de entiteit: de waarde van de participatie moet minimaal 50% bedragen van de waarde van het onroerend goed of de gezamenlijke waarde. Het 50%-criterium ziet op het onroerend goed in de verdragsstaat. Niet al het onroerend goed behoeft zich dus in de verdragsstaat te bevinden.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 135 18-8-2023 14:13:16

Bovendien kan het zijn dat in de vennootschap ook een materiële onderneming wordt gedreven, hoewel dit laatste in de regel niet het geval zal zijn.
Wat betreft het begrip waarde gaat het uiteraard om de waarde in het economische verkeer en niet om de (fiscale) boekwaarde. Een en ander is te bepalen direct voorafgaande aan de vervreemding van de aandelen. Met eventuele schulden wordt geen rekening gehouden hetgeen begrijpelijk is. Immers, de vervreemdingswinst op direct gehouden onroerend goed wordt ook berekend zonder inachtneming van de financiering. Die staat los van de vervreemdingswinst.
Een manipulatiemogelijkheid bestond wel door vlak voor de vervreemding het belang tijdelijk onder de 50% te brengen, hoewel dat op zich praktisch gesproken niet altijd even eenvoudig is. Om dit mogelijke onbedoelde gebruik te voorkomen is in het OESO-Modelverdrag 2017 een 'bezitsperiode' opgenomen die erop neerkomt dat de vervreemder op enig moment gedurende 365 dagen voorafgaande aan de vervreemding van de aandelen voldeed aan het 50%-criterium. Nederland heeft dat criterium niet zonder meer overgenomen, eenvoudigweg omdat op grond van Nederlands verdragsbeleid wij de onderhavige antimisbruikbepaling in principe niet in een verdrag opnemen, tenzij de andere verdragspartij dat wel wenst. Zie in dit verband het voorbehoud bij art. 13 OESO-Modelverdrag in paragraaf 51 en 2.9.2 NFV 2011. Uit paragraaf 2.9.2 NFV 2011 blijkt dat als een dergelijke bepaling toch wordt opgenomen, het percentage hoger zou moeten liggen dan 50. Daarnaast wenst Nederland de bepaling niet op te nemen ten aanzien van bepaalde soorten ondernemingen, met name in de pensioen- en beleggingssfeer. In het OESO-commentaar bij de bepaling wordt ook aangegeven dat er diverse varianten zijn om de bepaling vorm te geven. Daar blijkt ook uit dat landen nogal gevarieerd met de bepaling plegen om te gaan (zie paragraaf 28.3 t/m 28.12).
Het is opmerkelijk dat in de NFV 2011 niet wordt toegelicht waarom Nederland geen voorstander is van het opnemen van deze antimisbruikbepaling. Uit de NFV 2020 blijkt dat echter wel (paragraaf 4.8): Nederland hecht er groot belang aan dat indien sprake is van een deelnemingsverhouding de woonstaat steeds heffingsbevoegd is. Uit paragraaf 4.8 blijkt ook dat Nederland ernaar streeft dat als de bepaling in een verdrag wordt opgenomen, deze zich zoveel mogelijk richt op de bestrijding van misbruiksituaties en niet van toepassing dient te zijn op reguliere vervreemdingen.

2.3 Successiekwesties

Een ander relevant thema betreft de toepassing van de schenk- en erfbelasting. Het komt regelmatig voor dat particulieren buitenlands onroerend goed bezitten. Het betreft met name in het buitenland gelegen tweede woningen. Indien de eigenaar overlijdt, is het relevant welk land ter zake van de vererving van het onroerend goed erfbelasting mag heffen. Voordat aan de fiscale aspecten wordt toegekomen, is het noodzakelijk eerst vast te stellen hoe het toepasselijke huwelijksvermogensrecht en erfrecht luidt. Op basis van het huwelijksvermogensrecht moet eerst worden bepaald of men eigenaar is van het onroerend goed en indien dat het geval is, moet worden bepaald op welke wijze het onroerend goed vererft. De complicatie hierbij is dat moet worden vastgesteld of het gaat om het huwelijksvermogensrecht, respectievelijk het erfrecht in de woonstaat, dan wel de bronstaat. Bovendien kan wat betreft de woonstaat nog een rol spelen of de woonstaat van de erflater is of van de erfgenaam indien dat een andere staat is. Het toepasselijk recht wordt bepaald op basis van het internationaal privaatrecht. Daarop ga ik niet in.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 136 18-8-2023 14:13:17

Wat betreft de fiscale aspecten kan het fiscale recht in de woonstaat en het fiscale recht in de bronstaat een rol spelen. Wat betreft de woonstaat kan dat bovendien zowel de woonstaat van de erflater als de woonstaat van de erfgenaam betreffen indien beiden niet in dezelfde staat wonen. Ik beperk me hierna tot de Nederlandse regelgeving. De Successiewet 1956 sluit voor de heffing aan bij de binnenlandse erflater (art. 1, eerste lid, onder 1, SW 1956).[4] Anderen worden niet in de heffing van erfbelasting betrokken. Ter zake van de vererving is de erfgenaam derhalve erfbelasting verschuldigd, ongeacht waar het vermogen zich bevindt. Indien het onroerend goed is gelegen in een land dat het bronstaatbeginsel hanteert, doet zich mitsdien dubbele heffing voor. Dit kan zich in de 'omgekeerde situatie' niet voordoen, dat wil zeggen de niet-inwoner met Nederlands onroerend goed, omdat daarop de erfbelasting niet van toepassing is.[5]

Wat betreft de eventuele dubbele belasting kan deze voorkomen worden op grond van een verdrag, dan wel op grond van het Besluit voorkoming van dubbele belasting 2001 (hierna: BvdB 2001) indien geen verdrag van toepassing is. De OESO heeft net als ten aanzien van inkomen en vermogen (zie hiervoor) een modelverdrag ontwikkeld met betrekking tot schenk- en erfbelastingen.[6] Anders echter dan ten aanzien van inkomen en vermogen, heeft Nederland net als alle andere landen in de wereld maar in zeer beperkte mate dergelijke belastingverdragen gesloten.[7] Dat betekent dat in het merendeel van de gevallen het BvdB 2001 van toepassing is. Wat betreft het OESO-Modelverdrag-successie regelt art. 5 de positie van onroerend goed. Het zal niet verbazen dat de heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de bronstaat (art. 5, eerste lid, OESO-Modelverdrag-successie). In art. 5, tweede lid, OESO-Modelverdrag-successie is aangegeven wanneer sprake is van onroerend goed; deze bepaling komt overeen met art. 6, tweede lid, OESO-Modelverdrag-inkomen (zie paragraaf 2.2). Tot slot is in art. 5, derde lid, OESO-Modelverdrag-successie geregeld dat de bepaling eveneens van toepassing is indien het onroerend goed tot een onderneming behoort. Ook deze bepaling sluit aan bij art. 6 OESO-Modelverdrag-inkomen, namelijk bij het vierde lid. Wel is de bepaling enigszins ruimer geformuleerd. Ten aanzien van de successieheffing is het logisch dat rekening moet worden gehouden met schulden. Vooral bij onroerend goed kan dit een belangrijk punt zijn. In art. 8, eerste lid, OESO-Modelverdrag-successie is in dit verband bepaald dat de met het onroerend goed samenhangende schuld in mindering komt. In het OESO-Modelverdrag-successie is overigens geen waardemaatstaf opgenomen. Die wordt bepaald door het nationale recht. Tot slot is de voorkomingsmethode opgenomen in art. 9A/B OESO-Modelverdrag-successie (vrijstellings-, respectievelijk verrekeningsmethode). Er wordt niet aangegeven welke methode dient te worden toegepast. Dit wordt kennelijk aan de verdragspartners overgelaten. Bij onroerend goed ligt de vrijstellingsmethode overigens het meest in de rede.

---

4 Alleen indien de erflater buiten Nederland woont, de Nederlandse nationaliteit bezit en binnen tien jaren na emigratie uit Nederland overlijdt, valt betrokkene krachtens art. 3, eerste lid, SW 1956 eveneens onder de heffing omdat hij alsdan geacht wordt fictief in Nederland te wonen ten tijde van het overlijden.

5 Vroeger was dit wel mogelijk, namelijk op grond van het zogenoemde recht van overgang. Dit recht is echter in 2010 vervallen.

6 OECD Model Double Taxation convention on Estates and Inheritances and on Gifts (1982).

7 Het is momenteel ook beleid dergelijke verdragen niet te sluiten.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 137 18-8-2023 14:13:17

Zoals gezegd heeft Nederland evenals andere landen maar zeer beperkt successieverdragen gesloten; het gaat om zeven verdragen. Dat betekent dat in de meeste gevallen het BvdB 2001 van toepassing is. De voorkoming van internationaal dubbele schenk- en erfbelasting is geregeld in hoofdstuk V BvdB 2001 (art. 47 t/m 51). Art. 47 BvdB 2001 regelt de voorkoming ten behoeve van feitelijk in Nederland gewoond hebbende erflater en art. 48 BvdB 2001 betreft de fictief in Nederland wonende erflaters (zie eerder art. 3, eerste lid, BvdB 2001). Art. 47, eerste lid, BvdB 2001 bepaalt onder andere dat indien tot de nalatenschap onroerend goed behoort ter zake waarvan in het bronland erfbelasting is geheven, de buitenlandse belasting wordt verrekend met de in Nederland ter zake van het onroerend goed verschuldigde erfbelasting. Er wordt dus de verrekeningsmethode gehanteerd. In art. 47, vijfde lid, BvdB 2001 is het begrip onroerende zaken overigens uitgebreid met de economische eigendom van onroerend goed en aandelen in onroerendgoedlichamen. Deze bepaling sluit wat betreft essentie aan bij het eerder besproken art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag. Interessant is dat anders dan in art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag in dit geval voor het begrip onroerendgoedlichaam wordt aangesloten bij art. 4 Wet BRV. Op de waarde van het onroerend goed komt vanzelfsprekend een eventuele daaraan gerelateerde schuld in aftrek, aldus art. 47, derde lid, onderdeel a, BvdB 2001. Wat betreft de te verrekenen belasting is vereist dat het om een soortgelijke erfbelasting moet gaan; in beginsel wordt deze toets toegepast op het niveau van het object en niet op dat van het subject.[8]

In art. 48 BvdB 2001 is een gelijksoortige regeling getroffen met betrekking tot degenen die krachtens art. 3, eerste lid, Wet BRV geacht worden in Nederland te wonen. Evenals bij art. 47 BvdB 2001 gaat het ook bij deze bepaling alleen om in het buitenland gelegen onroerend goed.

3 EU-rechtelijke aspecten

Zodra sprake is van grensoverschrijdende aangelegenheden is binnen de EU het daar geldend recht een punt van aandacht. Immers, heffingen mogen niet strijdig zijn met dat EU-recht. Op fiscaal terrein is er evenwel betrekkelijk weinig regelgeving en dat geldt zeker ten aanzien van onroerend goed waar geheel geen specifieke fiscale regels voor gelden. Niettemin zijn de algemeen geldende vrije verkeersbepalingen van het EU-recht uiteraard wel van belang, omdat daaraan altijd moet worden voldaan. De vrije verkeersbepalingen zijn opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en betreffen het vrij verkeer van goederen (art. 28 VWEU), personen (werknemers (art. 45 VWEU) en vestiging (art. 49 VWEU)), diensten (art. 56 VWEU) en kapitaal (art. 63 VWEU). Voor zover het om onroerend goed gerelateerde transacties gaat, spelen in de regel met name het personenverkeer en het kapitaalverkeer een rol, alsmede eventueel het algemene vrij verkeer van burgers vrij te reizen en te verblijven (art. 21 VWEU). De vrije verkeersbepalingen zien er enerzijds op dat binnen de EU geen directe of indirecte discriminatie plaatsvindt en anderzijds dat belemmeringen niet zijn toegestaan. Voor beide geldt dat discriminaties (in zeer beperkte mate) en belemmeringen (in iets ruimere mate) eventueel toch zijn toegestaan op basis van noodzakelijke en proportionele rechtvaardigingsgronden. Deze systematiek is te ontlenen aan de omvangrijke rechtspraak van het Hof van Justitie. Deze jurisprudentie is ook aan de

[8] Zie hierover het Besluit van 15 oktober 2014, 2013/1870, Stcrt. 2014, 29938.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 138 18-8-2023 14:13:17

orde geweest ten aanzien van heffingen ter zake van onroerend goed. Hierna geef ik daarvan een kort overzicht.[9]

Een tweetal sterk vergelijkbare arresten betreft de heffing over de meerwaarde van onroerend goed, in casu eigen woningen. De ene zaak betreft de regelgeving in Portugal[10] en de andere die in Zweden[11]; het gaat dus in beide gevallen om infractieprocedures die de Europese Commissie heeft aangespannen tegen de landen. In de toenmalige regelgeving van beide lidstaten was, kort gezegd, bepaald dat bij vervreemding van een eigen woning de meerwaarde als hoofdregel was belast, maar dat deze onder voorwaarden onbelast bleef indien een vervangende eigen woning werd aangeschaft. Deze vrijstelling van de fiscale claim gold echter alleen indien de vervangende woning in het desbetreffende land was gelegen. Emigreerden betrokkenen bijvoorbeeld en betrokken ze in het immigratieland een eigen woning, dan diende in het emigratieland over de meerwaarde van de verkochte eigen woning fiscaal wel te worden afgerekend over de meerwaarde. De achtergrond hiervan is niet verwonderlijk: de fiscale claim gaat in beginsel verloren indien het onroerend goed niet langer in het emigratieland is gelegen. Het Hof van Justitie oordeelde dat sprake was van strijdigheid met het vrij verkeer van personen en van vestiging en dat geen rechtvaardigingsgrond van toepassing was. In de Zweedse zaak gaat het in de kern om eenzelfde problematiek maar hier betrof het geen vrijstelling van heffing, maar uitstel van heffing ofwel in feite een doorschuiving van de fiscale claim. Deze werd geweigerd indien de vervangende woning buiten Zweden was gelegen. Ook hier oordeelde het Hof van Justitie dat sprake was van onder andere het vrij verkeer van personen en van vestiging en dat geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond.

Een tweede kwestie betrof de gevallen waarbij de regelgeving in een lidstaat ten aanzien van de fiscale behandeling van vervreemdingswinsten op onroerend goed een onderscheid maakt tussen inwoners en niet-inwoners. Ook hier betrof het de Portugese wetgeving waarbij waardestijgingen op het onroerend goed alleen deels onbelast bleven bij vervreemdingen door inwoners, terwijl dus vervreemdingswinsten op dergelijk Portugees onroerend goed behaald door niet-inwoners volledig werden belast. Het Hof van Justitie oordeelde ook in dit geval dat een dergelijk onderscheid een belemmering vormt en in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal; een rechtvaardigingsgrond is niet aanvaard.[12] Portugal blijkt de wetgeving nadien enigszins te hebben aangepast in die zin dat een niet-inwoner kon opteren voor Portugese binnenlandse belastingplicht waardoor de fiscale faciliteit ook op de niet-inwoner van toepassing was. Het Hof van Justitie heeft echter ook deze bepaling in strijd geacht met het vrij verkeer van kapitaal.[13]

---

9 Een zaak laat ik onbesproken en dat is HvJ 11 december 2003, C-364/01 (Barbier), ECLI:EU:C:2003:665. Deze zaak betreft het voormalige Nederlandse recht van overgang waarbij kort gezegd met een waardedrukkende factor geen rekening werd gehouden bij een onroerend goed waarbij de economische en de juridische eigendom waren gesplitst, terwijl dat in vergelijkbare binnenlandse situaties wel het geval was. Dit onderscheid werd strijdig geacht met het EU-recht.

10 HvJ 26 oktober 2006, C-345/05 (Commissie/Portugal), ECLI:EU:C:2006:685.

11 HvJ 18 januari 2007, C-104/06 (Commissie/Zweden), ECLI:EU:C:2007:40.

12 HvJ 11 oktober 2007, C-443/06 (Hollmann), ECLI:EU:C:2007:600.

13 HvJ 18 maart 2021, C-388/19 (MK), ECLI:EU:C:2021:212.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 139 18-8-2023 14:13:17

Een tweede categorie jurisprudentie betreft die inzake de exitheffingbepalingen. Deze jurisprudentie is niet specifiek relevant voor onroerend goed, maar raakt meer algemeen emigraties indien de emigrant aandelen houdt in een vennootschap. Deze vennootschap kan onroerend goed bezitten (al dan niet een onroerendgoedvennootschap). In een dergelijk geval kan het zijn dat de vertrekstaat de emigrant in de heffing betrekt ten aanzien van de meerwaarde in de aandelen in de vennootschap. Die waarde wordt mede bepaald door daarin opgenomen onroerend goed. Hoewel het daar niet primair om gaat, is met name ook te denken aan de in pararagraaf 2.2 besproken onroerendgoedlichamen.

Landen die op de een of andere manier vervreemdingswinsten in de heffing betrekken, hanteren in de regel bij emigratie een afrekenmoment omdat anders het risico bestaat dat na emigratie geheel niet meer over de meerwaarde van de aandelen en dus impliciet van het onroerend goed kan worden geheven. De heffingsbevoegdheid ten aanzien van vervreemdingswinst op aandelen komt immers in het algemeen toe aan de woonstaat van de vervreemder (art. 13, vijfde lid, OESO-Modelverdrag).[14] Nederland kent weliswaar geen algemene vermogenswinstbelasting, maar kent wel de aanmerkelijkbelangregeling (hoofdstuk 4 Wet IB 2001) die hetzelfde effect heeft. Indien dus een aanmerkelijkbelanghouder met een belang in een onroerendgoedvennootschap emigreert, leidt dit volgens de hoofdregel (art. 4.16, eerste lid, onderdeel h, Wet IB 2001) tot heffing over de op dat moment aangegroeide meerwaarde en ontstaat overigens vanaf dat moment buitenlandse belastingplicht ten aanzien van de aandelen.[15] Nederland blijft daarover naar nationaal recht heffingsbevoegd, maar zal die heffing onder belastingverdragen niet kunnen effectueren; dit is alleen weer anders indien een verdrag voorziet in de meergenoemde onroerendgoedvennootschapsbepaling (art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag), omdat dan de heffingsbevoegdheid wel toekomt aan de bronstaat.

Het mogelijke EU-rechtelijke probleem betreft de emigratieheffing. Zoals hiervoor is aangegeven past Nederland een dergelijke heffing toe bij aanmerkelijkbelangaandelen in een kapitaalvennootschap (of coöperatie), terwijl bij verhuizingen binnen Nederland (uiteraard) geen heffing plaatsvindt. Dit onderscheid vormt in beginsel een belemmering van het vrije (personen)verkeer. Daar onroerend goed uiteraard onverplaatsbaar is, kan zich op dat punt geen EU-rechtelijke complicatie voordoen, hoewel dat wel nog anders zou kunnen liggen als het om zakelijke rechten ter zake van onroerend goed gaat. Dat laatste blijft onbesproken.

Wat betreft de emigratiegevallen is er enerzijds regelgeving tot stand gebracht die het probleem van de belemmering beoogt weg te nemen en is er anderzijds ook rechtspraak van het Hof van Justitie die aangeeft of, en zo ja, onder welke voorwaarden dergelijke exitheffingen zijn toegestaan. De kernarresten op dit vlak zijn de Franse zaak De Lasteyrie du Saillant[16] en de Nederlandse zaak N.[17] Beide zien op aandelenpakketten die een substantieel (aanmerkelijk) belang vormen en waarbij in verband daarmee een heffing plaatsvindt. Kort gezegd oordeelt het Hof van Justitie dat dergelijke heffingen als zodanig niet in strijd zijn met het

[14] Dit is anders als het bepaalde in art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag van toepassing is (regeling inzake onroerendgoedlichamen; zie paragraaf 2.2).

[15] Er wordt dan een nieuwe verkrijgingsprijs vastgesteld die gelijk is aan de vervreemdingsprijs die in aanmerking wordt genomen bij het einde van de binnenlandse belastingplicht.

[16] HvJ 11 maart 2004, C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), ECLI:EU:C:2004:138.

[17] HvJ 7 september 2006, C-470/04 (N), ECLI:EU:C:2006:525.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 140 18-8-2023 14:13:17

EU-recht, mede in verband met het voorkomen van claimverlies en het respecteren van de internationale fiscale regels ter verdeling van de heffingsbevoegdheid. Evenwel wordt daaraan de voorwaarde verbonden dat onvoorwaardelijke uitstel van betaling van de fiscale claim moet plaatsvinden. Er mogen derhalve geen voorwaarden aan het uitstel kleven (bijvoorbeeld zekerheidstelling) en er mag ook geen rente in rekening worden gebracht in verband met het uitstel. Tot slot moet in het geval van een waardedaling na emigratie met die waardedaling rekening worden gehouden. EU-rechtelijk is daarmee een heldere regel tot stand gebracht.
Zoals ik hiervoor aangaf heeft de Nederlandse wetgever een en ander verankerd door, kort gezegd, te regelen dat bij emigratie een conserverende aanslag wordt opgelegd waarvoor onvoorwaardelijk uitstel van betaling wordt verleend (art. 2.8 Wet IB 2001 jo. art. 25, achtste lid, IW 1990). Deze regeling is momenteel in overeenstemming met de hiervoor vermelde jurisprudentie. We kunnen er derhalve van uitgaan dat zich EU-rechtelijk in emigratiezaken geen complicaties voordoen. Niettemin wijs ik nog op het volgende. Indien de aandeelhouder in het buitenland woont en de zetel van de vennootschap vanuit Nederland naar een ander land wordt overgebracht, leidt dat eveneens tot een conserverende aanslag (art. 7.5, zevende lid, Wet IB 2001). Indien zich in de vennootschap in Nederland gelegen onroerend goed bevindt, zou daar niet zonder meer reden voor hoeven te bestaan. In elk geval kan Nederland steeds vennootschapsbelasting blijven heffen en indien de aandeelhouder in een verdragsland woont met een bepaling als het meer genoemde art. 13, vierde lid, OESO-Modelverdrag behoudt Nederland zijn heffingsbevoegdheid.
Ter afronding van deze EU-rechtelijke paragraaf wijs ik nog op een andere EU-rechtelijke problematiek die met name bij schenk- en erfbelastingen aan de orde is en ook aan de orde is geweest in het kader van de vrijeverkeersbepalingen. Bij vererving blijken lidstaten nogal eens een verschillende waardering toe te passen naar gelang het gaat om binnenlandse situaties (relatief lage waarde) en grensoverschrijdende situaties (relatief hoge waarde). Het wekt geen verbazing dat een dergelijk onderscheid in principe in strijd is met de vrije verkeersbepalingen. Zie bijvoorbeeld de zaak Jäger[18] waarbij buitenlands onroerend goed hoger werd gewaardeerd dan binnenlands onroerend goed, hetgeen het Hof van Justitie in strijd achtte met het vrij verkeer van kapitaal.

4 Afronding

De afronding houd ik kort. Het is duidelijk dat aan internationaal aangehouden onroerend goed enkele complicaties kleven, maar tegelijkertijd ook dat de complicaties beperkt zijn. Dat geldt zowel in de sfeer van het internationaal belastingrecht, als van het Europese belastingrecht. Vermoedelijk zullen de meeste complicaties zich voordoen in de particuliere sfeer bij vererving, maar uiteindelijk lijken ook die redelijk beperkt. De oorzaak van deze beperkte omvang van fiscale vraagstukken is in essentie dat breed wordt aanvaard dat ten aanzien van onroerend goed de heffingsbevoegdheid altijd toekomt aan het bronland.

[18] HvJ 17 januari 2008, C-256/06 (Jäger), ECLI:EU:C:2008:20.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 141 18-8-2023 14:13:17

Fiscale stimulering van duurzame investeringen in vastgoed, hoe kan het beter?

Mr. S. Kortekaas
Tax director bij KPMG Meijburg & Co

1 Inleiding

Gasloos, minimaal energielabel C, klimaatneutraal. Drie kwalificaties die ook voor de (zakelijke) vastgoedmarkt tegenwoordig aan de orde van de dag zijn. Omdat de overheid het eist, omdat de huurder erom vraagt of omdat dit past bij het gedachtegoed van de bouwer en/of exploitant. Tot zover nog geen fiscaliteit. Maar ook de fiscale wetgever helpt mee bij de verduurzaming van vastgoed. De energie-investeringsaftrek (EIA; art. 3.42 Wet IB 2001) en de milieu-investeringsaftrek (MIA; art. 3.43 Wet IB 2001) kunnen bij vele vastgoedprojecten worden toegepast. Voor de vrije afschrijving milieu-investeringen (Vamil; art. 3.34 Wet IB 2001) geldt dit momenteel niet. Wellicht heeft de wetgever hier goed over nagedacht, aangezien de afschrijvingsbeperking voor gebouwen tot 100% van de WOZ-waarde niet van toepassing is op milieubedrijfsmiddelen waarop willekeurig wordt afgeschreven (art. 3.31, eerste lid, Wet IB 2001). Of heeft de wetgever hier een welkom instrument in handen om de verduurzaming van Nederlands vastgoed een echte impuls te geven? In deze bijdrage bespreek ik drie aanbevelingen rondom het toepassingsbereik van de EIA, de MIA en de Vamil, zodat deze faciliteiten in de vastgoedwereld effectiever kunnen worden benut en ook minder risico's en onzekerheden met zich brengen. Hierbij ontkom ik er niet aan om de basis en enkele nuttige wetenswaardigheden mee te geven, zodat dit artikel ook te volgen is voor diegenen die zich niet regelmatig met vastgoed en de EIA, MIA en Vamil bezighouden. Verwacht echter geen complete en gedetailleerde uitleg van alle aspecten; dat schiet het doel van deze bijdrage voorbij en daarvoor verwijs ik graag naar een van de fiscale naslagwerken die ons land rijk is. Ten slotte bespreek ik het defiscaliseren van de investeringsfaciliteiten. Ik sluit af met een oproep aan de wetgever.

2 De basis van EIA en MIA: extra aftrek in de aangifte

2.1 Een 'cash tax'-voordeel tussen 7% en 11,7% in de vennootschapsbelasting

Een belastingplichtige die investeert in energiebesparende of milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen die op de Energielijst of Milieulijst van het desbetreffende jaar staan, kan onder bepaalde voorwaarden in aanmerking komen voor de EIA of MIA. Die leiden tot een extra aftrek bovenop de reguliere afschrijving. Voor de EIA is dit in 2023 45,5% van de kwalificerende investering. Voor de MIA is dit in 2023, afhankelijk van het type investering, 27%, 36% of 45%. Dit betekent bij een vennootschapsbelastingtarief van 25,8% en een positief belastbaar bedrag een cashvoordeel van tussen 7% en 11,7% van de kwalificerende investering.[1] De Vamil

[1] In de inkomstenbelasting is de heffing in de verschillende schijven momenteel 9,28%, 36,93% of 49,50%, waardoor het cash tax-voordeel 4,2%, 16,8% of zelfs 22,5% is.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 143 18-8-2023 14:13:17

is een faciliteit op basis waarvan 75% van de kwalificerende investering willekeurig ('vrij') kan worden afgeschreven. Een belastingplichtige kan voor dit gedeelte dus zelf bepalen hoe snel of langzaam fiscaal wordt afgeschreven. Er komen echter momenteel geen (onderdelen van) gebouwen op de Milieulijst voor waarop de Vamil van toepassing is.[2]

2.2 Aanmelding binnen drie maanden

Bij zowel de EIA als de MIA/Vamil dient de investering binnen drie maanden na het aangaan van de verplichtingen of binnen drie maanden na het einde van het kalenderkwartaal waarin de voortbrengingskosten worden gemaakt, digitaal te worden aangemeld bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Deze melding hangt samen met het feit dat de EIA, MIA en Vamil budgetgebonden faciliteiten zijn. Door de verplichte melding kan het beschikbare budget worden gemonitord. Als dit budget in een jaar is overschreden, betekent dit dat in een toekomstig jaar het percentage van de aftrek afneemt.[3] De RVO beoordeelt steekproefsgewijs of de gemelde milieu-investeringen voldoen aan de voorwaarden en technische vereisten voor de MIA en/of de Vamil. Deze beoordeling wordt vastgelegd in een advies aan de belastinginspecteur. Voor de EIA geldt dat een positieve EIA-verklaring van de RVO nodig is om deze op te kunnen nemen in de aangifte. Een belastingplichtige kan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven beroep instellen tegen (het afwijzen van) de EIA-verklaring.
Voor de MIA en de Vamil geldt een maximumbedrag aan kwalificerende investeringen per belastingplichtige, per bedrijfsmiddel en per jaar. Voor investeringen in hoofdstuk 6 van de Milieulijst (gebouwde omgeving) bedraagt dit maximum in 2023 € 25 miljoen per belastingplichtige per bedrijfsmiddel en per jaar. Voor de EIA bedraagt het maximum aan kwalificerende investeringen € 136 miljoen per belastingplichtige per jaar en per bedrijfsmiddel. Omdat deze grens per belastingplichtige geldt, is het raadzaam om na te gaan wat de eventuele gevolgen zijn van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting. Dit kan de mogelijkheden van het succesvol claimen van investeringsfaciliteiten substantieel beperken. Overigens kan altijd voor een ontvoeging voorafgaand aan de investeringsverplichting worden gekozen, mocht dat in een bepaald jaar een gunstig effect hebben.

2.3 Betalingscriteria

Als een bedrijfsmiddel nog niet in gebruik is genomen en de investeringsaftrek zou uitgaan boven wat is betaald, wordt als aftrek alleen een bedrag gelijk aan de betaling in aanmerking genomen. Het surplus schuift door naar volgende kalenderjaren voor zover betalingen plaatsvinden, maar niet later dan naar het kalenderjaar waarin het bedrijfsmiddel in gebruik wordt genomen (art. 3.44 Wet IB 2001). Zeker grote bouwprojecten duren geregeld meer jaren, waardoor deze bepaling met name in die gevallen van belang is. De aanmelding geschiedt

---

[2] Ook de tijdelijke willekeurige afschrijving 2023 is expliciet niet van toepassing verklaard op gebouwen, zie art. 13, tweede lid, onderdeel a, Aanw.reg. willekeurige afschrijving en investeringsaftrek milieu-investeringen 2009.

[3] In de Voorjaarsnota van 28 april 2023 is aangekondigd dat voor 2024 het tarief van de EIA omlaag gaat, omdat het budget in 2022 met € 60 miljoen is overschreden; zie p. 47 van de Voorjaarsnota 2023 (overheid.nl).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 144 18-8-2023 14:13:17

volledig in het jaar dat de verplichtingen zijn aangegaan, alleen het feitelijke effectueren van de aftrek in de aangifte schuift gedeeltelijk op naar een volgend jaar.
In de desinvesteringsbijtelling zit eveneens een betalingscriterium verstopt (art. 3.47, zesde lid, Wet IB 2001). Als niet binnen twaalf maanden na het aangaan van de verplichting ten minste 25% van het investeringsbedrag ter zake van die verplichting is betaald, wordt de investering geacht gedesinvesteerd te zijn. In de praktijk kwalificeert slechts een gedeelte van de totale investering voor de EIA en/of MIA. De vraag komt dan op hoe de betaling toe te rekenen is aan het EIA/MIA-gedeelte. Als hierover niets in de contracten is geregeld, is een pro-rata-allocatie het meest gangbaar. Op een totale investering van € 100 miljoen waarvan € 10 miljoen voor de MIA kwalificeert, wordt in dat geval 10% van de betaling geacht te zien op het MIA-gedeelte. Bij een eerste termijn van € 20 miljoen is dat dan dus € 2 miljoen. Het betalingscriterium in de desinvesteringsbijtelling zorgt ervoor dat in de eerste twaalf maanden in dit voorbeeld dus nog € 5 miljoen extra moet worden betaald. Als de eerste termijn expliciet op de grond ziet en de Belastingdienst bezwaren aanvoert ten aanzien van de pro-rata-allocatie, kan dit betalingscriterium discussie opleveren. In dat geval kan een vrijwillige betaling — vooruitlopend op toekomstige termijnen — uitkomst bieden. De wettekst spreekt immers van 'betaald zijn', dus dat kan mijns inziens ook 'vooruitbetaald' betekenen.
Normaal gesproken is afschrijving pas mogelijk zodra het bedrijfsmiddel nut afwerpt voor de onderneming, dus vanaf de ingebruikname. Voor de Vamil geldt als extra voordeel dat willekeurige afschrijving al mogelijk is zodra de verplichtingen zijn aangegaan. Het bedrag van de willekeurige afschrijving kan echter niet groter zijn dan het bedrag dat is betaald (art. 3.35 Wet IB 2001).

3 Enkele nuttige wetenswaardigheden van belang bij vastgoed

3.1 Alleen investeringen in nieuwe bedrijfsmiddelen

De EIA, MIA en Vamil kunnen alleen toepassing vinden op nieuwe investeringen in bedrijfsmiddelen. Dit betekent dat het bedrijfsmiddel nog niet in gebruik mag zijn genomen. Dit houdt ook in dat sprake moet zijn van een bedrijfsmiddel en niet van voorraad. Als een ontwikkelaar dus al weet dat hij het pand niet zelf gaat exploiteren maar de exploitant nog niet gevonden is, kan hij geen investeringsaftrek aanvragen ter zake van een investering die technisch wel degelijk kwalificeert. De toekomstige exploitant moet in dat geval zorgen dat het pand voor een eventuele ingebruikname wordt verkregen, zodat de exploitant investeert in een nog niet in gebruik genomen nieuw kwalificerend bedrijfsmiddel. Als er in de tussentijd een jaargrens is gepasseerd, kunnen de Milieulijst en Energielijst echter weer zijn veranderd, waardoor de EIA/MIA toch niet kan worden benut. Dit soort vraagstukken vereisen daarom een gedegen plan en begeleiding, en als er jaargrenzen in het spel zijn wellicht ook een dosis geluk (in de hoop dat de lijst niet wordt gewijzigd).

3.2 De desinvesteringsbijtelling als zwaard van Damocles

Bij vervreemding van het bedrijfsmiddel waarop de EIA/MIA is toegepast binnen vijf jaren na het begin van het kalenderjaar waarin de investering heeft plaatsgevonden, vindt een desinvesteringsbijtelling plaats (art. 3.47, tweede lid, Wet IB 2001). Deze bedraagt het percentage van de destijds genoten investeringsaftrek toegepast op de overdrachtsprijs, met de oorspronkelijk genoten aftrek als maximumbijtelling (art. 3.47, eerste lid, Wet IB 2001). Hier

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 145 18-8-2023 14:13:17

is het met vastgoed opletten geblazen. Overdracht van vastgoed is aan de orde van de dag en het aspect van de EIA/MIA dient dus meegenomen te worden bij de keuze tussen overdracht van de stenen of de stenen inclusief de huls (de vennootschap). Bij de overdracht van de vennootschap wordt de belastingplichtige vervreemd. Het kwalificerende bedrijfsmiddel blijft bij de belastingplichtige en daarom vindt in dat geval geen desinvesteringsbijtelling plaatst. In dit kader is van belang dat het conceptwetsvoorstel om de samenloopvrijstelling in de overdrachtsbelasting af te schaffen voor aandelentransacties[4] vanuit EIA- en MIA/Vamil -optiek een grote impact kan hebben. Met het conceptwetsvoorstel beoogt het kabinet de ongelijkheid in het speelveld te verminderen tussen marktpartijen die ter besparing van btw en overdrachtsbelasting de verkoop van onroerende zaken vormgeven door een aandelentransactie en marktpartijen die onroerende zaken direct overdragen. Ook partijen die de stenen overdragen om bijvoorbeeld de EIA en MIA/Vamil veilig te stellen worden door dit conceptwetsvoorstel getroffen: als overdrachtsbelasting wordt geheven bij een aandelentransactie overwegen kopers die de btw volledig in aftrek kunnen brengen eerder de overdracht van de stenen. Als dit dan echter weer een desinvesteringsbijtelling tot gevolg heeft, komt het neer op een rekensom welke situatie tot de minste belastingdruk leidt.
Voor de volledigheid: de verbreking van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting leidt niet tot een desinvesteringsbijtelling. Op basis van de indeplaatstreding van art. 15aj, vijfde lid, Wet VpB 1969 gaat de latente desinvesteringsbijtelling over op de vennootschap waarin de onroerende zaak zit ten aanzien waarvan de EIA en/of MIA in aanmerking is genomen. Pas als de ontvoegde vennootschap de desbetreffende onroerende zaak binnen de desinvesteringstermijn vervreemdt, is sprake van een desinvestering.

3.3 Groepsproblematiek en samenwerkingsverbanden

Van investeringen die zijn gedaan door een tot een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting behorende dochtermaatschappij moet de aanmelding in principe door de moedermaatschappij plaatsvinden.[5] Dit gaat regelmatig mis. Gelukkig heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat bij aanmelding door een investerende dochter van een fiscale eenheid de aanmelding geacht wordt te zijn gedaan door de moedermaatschappij. Bij bouwcombinaties door middel van een transparante entiteit dient iedere belastingplichtige participant zelfstandig de aanmelding bij de RVO te verzorgen. Bij een gezamenlijke investering geldt het maximum van € 136 miljoen aan kwalificerende investeringen voor de EIA echter wel voor het gehele samenwerkingsverband (art. 3.41, vierde lid, Wet IB 2001). Enige verlichting biedt het standpunt op de site van de Belastingdienst.[6] Voor de EIA geldt dat als de Inspecteur van mening is dat voor de investering een tijdige melding is gedaan maar per abuis door de verkeerde ondernemer, hij de voor die melding afgegeven verklaring mag beschouwen als een verklaring ten behoeve van de investerende ondernemer. Omdat er voor de MIA geen

[4] Ik verwijs naar de op 27 maart 2023 gesloten internetconsulatie hierover: Consultatie Wetsvoorstel vastgoedaandelentransacties (internetconsultatie.nl).

[5] Zie ook paragraaf 7.3 van het Besluit van 17 maart 2014, 2014/106M, Stcrt. 2014, 85501, laatstelijk gewijzigd bij het Besluit van 8 december 2016, 2016/101667, Stcrt. 2016, 69109.

[6] https://kennisgroepen.belastingdienst.nl/publicaties/kg21220224-per-abuis-gemeld-door-verkeerde-ondernemer-energie-investeringsaftrek-artikel-3-42-wet-ib-2001/.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 146 18-8-2023 14:13:17

verklaring benodigd is, heeft de Inspecteur bij de MIA zelf de ruimte om een eventuele vergissing te herstellen. Dit standpunt is een welkom hulpmiddel mocht de aanmelding niet op de juiste manier zijn gedaan.

3.4 Onderdelen van bedrijfsmiddelen

Ook de huurder van vastgoed wil wellicht een steentje bijdragen aan de verduurzaming. Waar voor de MIA voornamelijk het hele gebouw als kwalificerende investering geldt, zijn vele bedrijfsmiddelen op de Energielijst onderdelen van bedrijfsmiddelen.[7] De vraag komt dan op of die investeringen, die door natrekking mogelijk geen separaat bedrijfsmiddel zijn, dan nog wel voor de EIA in aanmerking kunnen komen. Gelukkig biedt het leerstuk van het economisch goed, zijnde een investering in een vermogensrecht zoals een huurrecht, hierbij een oplossing. Door de investering in het vermogensrecht ontstaat een separaat te activeren bedrijfsmiddel, waarop ook toepassing van de EIA, MIA en Vamil mogelijk is.[8]
Zeker in de zakelijke vastgoedmarkt bestaat een breed pakket aan afspraken wie welke investering doet en op welke wijze deze wordt bekostigd c.q. vergoed c.q. terugverdiend. Als de huurder investeert in verduurzaming, zal hij een korting willen op de huurprijs. Als de verhuurder deze investering doet, komt de vraag op aan wie een mogelijk EIA-voordeel ten goede mag komen. Wordt dit voordeel (gedeeltelijk) doorberekend aan de huurder of niet? Dit soort vraagstukken vragen om een gedegen bewoording in de diverse contracten.
Voorgaande wetenswaardigheden laten zien dat kennis en ervaring met de investeringsfaciliteiten cruciaal kan zijn in structuren met vastgoed. Maar ook met deze kennis en ervaring kan men tegen zaken aanlopen die niet zijn op te lossen zonder een wijziging van de regels. Daarom vervolg ik deze bijdrage met drie aanbevelingen van belang voor de verduurzaming van de vastgoedsector.

4 Eerste aanbeveling: pas verliesverrekeningsregels aan bij terugname van EIA/MIA

Per 1 januari 2022 zijn de verliesverrekeningsregels in de vennootschapsbelasting aangepast. Winsten boven € 1 miljoen zijn slechts voor 50% te verrekenen met verliezen uit eerdere jaren. Vastgoed dat wordt gebouwd als circulair gebouw of volgens bepaalde standaarden van BREEAM-NL, GPR-gebouw, LEED of DGNB International, kan in aanmerking komen voor de MIA. Het is van te voren echter lang niet altijd zeker of de eisen die in het definitieve ontwerp zijn opgenomen ook terugkomen in het uiteindelijke oplevercertificaat. Ook kan het bij grote meerjarige projecten gebeuren dat het oplevercertificaat te laat beschikbaar komt. Volgens de huidige regels betekent dit dat in het jaar/de jaren waarin de verplichtingen worden aangegaan de MIA wordt geclaimd (het ontwerpcertificaat voldoet immers aan de eisen voor de MIA), maar dat in een later jaar de gehele MIA teruggenomen dient te worden. Deze bijtelling is dan slechts voor 50% te verrekenen met een eventueel verlies ontstaan door de MIA in eerdere jaren. Eenzelfde situatie doet zich voor bij vervreemding van een bedrijfsmiddel binnen de termijn van de desinvesteringsbijtelling. Dit is een ongewenste samenloop van de nieuwe

---

7 Denk aan investeringen om te verwarmen, te isoleren, te ventileren en te verlichten.

8 Zie in dit verband het lezenswaardige artikel van N.E. Muller en M. Knops, 'Economisch goed als katalysator voor duurzame investeringen', WFR 2013/1189.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 147 18-8-2023 14:13:17

verliesverrekeningsregels en de uitwerking van de EIA en MIA. Ik pleit er dan ook voor dat de wetgever toestaat dat voor zover een desinvesteringsbijtelling in aanmerking dient te worden genomen wegens het onverhoopt niet langer kwalificeren — bijvoorbeeld door een afwijkend oplevercertificaat of de vervreemding van het bedrijfsmiddel —, deze bijtelling toch volledig kan worden verrekend met eventueel aanwezige verliezen als deze verliezen door toedoen van investeringsaftrek zijn ontstaan. Er kan ook voor worden gepleit de aangiften van de eerdere jaren waarin de EIA en MIA zijn geëffectueerd open te breken in plaats van een desinvesteringsbijtelling in een later jaar. Met het oog op eventuele belastingrente is deze situatie mogelijk echter nog steeds nadelig voor belastingplichtigen, dus geniet dit niet de voorkeur.

5 Tweede aanbeveling: sta Vamil toe voor klimaatneutraal (ver)bouwen

Art. 3.31, eerste lid, Wet IB 2001 luidt als volgt:

> 'De aanschaffings- of voortbrengingskosten van bedrijfsmiddelen die zijn aangewezen als bedrijfsmiddelen die in het belang zijn van de bescherming van het Nederlandse milieu (milieubedrijfsmiddelen) kunnen door de belastingplichtige voor 75 percent willekeurig worden afgeschreven. Artikel 3.30a, eerste lid, is op deze milieubedrijfsmiddelen niet van toepassing.'

Op basis van art. 3.30a Wet IB 2001 is afschrijving op een gebouw slechts mogelijk indien de boekwaarde van het gebouw hoger is dan de WOZ-waarde van het gebouw. Als een bedrijfsmiddel in aanmerking komt voor de Vamil, kan dus bij (onderdelen van) gebouwen worden afgeschreven tot onder de relevante WOZ-waarde. Deze mogelijkheid is, zeker gezien de beperking van de verliesverrekening, een zeer welkom instrument om de cash tax-positie te beïnvloeden. Op basis van de Milieulijst 2023 kunnen gebouwen met een bepaalde kwalificatie (BREEAM-NL, GPR-Gebouw, LEED en DGNB International) in aanmerking komen voor de MIA. Helaas echter nog niet voor de Vamil, dit is in hoofdstuk 6 (gebouwde omgeving) alleen mogelijk voor bepaalde dakbedekking, betontegels en isolatiematerialen. De uitzondering in art. 3.31 Wet IB 2001 is ook voor deze investeringen nodig, omdat voor de afschrijving de diverse onderdelen van een gebouw, en de daarbij behorende ondergrond en aanhorigheden als één bedrijfsmiddel worden beschouwd. Zonder deze uitzondering zou de Vamil een wassen neus zijn. Echt zoden aan de dijk zet dit echter nog niet. Om de verduurzaming van de Nederlandse vastgoedmarkt een echte impuls te geven, is mijn aanbeveling om de Vamil ook open te stellen voor de meest milieuvriendelijke certificaten voor gebouwen, naast de MIA. Op deze manier wordt het voor belastingplichtigen echt interessant om een extra investering te doen in het milieu.

6 Derde aanbeveling: filter excessen uit energieprijs bij berekening van terugverdientijd

Hoofstuk A van de Energielijst 2023 ziet op bedrijfsgebouwen. Naast specifieke codes voor investeringen in een bedrijfsmiddel op het gebied van bijvoorbeeld verwarmen, ventileren of isoleren, bestaan ook de generieke codes A 310000 en A 410000. Dit zijn technische voorzieningen voor energiebesparingen in of bij bestaande bedrijfsgebouwen (A 310000) of nieuwe bedrijfsgebouwen (A 410000). Bij meldingen op basis van een generieke code dient de terugverdientijd te worden uitgerekend. De terugverdientijd moet ten minste vijf jaren, maar niet

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 148 18-8-2023 14:13:17

meer dan vijfentwintig jaren, bedragen. De terugverdientijd wordt berekend door de totale investering te delen door het verschil in energiekosten in de oude en de nieuwe situatie. Deze energiekosten zijn het energieverbruik per jaar vermenigvuldigd met de energieprijs. Hier wringt momenteel de schoen. De energieprijs waarmee gerekend moet worden is een vaste prijs die jaarlijks wordt vastgesteld door de RVO. Voor aardgas ligt die vaste prijs tussen € 0,99 en € 1,52, afhankelijk van het verbruik. Bij het verschijnen van de Energielijst 2023 is aangegeven dat de energieprijzen, zoals die worden toegepast bij de berekening van de terugverdientijden, zijn geactualiseerd in lijn met de energieprijzen uit het Activiteitenbesluit milieubeheer 2023. Ook is genoemd dat ten opzichte van de EIA 2022 de energieprijzen beduidend zijn gestegen. In 2022 was de vaste prijs waarmee gerekend diende te worden voor de grootste verbruikers € 0,23 tegenover € 0,99 nu. En hier komt de crux, door de (hopelijk eenmalig) hoge energieprijzen in 2022 komt de terugverdientijd voor de meeste investeringen onder de vijf jaren uit, waardoor de EIA niet mogelijk is. En dat terwijl de daadwerkelijke gasprijzen in 2023 lager zullen liggen en de feitelijke terugverdientijd dus wel degelijk een stuk langer is. Ik roep daarom de wetgever op om naast de energieprijzen uit het Activiteitenbesluit milieubeheer 2023, ook de mogelijkheid op te nemen dat de daadwerkelijk door de onderneming betaalde energieprijs op het moment van de investering kan worden gebruikt. De methode van de werkelijke energieprijs wordt nu reeds al gebruikt als op een andere energiedrager wordt bespaard dan aardgas of elektriciteit. Op deze manier vallen geen investeringen louter op basis van een fictieve rekenmethode buiten de EIA. Een ander alternatief is om als de gasprijs een buitengewone ontwikkeling doormaakt zoals in 2022, een langere periode te kiezen voor het bepalen van de gasprijs waarmee rekening moet worden gehouden (bijvoorbeeld het gemiddelde van de laatste drie jaren).

7 Defiscaliseren van investeringsfaciliteiten

Voorgaande aanbevelingen roepen de vraag op of het defiscaliseren van de EIA, MIA en Vamil een oplossing is voor de geschetste aandachtspunten. Door het omzetten van de fiscale aftrekposten in een cashsubsidie los je in elk geval de in paragraaf 4 geschetste problematiek rondom de desinvesteringsbijtelling en verliesverrekening op. Dubbele stimulans door een combinatie van MIA en Vamil is niet meer mogelijk als de regelingen worden omgezet in louter een cashsubsidie, ook voor gebouwen met het meest milieuvriendelijke certificaat (paragraaf 5). Er zijn belastingplichtigen die door de verliesverrekeningsregels graag een Vamilpotje ter beschikking hebben waarmee de acute belastinglast gestuurd kan worden. Al met al is het omzetten van de MIA en de Vamil in een cashsubsidie alleen een waardig alternatief als hiermee ook daadwerkelijk meer cashvoordeel kan worden gekregen in vergelijking met louter een MIA-situatie. De vraag is of hier budget voor beschikbaar is. Problematiek rondom excessen van de gasprijs (paragraaf 6) blijft echter ook bij een cashsubsidie bestaan, en ook andere aandachtspunten zoals geschetst in paragraaf 2 zullen op een vergelijkbare wijze in de regels van een cashsubsidie worden opgenomen, al is het maar om de staatssteunkaders te handhaven bij een cashsubsidie.[9] Het defiscaliseren van de EIA, de MIA en de Vamil zal de

[9] De MIA en Vamil kwalificeren als goedgekeurde staatssteun, waaraan de Europese Commissie beperkingen stelt die zijn vastgelegd in Verordening (EU) 651/2014, deel 7 (Steun voor milieubescherming). Zie hiervoor: EUR-Lex - 32014R0651 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 149 18-8-2023 14:13:17

Belastingdienst ontlasten, maar een andere overheidsinstantie dient voor de uitbetaling en monitoring te gaan zorgen. Uiteindelijk is de doelgroep die gebruik kan maken van een cash-subsidie groter, omdat bijvoorbeeld ook niet-belastingplichtige entiteiten hiervan gebruik kunnen maken. De overheid kan hierdoor genoodzaakt zijn de nettosubsidie per investering te verlagen. Al met al zijn er zeker voordelen van het defiscaliseren van de investeringsfaciliteiten, maar het is geen gemakkelijke oplossing die alle knelpunten wegneemt.

8 Conclusie en oproep

In deze bijdrage heb ik diverse aspecten van de EIA, MIA en Vamil aan bod laten komen die spelen bij duurzame investeringen in vastgoed. De EIA en de MIA/Vamil zijn fiscale instrumenten waarmee de wetgever de verduurzaming van de Nederlandse vastgoedmarkt in een stroomversnelling kan brengen. Het cash tax-voordeel varieert momenteel tussen 7% en 11,7% van de kwalificerende investering. De uitwerking van de diverse details van de regelingen kan er echter ook voor zorgen dat het Nederlandse vastgoed onvoldoende wordt bereikt. Ik roep de wetgever op om een aantal knelpunten in de regelingen aan te passen.

Ten eerste kan de inperking van de verliesverrekening onredelijk uitwerken op het moment dat een eerder genoten investeringsaftrek teruggenomen dient te worden. Ik roep de wetgever op om toe te staan dat een desinvesteringsbijtelling door de EIA of MIA geheel kan worden verrekend met eventueel aanwezige verliezen, als uitzondering op de huidige verliesverrekeningsregels. Voorwaarde hierbij is dat de verliezen ook zijn ontstaan door toepassing van investeringsaftrek. Mijn tweede aanbeveling is om de Vamil ook open te stellen voor de meest milieuvriendelijke certificaten voor gebouwen, om de verduurzaming van de Nederlandse vastgoedmarkt een echte impuls te geven. Ten slotte is mijn dringende oproep om in het geval van excessen, zoals de gasprijzen in 2022, een alternatieve methode te gebruiken bij het vaststellen van de gasprijs voor het berekenen van de terugverdientijd bij generieke bedrijfsmiddelen met een doelvoorschrift.

Ik heb ervoor gekozen voorgaande aanbevelingen in deze bijdrage te bespreken, omdat deze punten momenteel actueel zijn bij toepassing van de EIA, MIA en Vamil bij onroerend goed. De aanbeveling over de desinvesteringsbijtelling en verliesverrekening is op te lossen door het defiscaliseren van de investeringsfaciliteiten, maar dit is geen oplossing voor alle geschetste aandachtspunten en aanbevelingen. De geschetste aandachtspunten zijn ook niet de enige knelpunten die er zijn. Het feit dat er fiscalisten zijn die zich veelvuldig bezighouden met problematiek rondom de investeringsfaciliteiten bevestigt dat de regelingen (te?) complex zijn, en hierdoor (te?) onvoorspelbaar. Mijn overkoepelende oproep aan de wetgever is daarom: maak de regelingen minder complex en meer voorspelbaar.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 150 18-8-2023 14:13:17

Decentrale overheden en belastingen

Drs. O.M. Menger
Partner bij Fiscaliade

1 Inleiding

In deze bijdrage ga ik in op belastingen die een relatie hebben met vastgoed bij decentrale overheden. Welke mogelijkheden hebben decentrale overheden om belastingen te heffen van inwoners van hun provincie, gemeente en/of waterschap en welke zijn dit? Vervolgens sta ik stil bij de vastgoedgerelateerde belastingen en heffingen. Vastgoed neemt in de decentrale belastingheffing een belangrijke plek in. Als belasting over het gebruik en/of eigendom van het vastgoed, bij het vaststellen van het belastingobject en -subject of als heffingsmaatstaf. Daarbij wordt in de verschillende wetten gebruikgemaakt van verschillende begrippen. Deze begrippen heb ik kort nader omschreven om de overeenkomsten, maar ook eventuele verschillen te tonen.

2 Algemeen

Het is uitsluitend mogelijk om lokale belastingen te heffen krachtens (rijks)wet (art. 132, zesde lid, Grondwet en art. 133, tweede lid, Grondwet). Decentrale overheden die belastingen mogen heffen zijn de gemeente, het waterschap en de provincie. De bevoegdheid om belastingen te mogen heffen is vastgelegd in een aantal wetten. De belastingheffing van de decentrale overheden kent een gesloten stelsel. Dat betekent dat buiten de hieronder genoemde belastingen decentrale overheden geen mogelijkheid hebben om andere belastingen te heffen (art. 221, eerste lid, Provinciewet, art. 219, eerste lid, Gemw en art. 113 Wschw).
De decentrale overheden mogen uitsluitend overgaan tot de belastingheffing indien daartoe door de Provinciale Staten, gemeenteraad of algemeen bestuur van het waterschap is besloten door het vaststellen van een belastingverordening. Daarbij is bij wet voorgeschreven dat de verordening een aantal verplichte essentialia dient te omvatten (de belastingplichtige, het voorwerp van de belasting, het belastbare feit, de heffingsmaatstaf, het tarief, het tijdstip van ingang van de heffing, het tijdstip van beëindiging van de heffing en hetgeen overigens voor de heffing en invordering van belang is). Het moet voor de belastingplichtige kenbaar zijn waarover belasting wordt geheven en wat de hoogte van die heffing is. Indien dit niet uit de verordening en eventuele bijbehorende bijlagen is af te leiden of de verordening en/of bijlagen niet juist zijn gepubliceerd, kan dit bij voorlegging bij de rechter tot onverbindendheid van de belastingverordening leiden.[1]

[1] HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1000, Rechtbank Overijssel 19 mei 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:2001 en Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:907.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 151 18-8-2023 14:13:17

3 De belastingen die door decentrale overheden mogen worden geheven

In diverse wetten is de mogelijkheid tot het heffen van lokale belastingen vastgelegd, zie tabel 1.

Tabel 1. Wetten die de heffingsgrondslag bieden voor decentrale overheden om belasting te mogen heffen

Provinciewet
Wet milieubeheer (Wm)
Gemeentewet (Gemw)
Waterschapswet (Wschw)
Wet op de bedrijveninvesteringszones (Wet BIZ)
Waterwet (Wtw)

Daarbij mogen de volgende belastingen weergegeven in tabel 2 worden geheven.

Tabel 2. Belastingen die de decentrale overheden mogen heffen

	Provincie	Gemeente	Waterschap
Opcenten motorrijtuigenbelasting	222 en 222a Provinciewet		
Precariobelasting	222c Provinciewet	228 Gemw	114 Wschw
Rechten/leges/retributies	223 Provinciewet	229a en b Gemw	115 Wschw
Grondwaterbeschermingsheffing	15.34 Wm		
Nazorgheffing	15.44 Wm		
Onroerendezaakbelasting		220 Gemw	
Roerendezaakbelasting		221 Gemw	
Baatbelasting		222 Gemw	
Forensenbelasting		223 Gemw	
Toeristenbelasting		224 Gemw	
Parkeerbelasting		225 Gemw	
Hondenbelasting		226 Gemw	
Reclamebelasting		227 Gemw	
Rioolheffing		228a Gemw	
BIZ-bijdrage		1 Wet BIZ	
Watersysteemheffing			116 t/m 122 Wschw

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 152 18-8-2023 14:13:17

	Provincie	Gemeente	Waterschap
Wegenheffing			122a t/m 122b Wschw
Zuiveringsheffing			122c t/m 122l Wschw
Verontreinigingsheffing			7.2 Wtw
Grondwaterheffing	7.8 Wtw		
Afvalstoffenheffing		15.33 Wm	

4 Rol van vastgoed bij decentrale belastingheffing

De rol van vastgoed bij de decentrale belastingheffing is divers. Daarbij maak ik het onderscheid tussen:

a. 'Zuivere' vastgoedbelasting gebaseerd op eigendom[2] en/of gebruik van vastgoed.
b. Belasting waarbij het vastgoed het belastingobject afbakent.
c. Belasting waarbij het vastgoed of een (ge)deel(te) daarvan als uitgangspunt dient voor het belastingsubject.
d. Vastgoed als heffingsmaatstaf.

AD A. 'ZUIVERE' VASTGOEDBELASTING

Een zuivere vastgoedbelasting is de onroerende zaakbelasting en de forensenbelasting in de gemeentebelastingen. De desbetreffende belasting heeft geen ander doel dan over het bezit en/of gebruik van het vastgoed (de onroerende zaak) een belasting te heffen. Dit kan aan de hand van verschillende heffingsmaatstaven (bijvoorbeeld de waarde van het vastgoed, tariefklassen of vast tarief etc.). Ook de watersysteemheffing (ingezetene heffing, natuurterreinen en (on)gebouwde eigendommen) kunnen als zodanig worden beschouwd. Deze heffing dient echter wel ter bekostiging van de zorg van het watersysteem.

AD B. BELASTING WAARBIJ HET VASTGOED HET BELASTINGOBJECT AFBAKENT

Bij deze soort belastingen staat niet het eigendom en/of gebruik van het vastgoed centraal, maar bakent het vastgoed het belastingobject af. Deze categorie kenmerkt zich veelal als een bestemmingsheffing. Dat wil zeggen dat de overheid een contraprestatie voor de belasting moet verlenen en waarbij uitsluitend de kosten mogen worden verhaald. Voorbeelden van deze belasting zijn de baatbelasting en de BIZ (art. 222, eerste lid, Gemw en art. 1, tweede lid, Wet BIZ). Bij beide belastingen wordt belasting geheven als gevolg van het bezit en/of gebruik van een onroerende zaak ten behoeve van een bepaald vastgesteld doel. Bij de baatbelasting is dit ter financiering van de voorzieningen waarmee de onroerende zaken gebaat zijn en bij de BIZ is dit voor de financiering van de kosten die gericht zijn op het bevorderen van de leefbaarheid of de veiligheid in de bedrijveninvesteringszone of de economische ontwikkeling van de bedrijveninvesteringszone.

[2] Indien in deze bijdrage over eigendom wordt gesproken, wordt daaronder tevens verstaan eigendom op grond van bezit en beperkt recht.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 153 18-8-2023 14:13:17

AD C. BELASTING WAARBIJ HET VASTGOED OF EEN (GE)DEEL(TE) DAARVAN ALS UITGANGSPUNT DIENT TER BEPALING VAN DE BELASTINGPLICHT

In deze categorie belasting bepaalt het eigendom en/of het gebruik van vastgoed de belastingplicht. Ook hiervoor geldt dat deze belastingen uitsluitend strekken ter dekking van de te maken kosten. Zo is een perceel het uitgangspunt om de kosten te verhalen die de gemeente maakt voor de inzameling van huishoudelijk afval (dus geen bedrijfsafval) en bepaalt een woon-/bedrijfsruimte de hoogte van de zuiveringsheffing ter bestrijding van de kosten voor het zuiveren van afvalwater en de verontreinigingsheffing (door waterschap) ter zake van het lozen van afvalstoffen, verontreinigende of schadelijke stoffen in een regionaal oppervlaktewaterlichaam. Ook voor de rioolheffing wordt vaak aangesloten bij het eigendom en/of gebruik van vastgoed in de gemeentelijke verordening. Dit is geen verplichting. Zo kan er ook voor worden gekozen vanuit een ander perspectief de belastingplicht te omschrijven, bijvoorbeeld de lozing van water op de riolering, het belang die een belastingplichtige heeft bij de waterketen en/of watersysteemtaken van de gemeente.[3] Dit is afhankelijk van het beleid en de uitgangspunten die een gemeente hierin kiest.

AD D. VASTGOED DIENT ALS BASIS VOOR HEFFINGSMAATSTAF

Ten slotte kunnen er belastingen zijn waarbij de waarde van het vastgoed (veelal in de vorm van de WOZ-waarde) als heffingsmaatstaf dient. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het heffen van rioolheffing of forensenbelasting over de WOZ-waarde van een object dat in eigendom en/of gebruik is tot de mogelijkheden behoort omdat de gemeente hiertoe een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft.[4]

5 Gehanteerde begrippen in de decentrale belastingheffing voor vastgoed

In de (belasting)wetten zoals benoemd in tabel 1 worden verschillende begrippen gehanteerd die (in)direct een relatie kunnen hebben met vastgoed. Zoals in de inleiding beschreven is het begrip vastgoed een overkoepelende term. In de verschillende wetgeving worden verschillende termen gehanteerd om een (ge)deel(te) van een vastgoed aan te merken. In tabel 3 is een overzicht gegeven welke term wordt gehanteerd voor vastgoed in de verschillende decentrale (belasting)wetten.

Bij de verschillende belastingen wordt ten behoeve van de afbakening van het vastgoed gebruikgemaakt van de termen onroerende zaak of perceel. Dit kan nader worden gespecificeerd om de heffingsmaatstaf en/of het tarief te bepalen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen woningen en niet-woningen/bedrijfsruimten.

---

[3] G.J. van Leijenhorst, J.K. Lanser en E.G. Borghols, 'Decentrale heffingen', Wolters Kluwer, Deventer 2017, vierde druk, p. 334.

[4] HR 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5477, Hof Amsterdam 7 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:147, Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9511 en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9776.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 154 18-8-2023 14:13:17

Tabel 3. De gehanteerde termen in de verschillende wetgeving

Omschrijving	Artikelen
Onroerende zaak	220 t/m 221 Gemw (OZB) 222 Gemw (baatbelasting) 1 Wet BIZ 116 t/m 122 Wschw en 112a t/m 122b Wschw
Woning / volledig dienstbaar aan woondoeleinden en niet in hoofdzaak tot woning dienend (niet-woning)	220 t/m 220i Gemw (OZB) 1, vijfde lid, Wet BIZ
Gemeubileerde woning	223 Gemw
Bedrijfsruimte	122c t/m 122l Wschw en 7.2 Wtw
Woonruimte	122c t/m 122l Wschw en 7.2 Wtw
Perceel	15.33 Wm
Voorwerpen[5]	222c Provinciewet, 228 Gemw en 114 Wschw
Stortplaats[6]	15.44 Wm
Verblijf[7]	224 Gemw

5.1 Onroerende zaak

In de bijdrage van Kats in deze bundel worden de WOZ-waarde en de OZB behandeld. Het begrip onroerende zaak zal ik daarom niet behandelen. Indien bij decentrale belastingheffing wordt verwezen naar het begrip onroerende zaak is dit nagenoeg altijd een verwijzing naar de Wet WOZ. Zo wordt OZB geheven waarbij de WOZ-waarde de heffingsmaatstaf is. Ook de baatbelasting en de BIZ-bijdrage verwijzen naar het begrip onroerende zaak.
Het waterschap is voor de watersysteemheffing en wegenheffing afnemer van de gemeente van de WOZ-waarden en de WOZ-objectafbakening. Toch wordt in de Waterschapswet niet expliciet naar de Wet WOZ verwezen. Art. 116 t/m 122, 122a en 122b Wschw kennen wel een gelijkluidende strekking als in art. 16 Wet WOZ. Ten behoeve van de OZB wordt daarnaast onderscheid gemaakt tussen woning onroerende zaak en niet-woning onroerende zaak.

5 Vanwege het diverse karakter (behoeft niet per se vastgoed te zijn) laten we deze term in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

6 Vanwege het zeer specifieke karakter van de eeuwigdurende nazorg van stortplaatsen blijft dit begrip in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

7 Verblijf bij de toeristenbelasting kent vele soorten en typen. Dit kan vastgoed gerelateerd zijn en is sterk afhankelijk van de wijze van definiëren van de gemeente. Daarom wordt het begrip verblijf niet nader omschreven.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 155 18-8-2023 14:13:17

5.2 Zelfstandigheid

Het onderscheid woning/niet-woning in de OZB wordt gemaakt ten behoeve van het vaststellen van de heffingsmaatstaf en het tarief voor de OZB. Zo wordt op grond van de wet geen OZB voor gebruik voor woningen geheven en kent de OZB een differentiatie in het tarief voor eigendom van woningen en niet-woningen. Wanneer een object als geheel als niet-woning moet worden aangemerkt, worden de (onzelfstandige) woondelen van dat object buiten de heffingsmaatstaf gelaten voor de OZB voor gebruik (de zogenaamde woondelenvrijstelling; art. 220e Gemw).

Om als zelfstandige woning aangemerkt te kunnen worden voor de OZB moet een object in elk geval over de volgende voorzieningen beschikken:

- eigen slaap- en zitruimte;
- sanitaire voorzieningen;
- afsluitbaarheid;
- mogelijkheid tot kookvoorziening.[8]

Wanneer een deel van een onroerende zaak voor de voorzieningen afhankelijk is van elders gelegen ruimten, is er sprake van een onzelfstandig deel van een onroerende zaak. Zodoende kunnen de kamers van studenten in studentenflats separaat als onzelfstandig worden aangemerkt, maar vormen de gezamenlijke kamers, keuken en sanitaire voorzieningen één WOZ-object (dat al dan niet als woning of niet-woning aangemerkt moet worden afhankelijk van de waarde van de woongedeelten).

Er zijn geen vastomlijnde criteria om de zelfstandigheid van niet-woningen af te bakenen. De Hoge Raad[9] acht afsluitbaarheid een vereiste. Voor het overige lijkt de aanwezigheid van sanitaire voorzieningen en een pantry van doorslaggevend belang te zijn.[10] Overige voorzieningen (nutsvoorzieningen, naamplaatje) kunnen een aanwijzing zijn, maar behoeven niet een doorslaggevende factor te zijn.

Ook voor de BIZ-bijdrage wordt een onderscheid gemaakt naar woning en niet-woning. Voor de BIZ-bijdrage komen alleen onroerende zaken in aanmerking die niet in hoofdzaak tot woning dienen. In art. 1, vijfde lid, Wet BIZ worden de bepalingen van de OZB hieromtrent van toepassing geacht.

Een object voor de OZB is een woning indien gedeelten van een onroerende zaak in hoofdzaak tot woning moeten dienen dan wel volledig dienstbaar moeten zijn aan woondelen (art. 220a Gemw). Onder 'in hoofdzaak' wordt in fiscale termen verstaan voor ten minste 70%.[11] Het begrip woning en niet-woning is niet nader omschreven in de wet- en regelgeving. Hierover is een veelvoud aan jurisprudentie verschenen. De Hoge Raad heeft in 2022[12] geoordeeld dat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat een WOZ-object of een deel daarvan (onzelfstandige delen) tot woning dient voor de OZB indien de waarden van delen

---

8 HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3270.

9 HR 16 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7546.

10 M.P. van der Burg, G. Groenewegen, F.J.H.L. Makkinga en J.A. Monsma, 'Compendium WOZ en Lokale belastingen', 11e druk, Wolters Kluwer, Deventer 2019, p. 63.

11 HR 4 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4804.

12 HR 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:770.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 156 18-8-2023 14:13:17

van de onroerende zaak in hoofdzaak bestemd en geschikt zijn om enigszins duurzaam voor menselijke bewoning te dienen en waarbij de woonfunctie overheersend is ten opzichte van andere functies, ongeacht of dat deel feitelijk duurzaam wordt bewoond (geschiktheidscriterium). Indien hiervan geen sprake is, dienen op basis van het bestemmingscriterium (feitelijk duurzaam gebruik) de woondelen buiten de heffingsmaatstaf te worden gelaten.[13] Objecten met gemengd gebruik, zoals een verzorgingsinstelling, vormen daarbij een uitdaging. Bij gemengd gebruik is de vraag van belang of de verpleging (zorg) of het wonen centraal staat. De Hoge Raad[14] heeft geoordeeld dat een verzorgings- of verpleegfunctie de woonfunctie niet in de weg hoeft te staan.
Objecten in aanbouw, waarbij het object nog niet gereed is voor gebruik, dienen zoals blijkt uit de memorie van toelichting ook als woning te worden aangemerkt.[15] Hierbij dient er geen sprake te zijn van braakliggende grond die nog geen bewerking heeft ondergaan. Ditzelfde geldt voor leegstaande objecten met een woonbestemming.

5.3 Perceel

In de Wet milieubeheer wordt ten behoeve van de afvalstoffenheffing gebruikgemaakt van het woord *perceel*. In art. 15.33 Wm is het volgende opgenomen:

> 'De gemeenteraad kan ter bestrijding van de kosten die voor haar verbonden zijn aan het beheer van huishoudelijke afvalstoffen een heffing instellen, waaraan kunnen worden onderworpen degenen die, al dan niet krachtens een zakelijk of persoonlijk recht, gebruik maken van *een perceel* ten aanzien waarvan krachtens de *artikelen 10.21* en *10.22* een verplichting tot het inzamelen van huishoudelijke afvalstoffen geldt.'

Van belang is dat het begrip perceel altijd in samenhang moet worden bezien met de verplichting tot het inzamelen van huishoudelijke afvalstoffen. Het gaat daarbij om het feitelijk gebruik van dat perceel. Het begrip perceel is niet nader gedefinieerd in de Wet milieubeheer en kent geen nadere toelichting in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Wet milieubeheer.[16] Jurisprudentie heeft hieraan invulling gegeven. Op grond van jurisprudentie[17] en literatuur[18] zijn daarbij de volgende aspecten van belang:

- woning met zekere mate van zelfstandigheid;
- het voeren van een particuliere huishouding;
- waarin geregeld huishoudelijke afvalstoffen kunnen ontstaan;
- waarvoor inzamelplicht geldt voor de gemeente;
- een perceel kan roerende als onroerende zaken bevatten.

---

[13] HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:3.

[14] HR 16 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9075.

[15] Kamerstukken II 1996/97, 25 037, 3.

[16] G.J. van Leijenhorst, J.K. Lanser en E.G. Borghols, 'Decentrale heffingen', t.a.p., p. 145.

[17] HR 18 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4709.

[18] G.J. van Leijenhorst, J.K. Lanser en E.G. Borghols, 'Decentrale heffingen', t.a.p., p. 146.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 157 18-8-2023 14:13:17

5.4 Gemeubileerde woning

In art. 223 Gemw is de forensenbelasting geregeld:

> 'Er kan een forensenbelasting worden geheven van de natuurlijke personen, die, zonder in de gemeente hoofdverblijf te hebben, er gedurende het belastingjaar meer dan negentig malen nachtverblijf houden, anders dan als verpleegde of verzorgde in een inrichting tot verpleging of verzorging van zieken, van gebrekkigen, van hulpbehoevenden of bejaarden, of er op meer dan negentig dagen van dat jaar voor zich of hun gezin een gemeubileerde woning beschikbaar houden.'

Een gemeubileerde woning is 'een woning die op zichzelf beschouwd zowel bestemd als geschikt is om enigszins duurzaam – zij het niet in alle jaargetijden – voor menselijke bewoning te dienen.'[19] Van doorslaggevend belang is of naar de maatstaven van de huidige tijd gemeten, sprake is van elementaire voorzieningen.[20] Dit zijn in elk geval:

- toilet;
- keuken;
- wasgelegenheid;
- nutsvoorzieningen en riolering;[21] en
- stookmogelijkheid.[22]

5.5 Woonruimte

Ten behoeve van de heffingsmaatstaf en/of het tarief wordt voor de ingezetenenheffing (art. 116, onderdeel a, Wschw), zuiveringsheffing (art. 122d Wschw) en de verontreinigingsheffing (art. 7.1 Wtw) onderscheid gemaakt tussen woon- en bedrijfsruimte. Voor de ingezetenenheffing wordt uitsluitend belasting geheven van ingezetenen die gebruikmaken van woonruimten. Bij de zuiverings- en verontreinigingsheffing wordt dit onderscheid gemaakt ten behoeve van de berekening van vervuilingseenheden voor woon- en bedrijfsruimten. Voor deze belastingen wordt dezelfde definitie voor woonruimte gehanteerd:

> 'een ruimte die blijkens zijn inrichting bestemd is om als afzonderlijk geheel te voorzien in woongelegenheid en waarvan de delen blijkens de inrichting van die ruimte niet bestemd zijn om afzonderlijk in gebruik te worden gegeven'.

---

[19] M.P. van den Burg, G. Groenewegen, F.J.H.L. Makkinga en J.A. Monsma, 'Compendium gemeentelijke belastingen en de Wet WOZ', t.a.p., p. 383.

[20] Hof Arnhem 18 februari 1992, ECLI:NL:GHARN:1992:AR8932.

[21] Hierop zijn nuances te maken. Zo worden nutsvoorzieningen in jurisprudentie van belang geacht, maar oordeelde Rechtbank Den Haag dat een stacaravan die wel op waterleiding en riolering is aangesloten maar niet over een elektriciteitsaansluiting en gasaansluiting beschikt, wel een gemeubileerde woning is (Rechtbank Den Haag 6 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD2310).

[22] Hierop zijn nuances te maken, normaliter wordt een stookmogelijkheid (cv) als essentiële voorziening beschouwd, maar de Hoge Raad heeft geoordeeld dat ondanks dat verblijf niet mogelijk is in wintermaanden als gevolg van het ontbreken van stookgelegenheid het object buiten die periode wel voldoet als gemeubileerde woning.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 158 18-8-2023 14:13:17

Wat onder woonruimte moet worden verstaan, is grotendeels overwogen in jurisprudentie rondom de verontreinigingsheffing.[23] Dit kunnen ook delen van gebouwen betreffen. Criteria voor woonruimte zijn:

- bij verhuur aan een aantal bewoners vormt de bewoning van het pand een gezin, dan wel een met een gezin gelijk te stellen andere leefeenheid;[24]
- voldoende zelfstandigheid voor woonfunctie:
  - douche;
  - toilet;
  - woon-/slaapkamer; en
  - eigen keuken.[25]

Voor de zuiveringsheffing geldt daarnaast dat een bedrijfsruimte wordt omschreven als:

> '(…) een naar zijn aard en inrichting als afzonderlijk geheel te beschouwen ruimte of terrein, niet zijnde een woonruimte, een zuiveringtechnisch werk of een riolering'.

Indien geen sprake is van woonruimte, is er veelal sprake van bedrijfsruimten. Ook hiervoor geldt dat voor de belastingplicht (wie moet als feitelijke gebruiker worden aangemerkt) beoordeeld moet worden of de bedrijfsruimte over voldoende zelfstandigheid beschikt. In deze spelen recreatiewoningen op een terrein voor verblijfsrecreatie en dat ook als zodanig wordt geëxploiteerd een uitzondering. Eventuele woonruimten worden gezamenlijk aangemerkt als een bedrijfsruimte, dan wel zijn onderdeel van een bedrijfsruimte (art. 122h, vijfde lid, Wschw).

6 Conclusie

In deze bijdrage is beschreven op basis van welke wetten belastingen mogen worden geheven door decentrale overheden. Dit is een gesloten stelsel. Decentrale overheden kunnen dus geen andere belastingen heffen. Veel belastingen die decentrale overheden heffen zijn vastgoed gerelateerd. Echter veelal vanuit een verschillend perspectief, dat wil zeggen een zuivere vastgoedbelasting, ten behoeve van het bepalen van het belastingobject, de belastingplicht of om de heffingsmaatstaf te kunnen bepalen. Er worden veel verschillende begrippen gehanteerd om vastgoed af te bakenen (onroerende zaak, perceel) en daarbij wordt ten behoeve van tarief en/of heffingsmaatstaf vaak onderscheid gemaakt tussen woningen en niet-woningen. Alhoewel de criteria van woningen/woonruimten in de verschillende wetten grote overeenkomsten kennen, zijn er kleine nuances. Zo is bij een gemeubileerde woning ook sprake van roerende zaken (in tegenstelling tot de OZB) en is de aanwezigheid van een keuken in sommige gevallen verplicht om als woonruimte aan te merken, maar is dit voor de OZB nader gespecificeerd als de mogelijkheid tot kookgelegenheid. Dit lijkt een ruimere omschrijving. Ten behoeve van de bepaling van de zelfstandigheid van een woon-

[23] De verontreinigingsheffing is in 2009 gedeeltelijk vervangen door de zuiveringsheffing. De uitgangspunten zijn overeenkomstig.

[24] HR 14 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1584.

[25] HR 23 juli 1984, BNB 1984/283.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 159 18-8-2023 14:13:17

ruimte en een perceel is daarnaast van belang welke hoedanigheid de woonsamenstelling heeft (particulier huishouden, gezin of vergelijkend verband). Dit is voor de zelfstandigheid van de woning niet van belang. Dit kan resulteren in verschillende uitkomsten voor de verschillende belastingen.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 160 18-8-2023 14:13:17

De (on)mogelijkheden van de herziening in de btw

Prof. mr. dr. M.M.W.D. Merkx
Hoogleraar indirecte Belastingen bij het departement Law & Tax van Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam en partner bij het Bureau Vaktechniek van BDO Accountancy, Tax & Legal B.V. te Tilburg

Mr. F. Post
Manager bij BDO Accountancy, Tax & Legal B.V. te Groningen

1 Inleiding

Het recht op aftrek van voorbelasting is een fundamenteel/integrerend onderdeel van het EU btw-stelsel.[1] Vanuit het oogpunt dat de btw een algemene verbruiksbelasting is, hoort deze belasting immers niet te drukken op de ondernemer. Het onmiddellijk kunnen uitoefenen van dit recht op aftrek van voorbelasting is dan ook essentieel. Maar daarnaast is van belang dat de mate van aftrek van voorbelasting het gebruik van goederen en diensten voor btw-belaste prestaties reflecteert. Ten opzichte van het moment waarop goederen en diensten worden aangeschaft kunnen zich in de periode gedurende welke zij worden gebruikt, verschillende feiten en omstandigheden voordoen waardoor het initiële recht op aftrek van voorbelasting moet worden aangepast. Dit noemen we herziening. De regels voor herziening zijn in de Btw-richtlijn opgenomen in art. 184 t/m 192 en geven lidstaten zekere bevoegdheden. Daarnaast wordt het Hof van Justitie regelmatig gevraagd om te oordelen over de reikwijdte van deze bepalingen. In deze bijdrage onderzoeken wij wat de mogelijkheden en onmogelijkheden zijn van deze herzieningsregels uit de Btw-richtlijn. Wij hebben dit onderverdeeld in een tweetal onderdelen. Allereerst zoomen wij in pararagraaf 2 in op de algemene bepalingen rondom herziening, zoals we die aantreffen in art. 184 t/m 186 Btw-richtlijn om vervolgens in paragraaf 3 stil te staan bij de herziening op investeringsgoederen. Onroerende zaken vormen namelijk dergelijke investeringsgoederen. We sluiten af met een conclusie in paragraaf 4. Gelet op de toegestane omvang van deze bijdrage is er geen ruimte om deze (on)mogelijkheden af te zetten tegenover de Nederlandse implementatie van de herzieningsregels. Ook de herziening wegens onbetaald gebleven schulden blijft buiten het bestek van onze bijdrage.

2 Algemene bepalingen rondom herziening

Het recht op aftrek van voorbelasting kan worden onderverdeeld in twee vraagstukken, namelijk die over het *ontstaan* van het recht op aftrek en vervolgens het vraagstuk over de *omvang* van dit aftrekrecht. Bij de beoordeling van het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting is het van belang om vast te stellen dat een goed of dienst door een ondernemer

[1] Zie bijvoorbeeld HvJ 15 december 2005, C-63/04 (Centralan), ECLI:EU:C:2005:773, r.o. 50 en HvJ 25 juli 2018, C-140/17 (Gmina Ryjewo), ECLI:EU:C:2018:595, NLF 2018/1742, met noot van Van Helden, r.o. 30.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 161 18-8-2023 14:13:17

in diens hoedanigheid is verworven.[2] Onmiddellijk gebruik van de goederen of diensten voor economische activiteiten is niet vereist.[3] Of een goed wordt aangeschaft als belastingplichtige moet aan de hand van alle omstandigheden worden bepaald, waaronder de aard van de betrokken goederen en het tijdsverloop tussen het moment waarop de goederen zijn betrokken en hun gebruik voor de economische activiteiten van de belastingplichtige.[4]

Voor zover een ondernemer goederen en diensten gebruikt voor btw-belaste handelingen, bestaat voor de ondernemer recht op aftrek van de over deze inkopen verschuldigde en voldane btw op grond van art. 168 Btw-richtlijn. Dit recht op aftrek ontstaat op het tijdstip waarop de aftrekbare belasting verschuldigd wordt, aldus art. 167 Btw-richtlijn. De ondernemer zal op dat moment dus een inschatting moeten maken van de toekomstige gebeurtenissen en het verwachte gebruik.

De oorspronkelijk toegepaste aftrek wordt vervolgens in omvang herzien indien deze hoger of lager is dan waar de ondernemer recht op heeft (art. 184 Btw-richtlijn). Een herziening van deze voorbelasting vindt met name plaats indien zich na de btw-aangifte wijzigingen hebben voorgedaan in de elementen die voor het bepalen van het bedrag van de aftrek van voorbelasting in aanmerking zijn genomen, aldus art. 185 Btw-richtlijn. Herziening van de afgetrokken voorbelasting volgt in elk geval wanneer de aangeschafte goederen en diensten een daadwerkelijk andere aanwending krijgen en die nieuwe aanwending bijvoorbeeld een van btw vrijgestelde activiteit is, terwijl de goederen en diensten waren aangeschaft om gebruikt te worden voor belaste activiteiten.[5] Hierbij dient het overigens expliciet wel te gaan om goederen en diensten, waarvan wordt verondersteld dat ze nog niet volledig zijn verbruikt.[6]

De herzieningsregeling dient ruim te worden uitgelegd; de regeling sluit geen enkel denkbaar geval van ten onrechte toegepaste aftrek van voorbelasting uit. Het gaat hierbij niet alleen om een wijziging in het daadwerkelijke gebruik van de goederen en diensten maar bijvoorbeeld ook om onbetaalde schulden. Daarnaast dient afgetrokken voorbelasting bijvoorbeeld ook te worden herzien wanneer een verschil bestaat tussen de kwalificatie van de oorspronkelijk bedoelde btw-belaste bestemming en het later opgetreden gebruik, dat weliswaar conform bestemming is, maar als gevolg van een tussentijdse wetswijziging als btw-vrijgesteld moet worden aangemerkt.[7] De herzieningsregeling is echter toch niet zo ruim dat zij (in het voordeel van een ondernemer) in werking kan treden, wanneer de ondernemer eerder heeft verzuimd om tijdig en correct de voorbelasting af te trekken. De herziening kan dus niet worden gebruikt als herstelmechanisme.[8]

---

2 HvJ 11 juli 1991, C-97/90 (Lennartz), ECLI:EU:C:1991:315 en HvJ 14 februari 1985, C-268/83 (Rompelman), ECLI:EU:C:1985:74.

3 HvJ Lennartz, reeds aangehaald, r.o. 14 en 16.

4 HvJ Lennartz, reeds aangehaald, r.o. 21.

5 HvJ 12 november 2020, C-42/19 (Sonaecom SGPS SA), ECLI:EU:C:2020:913, NLF 2020/2659, met noot van Van Norden.

6 HvJ 17 mei 2001, C-322/99 en C-323/99 (Fischer/Brandenstein), ECLI:EU:C:2001:280.

7 HvJ 29 april 2004, C-487/01 en C-7/02 (Gemeente Leusden en Holin Groep), ECLI:EU:C:2004:263.

8 HvJ 7 juli 2022, C-194/21 (X), ECLI:EU:C:2022:535, NLF 2022/1438, met noot van Sparidis.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 162 18-8-2023 14:13:17

Volgens de Btw-richtlijn beschikken de lidstaten over enige ruimte om nadere regels omtrent de herziening van de aftrek van voorbelasting vast te stellen (art. 186 Btw-richtlijn). Zo dient volgens de Wet OB 1968 de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting opnieuw te worden bepaald op het tijdstip waarop de ondernemer de goederen en diensten daadwerkelijk voor het eerst gaat gebruiken, hetgeen kan betekenen dat ineens de totale voorbelasting moet worden terugbetaald (en niet verspreid over meer jaren) (art. 15, vierde lid, tweede volzin, Wet OB 1968). De Btw-richtlijn bevat geen bepaling die rechtstreeks correspondeert met herziening bij eerste gebruik, maar het lijkt erop dat deze bepaling als een invulling moet worden gezien van de ruimte die de lidstaten hebben. Het Hof van Justitie oordeelde dat de Nederlandse herziening bij ingebruikname kan worden gebaseerd op art. 184 en art. 185, eerste lid, Btw-richtlijn wanneer blijkt dat de genoten aftrek hoger is dan die de belastingplichtige gerechtigd was toe te passen. Volgens het Hof mag een lidstaat op grond van art. 187, eerste lid, tweede en derde alinea, Btw-richtlijn het moment van eerste ingebruikname als beginpunt voor herziening hanteren. De gespreide herziening van art. 187 Btw-richtlijn is volgens het Hof van Justitie pas van toepassing bij wijzigingen na het moment van eerste ingebruikname. In Nederland is daarom een gespreide en partiële herziening van afgetrokken voorbelasting in latere jaren minder snel aan de orde. Daar is namelijk een gewijzigde aanwending voor nodig na het jaar van ingebruikname. Door het oordeel van het Hof van Justitie kan naar onze mening wel worden getwijfeld aan de herziening ineens aan het einde van het boekjaar van ingebruikname.[9]

Het kan daarnaast voorkomen dat een ondernemer zijn voornemen om goederen en diensten te gebruiken voor belaste handelingen niet realiseert en dat ook ander gebruik (zoals voor btw-vrijgestelde handelingen) niet tot stand komt. Er zou dan gesteld kunnen worden dat er geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de door de ondernemer ingekochte goederen en diensten en door de ondernemer in een later stadium verrichte btw-belaste handelingen. De vraag is of deze situatie ook onder de herzieningsbepalingen behoort te vallen en of de afgetrokken voorbelasting door de ondernemer moet worden terugbetaald.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat in die situaties het recht op aftrek van voorbelasting, dat in het verleden eenmaal is ontstaan, in stand blijft, ondanks dat dit (nog) niet tot belaste handelingen heeft geleid of indien de ondernemer de goederen of diensten wegens omstandigheden buiten zijn wil niet heeft kunnen gebruiken in het kader van btw-belaste handelingen.[10] Wanneer de ondernemer (nog steeds) het voornemen heeft om btw-belaste handelingen te gaan verrichten (bijvoorbeeld verhuur van een leegstaande/niet-gebruikte onroerende zaak) en daartoe al het nodige heeft gedaan, kan het oorspronkelijk ontstane recht

---

[9] Aldus ook A.M. de Wit, noot bij HvJ 17 september 2020, C-791/18, ECLI:EU:C:2020:731, FED 2021/7, punt 7 en M.M.W.D. Merkx, noot bij HvJ 17 september 2020, C-791/18, ECLI:EU:C:2020:731, NLF 2020/2028.

[10] HvJ 29 februari 1996, C-100/94 (Inzo), ECLI:EU:C:1996:67; HvJ 15 januari 1998, C-37/95 (Ghent Coal Terminal), ECLI:EU:C:1998:1; HvJ 17 oktober 2018, C-249/17 (Ryanair), ECLI:EU:C:2018:834, NLF 2018/2438, met noot van Van Norden; HvJ 8 juni 2000, C-396/98 (Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR), ECLI:EU:C:2000:303; HvJ 8 juni 2000, C-400/98 (Breitsohl), ECLI:EU:C:2000:304; HvJ 18 mei 2021, C-248/20 (Skellefteå Industrihus AB), ECLI:EU:C:2021:394, NLF 2021/1647, met noot van Vroon.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 163 18-8-2023 14:13:17

op aftrek dus niet worden beperkt.[11] De herzieningsregeling om de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting te corrigeren kan in dergelijke situaties dus pas op een later tijdstip worden toegepast als de ondernemer niet langer voornemens blijkt de betrokken goederen en diensten te gebruiken voor btw-belaste doeleinden.[12]

Volgens het Hof van Justitie is er in elk geval sprake van een 'gewijzigd voornemen' indien de aandeelhouder van de vennootschap heeft besloten de vennootschap te liquideren, uit te schrijven als btw-ondernemer en dus af te zien van btw-belaste handelingen, ongeacht of hij daarvoor zelf kiest of daartoe door omstandigheden buiten zijn wil wordt gedwongen.[13] Het is onzes inziens echter niet te verwachten dat dit snel tot herziening van reeds afgetrokken voorbelasting leidt. De door de ondernemer ingekochte diensten zullen namelijk reeds zijn verbruikt en de aanwezige (waardevolle) goederen zullen in de vereffeningsfase veelal worden verkocht[14] of aan de onderneming worden onttrokken[15], zodat ter zake van die levering een belastbaar feit voor de btw plaatsvindt en de goederen hiermee dus 'in gebruik worden genomen'.

Daarnaast kan volgens art. 185, tweede lid, Btw-richtlijn geen herziening aan de orde zijn bij (naar behoren bewezen en aangetoonde) vernietiging, verlies of diefstal van goederen en diensten. Met deze uitzondering op de herziening wordt aangesloten bij de gedachte dat als iets niet meer bestaat of waardeloos is geworden, dit ook niet meer kan worden gebruikt en daarom ook niet meer voor herziening in aanmerking komt. Het gaat hierbij volgens het Hof van Justitie om goederen die voordat zij worden (eind)verbruikt, uit de distributieketen verdwijnen en in beginsel dus niet meer worden verkocht.[16] Ook *vrijwillige* vernietiging van 'afgedankte' goederen, omdat die goederen het nut in het kader van de economische activiteit objectief hebben verloren, valt hieronder.[17] Ook in dat geval treedt dus geen herzieningsverplichting in. Let wel, in de tweede volzin van art. 185, tweede lid, Btw-richtlijn wordt gesteld dat lidstaten in het geval van diefstal toch herziening kunnen eisen.[18] Wij zijn met Terra en Kajus van mening dat

---

[11] HvJ 18 februari 2018, C-672/16 (Imofloresmira – Investimentos Imobiliários), ECLI:EU:C:2018:134, NLF 2018/0618, met noot van Sparidis.

[12] HvJ 12 november 2020, C-734/19 (ITH Comercial Timișoara), ECLI:EU:C:2020:919, NLF 2020/2606, met noot van Wolf.

[13] HvJ 6 oktober 2022, C-293/21 (Vittamed technologijos), ECLI:EU:C:2022:763, NLF 2022/2016, met noot van Sparidis. Zie nader over dit onderwerp: Marie Lamensch, 'Order in Skellefteå Industrihus AB: A Reversal of the INZO, Ghent Coal Terminal and Breitsohl Jurisprudence?', EC Tax Review 2022, issue 3, p. 159-162 en S.B. Cornielje en H.W.M. van Kesteren, 'Vittamed: breken met gebruiken', MBB 2023/10.

[14] HvJ 3 juni 2021, C-182/20 (Administrația Județeană a Finanțelor Publice Suceava e.a.), ECLI:EU:C:2021:442, NLF 2021/1251, met noot van Wolf.

[15] Op grond van art. 18 Btw-richtlijn hebben lidstaten de mogelijkheid om het bij de beëindiging van een onderneming onttrekken van goederen als fictieve levering aan te merken, mits de ondernemer (gedeeltelijk) recht op aftrek van voorbelasting heeft gehad bij de aankoop van deze goederen.

[16] HvJ 18 oktober 2012, C-234/11 (TETS Haskovo), ECLI:EU:C:2012:644.

[17] HvJ 4 mei 2023, C-127/22 (Balgarska telekomunikatsionna kompania), ECLI:EU:C:2023:381, NLF 2023/1087, met noot van Willemsen.

[18] Zie ook HvJ 4 oktober 2012, C-550/11 (PIGI), ECLI:EU:C:2012:614.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 164 18-8-2023 14:13:17

als een lidstaat gebruikmaakt van deze bevoegdheid, dit leidt tot een verborgen belastingdruk voor de belastingplichtige.[19] In een situatie waarin diefstal naar behoren is bewezen, is het duidelijk dat de goederen niet worden gebruikt door de belastingplichtige en diefstal ligt ook buiten zijn macht. Naar onze mening zou herziening dan niet aan de orde moeten komen.[20] De tabel hieronder geeft aan welke mogelijkheden en onmogelijkheden van herziening volgen uit hetgeen hiervoor is besproken.

Mogelijkheden van herziening	Onmogelijkheden van herziening
Ruime mogelijkheden inclusief herziening wegens gewijzigd gebruik en vanwege een wetswijziging.	Foutherstel voor de belastingplichtige.
Herziening op het tijdstip van eerste ingebruikname.	
Afwezigheid van het voornemen goederen of diensten te gebruiken voor belaste prestaties, waaronder bijvoorbeeld in geval van liquidatie.	
Diefstal, ook indien deze naar behoren is bewezen.	

3 Herziening op investeringsgoederen

3.1 Herziening gedurende langere periode

Kenmerkend voor investeringsgoederen is dat zij gedurende langere tijd worden gebruikt. Daardoor kan het gebruik van deze goederen ook na verloop van verschillende jaren nog wijzigen. Om de btw-aftrek van deze goederen voldoende nauwkeurig te bepalen, moeten zij voor de btw dan ook langer worden gevolgd. Dit is geregeld in art. 187 Btw-richtlijn. Op grond van deze bepaling geldt dat voor investeringsgoederen de herziening gespreid wordt over een periode van vijf jaren. Het jaar van verkrijging of vervaardiging is onderdeel van die vijf jaren. Voor onroerende investeringsgoederen kunnen de lidstaten de herzieningsperiode uitbreiden tot maximaal twintig jaren. Ook kunnen de lidstaten bepalen dat de herziening wordt gebaseerd op een periode van vijf volle jaren te rekenen vanaf de ingebruikneming van de goederen. Voor de herziening op investeringsgoederen geldt dat elk jaar een vijfde deel van de voorbelasting in de herziening wordt betrokken. Is de herzieningstermijn voor onroerende zaken verlengd, dan geldt de herziening jaarlijks voor het met die verlengde termijn overeengekomen gedeelte (in geval van twintig jaren: een twintigste). Art. 187, tweede lid, Btw-richtlijn bepaalt verder dat de herziening geschiedt op basis van de wijzigingen in het recht op aftrek die zich in de loop van volgende jaren ten opzichte van het jaar van verkrijging, vervaardiging of eerste gebruik van de goederen hebben voorgedaan. De herziening gedu-

[19] Terra en Kajus, 'A guide to the Recast VAT Directive', IBFD Database, paragraaf 10.6.2.

[20] Aldus ook: Madeleine Merkx, 'VAT deduction and Member State sovereignty: (still) a good idea?', World Journal of VAT/GST Law 2018, issue 2, p. 66.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 165 18-8-2023 14:13:17

rende langere periode vindt haar verklaring en rechtvaardiging volgens het Hof van Justitie in het duurzame gebruik van deze goederen en de dienovereenkomstige afschrijving van de aanschaffingskosten.[21] Door hun langere gebruik zijn bij investeringsgoederen wijzigingen ook waarschijnlijk, omdat hun bestemming kan veranderen.[22] Investeringsgoederen zijn, zo oordeelde het Hof van Justitie onder de vigeur van de Tweede Btw-richtlijn, goederen die zich onderscheiden door hun duurzame aard en hun waarde en waarvan de aanschaffingskosten normaliter niet als lopende uitgaven worden geboekt, maar over verschillende jaren worden afgeschreven. Welke boekhoud- en afschrijvingsmethoden een individueel bedrijf gebruikt is hierbij niet doorslaggevend. De duurzaamheid van het gebruik en de bij bedrijfsvoering normaliter gevolgde wijze van afschrijving zijn daarentegen bepalend.[23]

Op grond van art. 189, onderdeel a, Btw-richtlijn kunnen lidstaten het begrip investeringsgoederen definiëren. Art. 190 Btw-richtlijn bepaalt dat lidstaten diensten die kenmerken hebben die vergelijkbaar zijn met investeringsgoederen als zodanig mogen beschouwen. Dat betekent dat bijvoorbeeld op investeringen als ingrijpende verbouwingen die niet leiden tot een nieuw vervaardigd onroerend goed gedurende langere tijd mag worden herzien.[24] Nederland heeft dat vooralsnog niet gedaan.

Belangrijk is dat de herzieningsbepalingen geen recht op aftrek in het leven kunnen roepen. Zij stellen de berekeningsmethode voor de herziening van de oorspronkelijke aftrek vast.[25] Herzieningsperiodes hebben niets van doen met de vraag of goederen voor economische activiteiten zijn betrokken.[26] Worden goederen niet met het oog op economische activiteiten betrokken dan geldt ook dat niet op een later tijdstip via herzieningsregels alsnog btw in aftrek kan worden genomen.[27] Dit geldt ook voor publiekrechtelijke lichamen.[28] Handelt een publiekrechtelijke lichaam bij de aanschaf echter in de hoedanigheid van belastingplichtige, ook al is van een onmiddellijk gebruik als belastingplichtige geen sprake, dan kan herziening in een later stadium wel aan de orde komen. [29] Het voornemen een onroerend goed te gebruiken voor economische activiteiten hoeft voor het Hof van Justitie niet expliciet plaats te

---

[21] HvJ Centralan, reeds aangehaald, r.o. 55.

[22] HvJ 16 juni 2016, C-229/15 (Mateusiak), ECLI:EU:C:2016:454, r.o. 30.

[23] HvJ 1 februari 1977, C-51/76, ECLI:EU:C:1977:12.

[24] Zie in dit kader ook de zaak HvJ 19 juli 2012, C-334/10 (Vof X), ECLI:EU:C:2012:108, waarin het Hof van Justitie aanpassingen aan een bedrijfsloods in het kader van de regels voor vermogensetikettering als apart investeringsgoed aanmerkte.

[25] HvJ 11 juli 1991, C-97/90 (Lennartz), ECLI:EU:C:1991:315, r.o. 12.

[26] HvJ Lennartz, reeds aangehaald, r.o. 21.

[27] Zie naar analogie ook HvJ 7 juli 2022, C-194/21 (X), ECLI:EU:C:2022:535, NLF 2022/1438, met noot van Sparidis, waaruit blijkt dat via de herziening op het moment van ingebruikname niet alsnog een op het moment van aanschaf niet uitgeoefende aftrek kan worden hersteld.

[28] HvJ 2 juni 2005, C-378/02, ECLI:EU:C:2005:335.

[29] HvJ Gmina Ryjewo, reeds aangehaald. Het feit dat de gemeente bij de verwerving van het gebouw geen overheidsbevoegdheden heeft aangewend en ten tijde van de verwerving als ondernemer voor de btw was geregistreerd, zijn omstandigheden die hierbij voor het Hof van Justitie van belang zijn (zie r.o. 41 en 43). Ook de aard van het goed en het feit dat het gebruik voor belaste handelingen niet is uitgesloten zijn van belang (r.o. 53).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 166 18-8-2023 14:13:17

vinden. Er kan ook impliciet blijken dat een dergelijk voornemen bestaat.[30] De aard van het goed kan van belang zijn om te bepalen of een dergelijk impliciet voornemen bestaat. Rekent een belastingplichtige een goed slechts gedeeltelijk tot zijn bedrijfsvermogen, dan gelden de herzieningsregels van art. 187 Btw-richtlijn alleen voor dat gedeelte.[31]
Het is de vraag of de Nederlandse regeling die in het eerste jaar uitgaat van de datum van ingebruikname tot het einde van het boekjaar van ingebruikname (waardoor het eerste herzieningsjaar tussen de 1 en 366 dagen kan zijn) in overeenstemming is met het feit dat een lidstaat mag bepalen dat de herziening wordt gebaseerd op een periode van *vijf volle jaren* te rekenen vanaf de ingebruikneming van de goederen.[32] Deze vraag rijst te meer nu het Hof van Justitie in de zaak Uudenkaupungin Kaupunki heeft geoordeeld dat het vaststellen van voorwaarden voor de optie btw-belaste verhuur er niet toe mag leiden dat de periode waarin aftrek kan plaatsvinden korter wordt dan de herzieningsperiode waarin de richtlijn voorziet.[33]

3.2 Levering binnen de herzieningsperiode

Het is mogelijk dat investeringsgoederen binnen de herzieningsperiode worden geleverd. Ook bij vastgoed komt dat regelmatig voor. Art. 188 Btw-richtlijn bepaalt voor dit soort gevallen dat dan ineens een herziening moet plaatsvinden voor de resterende herzieningsperiode. Daarbij wordt in het geval van een belaste levering het goed geacht voor belaste prestaties te zijn gebruikt en in geval van een vrijgestelde levering voor vrijgestelde prestaties. Lidstaten mogen afzien van deze herziening ineens indien de afnemer een belastingplichtige is die het geleverde goed uitsluitend gebruikt voor handelingen waarvoor de btw in aftrek mag worden gebracht. Uit de zaken Pactor Vastgoed[34] en Sögård Fastigheter[35] blijkt dat als de lidstaat gebruikmaakt van die bepaling, bij alsnog gebruik voor andere dan belaste prestaties, herziening moet plaatsvinden bij degene die de btw oorspronkelijk in aftrek heeft gebracht. Deze oordelen nemen niet weg dat contractueel de financiële gevolgen van het niet voldoen aan de genoemde voorwaarde alsnog kunnen worden gelegd bij de overnemer. Naar onze mening ligt het ook anders in het geval van indeplaatstreding, zoals bij de overgang van een algemeenheid van goederen (art. 19 en 29 Btw-richtlijn). In dat geval komt het ons voor dat herziening bij de overnemer mogelijk is.
Uit het arrest Centralan[36] volgt dat twee verschillende overdrachtshandelingen van belang kunnen zijn bij het vaststellen van de btw-gevolgen op de voet van art. 188 Btw-richtlijn. Centralan heeft een gebouw via twee handelingen overgedragen aan andere partijen, een huurovereenkomst voor 999 jaren (vrijgesteld van btw) en de overdracht van het residuele eigendomsrecht (belast). Indien de twee overdrachtshandelingen leiden tot een levering

---

30 HvJ Gmina Ryjewo, reeds aangehaald, r.o. 47.

31 HvJ 4 oktober 1995, C-291/92 (Armbrecht), ECLI:EU:C:1995:304, r.o. 32.

32 Aldus ook A.M. de Wit, noot bij HvJ 17 september 2020, C-791/18, ECLI:EU:C:2020:731, FED 2021/7, punt 12 en M.M.W.D. Merkx en J. Verbaan, 'Herzien?!', WFR 2014/1474, onderdeel 6.

33 HvJ 30 maart 2006, C-184/04, ECLI:EU:C:2006:214, r.o. 45.

34 HvJ 10 oktober 2013, C-622/11, ECLI:EU:C:2013:649.

35 HvJ 26 november 2020, C-787/18, ECLI:EU:C:2020:964, NLF 2020/2660, met noot van Cornielje.

36 HvJ Centralan, reeds aangehaald.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 167 18-8-2023 14:13:18

moeten volgens het Hof beide in aanmerking worden genomen bij toepassing van art. 188 Btw-richtlijn. De doelstelling om een nauw en rechtstreeks verband te vestigen tussen het aftrekrecht en het gebruik van de betrokken goederen en diensten kan het meest toereikend worden verwezenlijkt door beide aan de orde zijnde leveringen in aanmerking te nemen, naar rato van de respectieve waarde ervan. Hoewel het in het geval van Centralan gaat om twee nauw en onlosmakelijk verbonden handelingen die onderdeel waren van een btw-constructie, blijkt onzes inziens uit rechtsoverweging 80 dat ook een situatie waarin de handelingen plaatsvinden in twee verschillende tijdvakken twee overdrachtshandelingen in aanmerking kunnen worden genomen. Het Hof stelt voor dat in dat geval voor het residuele eigendomsrecht nog op de voet van art. 187 Btw-richtlijn wordt herzien totdat het wordt overgedragen.

Een andere bijzondere situatie was aan de orde in de zaak Mydibel.[37] Mydibel had twee onroerende zaken overgedragen (via een erfpachtrecht) en terug gehuurd (sale-and-leaseback). De overdrachtssom van beide onroerende zaken is gelijk aan de leasevergoedingen die Mydibel gedurende vijftien jaren betaald. Vervolgens kan Mydibel aan het einde van die leaseperiode de onroerende zaken voor 10% respectievelijk 3% van de investeringswaarde kopen van de lessor. Volgens het Hof van Justitie is in dit geval geen sprake van een wijziging, omdat Mydibel de onroerende zaken is blijven gebruiken ten behoeve van haar in een later stadium belaste handelingen. Daarnaast oordeelt het Hof dat herziening op grond van art. 187 of 188 Btw-richtlijn ook niet aan de orde is, omdat de transacties samen in ogenschouw worden genomen. In onderling verband moeten zij worden gezien als zuiver financiële transacties die ertoe strekten de liquiditeit van Mydibel te verhogen. Naar onze mening spelen twee omstandigheden een belangrijk rol in het oordeel van het Hof van Justitie. Allereerst dat geen sprake is van een overdracht van het volle eigendom, maar van een vestiging van een beperkt recht.[38] Er wordt een gebruiksrecht gevestigd, waarbij dat gebruiksrecht vervolgens wordt terug geleased. In de tweede plaats kan lease ook leiden tot de overdracht van de macht om als eigenaar over een goed te beschikken. In het geval van Mydibel zou zij dan de macht om als eigenaar te beschikken over een goed hebben behouden.[39] Om vast te stellen of sprake is van een overgang van de macht om als eigenaar te beschikken is volgens het Hof van Justitie van belang of sprake is van een uitdrukkelijk beding van eigendomsoverdracht (automatisch of een optie), waarbij in geval van een optie er geen echt economisch alternatief bestaat om niet te opteren.[40] In de situatie van Mydibel waarin de betaalde leasetermijnen overeenkomen met de waarde van het goed en er een beperkt te betalen bedrag bij het uitoefenen van de optie is, kunnen wij ons goed voorstellen

---

[37] HvJ 27 maart 2019, C-201/18, ECLI:EU:C:2019:254, NLF 2019/0786, met noot van Willemsen.

[38] R.D. Dirks en M.D.C. Gomes Vale Viga, '"Erfpacht-en-leaseback" is geen "sale-en-leaseback"', MBB 2019/41. Vgl. M.M.G.A. Voets, 'Centralan Property: herziening van de Nederlandse onroerend-goedpraktijk', BtwBrief 2006/5, die n.a.v. de zaak Centralan bepleit dat alleen indien de vestiging van een beperkt recht leidt tot een levering dit in aanmerking moet worden genomen bij de herziening.

[39] Aldus ook H.G.J. Teeuwsen, 'Btw-behandeling van een sale-and-leasebacktransactie', BtwBrief 2019/44.

[40] HvJ 4 oktober 2017, C-164/16 (Mercedes-Benz Financial Services), ECLI:EU:C:2017:734, NLF 2017/2470, met noot van Polak.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 168 18-8-2023 14:13:18

dat aan deze voorwaarden is voldaan. Vanuit die optiek kunnen wij het oordeel van het Hof van Justitie volgen.

3.3 Nadere herzieningsbepalingen

Art. 189 Btw-richtlijn geeft EU-lidstaten een aantal bevoegdheden ten aanzien van de herziening. Naast het genoemde art. 189, onderdeel a, Btw-richtlijn op basis waarvan EU-lidstaten het begrip investeringsgoederen mogen definiëren, gaat het om:

- De bevoegdheid het bedrag aan btw dat bij de herziening in aanmerking moet worden genomen nader bepalen.
- Alle passende maatregelen nemen om te verzekeren dat de herziening niet tot ongerechtvaardigde voordelen leidt.
- Administratieve vereenvoudigingen toestaan.

Op grond van art. 191 Btw-richtlijn kunnen lidstaten zowel in het geval van toepassing van art. 187 (zie paragraaf 3.1), als art. 188 Btw-richtlijn (zie paragraaf 3.2) bepalen dat als het effect daarvan onbeduidend is, afzien van toepassing daarvan. Hiervoor moet wel eerst het btw-comité worden geraadpleegd. Daarnaast geldt dat rekening moet worden gehouden met de totale btw-druk in de betrokken lidstaat. Ook mag het buiten toepassing laten wegens de noodzaak van administratieve vereenvoudiging niet tot verstoring van de mededing leiden. Uit de consultaties van het btw-comité[41] blijkt dat Ierland, het Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk en Finland (soms verscheidene malen) het btw-comité hebben geraadpleegd over de toepassing van art. 191 Btw-richtlijn.
Art. 192 Btw-richtlijn ten slotte bepaalt dat lidstaten bij de overgang van een normale belastingregeling naar een bijzondere regeling of andersom de nodige maatregelen kunnen nemen om te verzekeren dat de betrokken belastingplichtigen geen ongerechtvaardigde voor- of nadelen ondervinden. Het gaat hier om de in Titel XII opgenomen bijzondere regelingen, zoals de kleineondernemersregeling, de landbouwregeling, de margeregeling en de reisbureauregeling.

[41] Consultations of the VAT Committee as at 01/07/2022, te vinden op de website: https://taxation-customs.ec.europa.eu/vat-committee_en.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 169 18-8-2023 14:13:18

3.4 (On)mogelijkheden van herziening bij investeringsgoederen

De bepalingen van art. 187 t/m 192 Btw-richtlijn geven veel bevoegdheden aan lidstaten op het gebied van herziening. De (on)mogelijkheden van herziening bij investeringsgoederen zoals die volgen uit paragraaf 3.1 tot en met 3.3 laten zich als volgt samenvatten:

Mogelijkheden van herziening	Onmogelijkheden van herziening
Verlenging herzieningsperiode voor onroerende investeringsgoederen.	Een recht op aftrek in het leven roepen als een persoon de goederen niet als belastingplichtige heeft aangeschaft.
Herziening baseren op een periode van vijf volle jaren te rekenen vanaf de ingebruikneming van de goederen.	Herziening bij een andere persoon dan degene die oorspronkelijk de btw in aftrek heeft gebracht, tenzij sprake is van de overdracht van een algemeenheid van goederen.
Investeringsgoederen definiëren en diensten aanmerken als investeringsgoederen.	
Afzien van de herziening ineens indien de afnemer een belastingplichtige is die het geleverde goed uitsluitend gebruikt voor handelingen waarvoor de btw in aftrek mag worden gebracht.	
Het bedrag aan btw dat bij de herziening in aanmerking moet worden genomen nader bepalen.	
Alle passende maatregelen nemen om te verzekeren dat de herziening niet tot ongerechtvaardigde voordelen leidt.	
Administratieve vereenvoudigingen toestaan.	
Afzien van herziening in geval van een onbeduidend effect.	
Regelingen die ongerechtvaardigde voor- of nadelen voorkomen in geval van overgang van een normale naar een bijzondere regeling of andersom.	

4 Ten slotte

In deze bijdrage onderzochten wij de mogelijkheden en onmogelijkheden van de herzieningsregels uit de Btw-richtlijn voor zowel lidstaten als belastingplichtigen. We zien met name in de bepalingen voor investeringsgoederen veel mogelijkheden voor lidstaten om aan de herzieningsregels hun eigen draai te geven. Ook zijn er onmogelijkheden. Voor belastingplichtigen gaat het dan om foutherstel via de herzieningsregels of het alsnog via de herzieningsregels in aftrek brengen van btw indien goederen niet als belastingplichtige zijn aangeschaft. Voor lidstaten is er een beperking in de persoon van wie herziening kan worden vereist. Het is niet toegestaan herziening te eisen van een andere persoon dan degene die oorspronkelijk de btw in aftrek heeft gebracht.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 170 18-8-2023 14:13:18

Zakelijke rechten: levering versus dienst

M. Mutsaers MSc
Senior manager bij Deloitte Belastingadviseurs BV

1 Inleiding

Zakelijke rechten nemen een bijzondere positie in binnen de Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB 1968). Dat komt omdat de btw-kwalificatie en de hoogte van de vergoeding ten aanzien van het zakelijke recht wordt bepaald door heel specifieke wettelijke parameters. In paragraaf 2 en 3 bespreek ik deze parameters en becommentarieer ik deze. In paragraaf 4 geef ik een tweetal voorbeelden waaruit volgt dat de wettelijke regeling niet sluitend is waardoor dit tot vreemde situaties kan leiden. Het geheel sluit ik in paragraaf 5 af met een conclusie.
Hoewel zakelijke rechten — voor wat betreft de maatstaf van heffing — voor de overdrachtsbelasting nagenoeg op vergelijkbare wijze in de heffing worden betrokken, laat ik de overdrachtsbelastingbehandeling buiten beschouwing.

2 Wetssystematiek zakelijke rechten

2.1 Btw-behandeling zakelijke rechten in de Btw-richtlijn

Op grond van art. 15, tweede lid, onderdeel b, Btw-richtlijn[1] hebben lidstaten de mogelijkheid om zakelijke rechten (zoals een opstalrecht of een erfpachtrecht) aan te merken als een lichamelijke zaak die daarmee voor btw-doeleinden geleverd kan worden. De achterliggende gedachte van deze bepaling is een gelijke btw-behandeling van handelingen die in economisch opzicht gelijkwaardig zijn aan de levering van de onderliggende onroerende zaak.[2] Vorenbedoelde richtlijnbepaling is een zogenoemde kan-bepaling, waarbij lidstaten de keuze hebben om deze bepaling in te voeren. Nederland heeft van deze keuze gebruikgemaakt en heeft vorenbedoelde bepaling geïmplementeerd in art. 3, tweede lid, Wet OB 1968.

2.2 Btw-behandeling zakelijke rechten in de Wet OB 1968

Op grond van art. 3, tweede lid, Wet OB 1968 kwalificeert de vestiging, overdracht, wijziging, afstand of opzegging van een zakelijk recht als een levering of een verhuurdienst van de onderliggende onroerende zaak.[3] Hierbij geldt dat de overdracht, vestiging etc. van het zakelijke recht als een levering wordt aangemerkt, tenzij de vergoeding, vermeerderd met de omzetbelasting, minder bedraagt dan de waarde in het economische verkeer van de onder-

---

1 Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

2 Vgl. Toelichting op het Voorstel voor een Zesde richtlijn, COM(73) 950 van 20 juni 1973, onder andere gepubliceerd in V-N 1973, 18A.

3 Rechten van hypotheek en grondrechten zijn expliciet uitgesloten van het toepassingsbereik van art. 3, tweede lid, Wet OB 1968.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 171 18-8-2023 14:13:18

liggende onroerende zaak.[4] Alsdan is sprake van een dienst die op grond van art. 11, eerste lid, onderdeel b, onder 5, laatste volzin, Wet OB 1968 wordt aangemerkt als de verhuur van onroerend goed. De slotzin van art. 3, tweede lid, Wet OB 1968 geeft vervolgens invulling aan het begrip 'waarde in het economische verkeer' door een ondergrens te stellen: de waarde moet ten minste gelijk zijn aan de actuele kostprijs van de onroerende zaak waarop het recht betrekking heeft (hierna: 'actuele kostprijs').
Bovenstaande in acht nemende, moeten in beginsel dus de volgende twee stappen worden uitgevoerd om te bepalen of sprake is van een levering of verhuur voor btw-doeleinden:

1. de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak moet worden bepaald op het moment dat het belastbare feit zich voordoet;
2. de vergoeding voor het zakelijke recht moet worden bepaald en worden vergeleken met de waarde in het economische verkeer c.q. actuele kostprijs zoals hierboven is vermeld. In paragraaf 3 licht ik nader toe hoe de vergoeding van zakelijke rechten moet worden bepaald.

In het arrest Stichting Goed Wonen heeft het Hof van Justitie bepaald dat het Nederland is toegestaan om de btw-kwalificatie van een zakelijk recht (een levering of een dienst) af te laten hangen van de hoogte van de vergoeding. Dit is dus niet in strijd met de Btw-richtlijn. Je zou hier ook anders over kunnen denken, aangezien de hoogte van de vergoeding in principe niets zegt over de btw-kwalificatie van de onderliggende prestatie (het is en blijft een zakelijk recht). Hoe het ook zij, volgens het Hof van Justitie is de Nederlandse wettelijke regeling op dit punt in overeenstemming met de Btw-richtlijn.

2.3 Btw-gevolgen levering of dienst

De btw-regels voor onroerende zaken zijn van toepassing op de vestiging, overdracht etc. van zakelijke rechten.[5] Hierbij geldt dat wanneer sprake is van een levering, in principe een btw-vrijstelling van toepassing is, tenzij de onderliggende onroerende zaak op het moment van

[4] Hoewel in de letterlijke wettekst wordt gerefereerd naar de waarde in het economische verkeer van het *zakelijke recht*, lijkt de wetgever hiermee de *onderliggende onroerende zaak* te hebben bedoeld. Dit volgt niet alleen uit de laatste volzin van de wettekst (de zogeheten 'actuele kostprijs'), maar ook uit Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 5, p. 16 en 17 waarin is opgenomen dat (cursivering van mij): 'In de nota van wijziging zal worden voorzien in een leveringsregime, indien wordt voldaan aan het criterium van de gelijkwaardigheid, voor alle soorten beperkte rechten. Ook zal ik in die nota opnemen dat ik onder de bedoelde gelijkwaardigheid versta het hanteren *van een prijs die overeenkomt met de economische waarde van de onroerende zaak waarop het recht betrekking heeft*.' Ik verwijs in dit verband ook naar HvJ 4 oktober 2001, C-326/99 (Stichting Goed Wonen), ECLI:EU:C:2001:506, waar in het dictum ook wordt aangesloten bij 'de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak' voor de bepaling of sprake is van een levering.

[5] Kamerstukken II 1967/68, 9324, 3, p. 31rk.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 172 18-8-2023 14:13:18

leveren een bouwterrein is, een nieuwe onroerende zaak betreft, dan wel wanneer partijen opteren voor een btw-belaste levering.[6] In die drie gevallen is de levering belast met btw.
Het gevolg van een btw-belaste levering van het zakelijke recht is dat op het moment van de levering eenmalig btw is verschuldigd over de heffingsmaatstaf (hierover meer in paragraaf 3). Over eventuele latere toekomstige betalingen die voortvloeien uit de schuldplichtigheid (bijvoorbeeld de periodieke canon of retributie) is dan geen btw meer verschuldigd.
Wanneer de overdracht, vestiging etc. van het zakelijke recht kwalificeert als een dienst, kwalificeert dit als verhuur van de onderliggende onroerende zaak, die in beginsel is vrijgesteld tenzij partijen opteren voor een btw-belaste verhuur. Wanneer partijen opteren voor een btw-belaste verhuur, leidt dit ertoe dat btw is verschuldigd over de eventuele koopsom en over elke latere toekomstige betaling die voortvloeit uit de schuldplichtigheid. Dit verschilt dus van een levering, waar maar op één moment btw is verschuldigd.
In het meergenoemde arrest Stichting Goed Wonen is geoordeeld dat het Nederland is toegestaan om de vestiging van een zakelijk recht als verhuur aan te merken. Daarnaast leid ik uit het arrest Lubbock Fine[7] af dat de opzegging, het doen van afstand en sommige vormen van wijziging van een zakelijk recht als verhuur kwalificeert, mits de eerdere verkrijging van het zakelijke recht door de gerechtigde ook als verhuur kwalificeerde. Dit omdat in het arrest Lubbock Fine de beëindiging van de huurovereenkomst op dezelfde wijze behandeld moest worden als de initiële verhuurprestatie op grond van die huurovereenkomst.
Hier zit iets geks in, want wat nu als de eerdere verkrijging van het zakelijke recht als een levering kwalificeerde? In dat geval vind ik dat de opzegging, het doen van afstand en sommige vormen van wijziging[8] niet als verhuur kan kwalificeren voor btw-doeleinden. Hiervoor is het immers vereist dat de huurder in ruil voor een vergoeding het recht heeft om voor een overeengekomen tijdsduur de onroerende zaak exclusief te gebruiken als ware eigenaar, waaraan de opzegging, afstand doening en sommige vormen van wijziging niet voldoen.[9] Bij opzegging en het doen van afstand komt dit omdat de gebruiker (bijvoorbeeld de erfpachter) — direct na de opzegging c.q. het doen van afstand — geen exclusief gebruiksrecht meer heeft ten aanzien van de onderliggende onroerende zaak. Dus hoe kan de gebruiker de onroerende zaak dan nog ter beschikking stellen aan de bloot eigenaar conform de definitie van 'verhuur'? Bij een wijziging valt bijvoorbeeld te denken aan een wijziging van het bestemmingsplan, de schuldplichtigheid of de tijdsduur van het zakelijke recht. Ook dit voldoet naar mijn mening niet aan het begrip verhuur zoals hiervoor uitgelegd. Los van het arrest Lubbock Fine zijn er wat mij betreft ook andere handelingen ten aanzien van zakelijke

---

6 Als is bedoeld in art. 11, eerste lid, onderdeel a, onder 1, Wet OB 1968. Hierbij zij opgemerkt dat het zakelijke recht onderdeel kan uitmaken van een zogeheten algemeenheid van goederen als is bedoeld in art. 37d Wet OB 1968, in welk geval in het geheel geen btw is verschuldigd over de overdracht van het zakelijke recht.

7 HvJ 15 december 1993, C-63/92 (Lubbock Fine & Co), ECLI:EU:C:1993:929.

8 Zoals het wijzigen van de schuldplichtigheid of de bestemming. Wat mij betreft is dit een wijziging van de bestaande contractuele relatie tussen partijen, die op grond van het arrest Lubbock Fine alleen als 'verhuur' kan worden gezien wanneer de initiële vestiging van het zakelijke recht ook als verhuur kwalificeerde.

9 Zie o.a. HvJ 19 december 2018, C-17/18 (Mailat), ECLI:EU:C:2018:1038, r.o. 36.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 173 18-8-2023 14:13:18

rechten te bedenken die niet aan het begrip verhuur voldoen, ongeacht de btw-behandeling van de eerdere verkrijging. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 4, voorbeeld 2, waar ik dit nader toelicht.
Aangezien het begrip 'verhuur' een communautair begrip[10] is dat niet zomaar door lidstaten mag worden uitgebreid (of mag worden beperkt), is de Wet OB 1968 naar mijn mening strijdig met de Btw-richtlijn voor zover de handeling ten aanzien van het zakelijke recht niet voldoet aan de definitie 'verhuur'.

2.4 Overdracht bloot eigendom onderliggende onroerende zaak

Art. 3, tweede lid, Wet OB 1968 is niet van toepassing op de zogeheten overdracht van de 'bloot eigendom' van een onroerende zaak. De overdracht van de bloot eigendom kwalificeert in principe als een levering als bedoeld in art. 3, eerste lid, Wet OB 1968, ervan uitgaande dat de bloot eigenaar als btw-ondernemer handelt[11] en de prestatie onder bezwarende titel plaatsvindt.[12] Hierbij is het onder andere van belang dat de macht om als eigenaar te beschikken over de onroerende zaak overgaat.
Wanneer het zakelijke recht bij vestiging als verhuur kwalificeert voor btw-doeleinden, is het logisch dat de bloot eigendom van die onroerende zaak geleverd kan worden voor de btw. Echter, wanneer het zakelijke recht bij vestiging als een levering kwalificeert, leidt dit er in feite toe dat dezelfde onroerende zaak twee keer geleverd kan worden. Het arrest Centralan[13] bevestigt echter dat deze systematiek is toegestaan; het Hof van Justitie oordeelde dat zowel het overeenkomen van een huurrecht van 999 jaren als de overdracht van het residuele eigendomsrecht van diezelfde onroerende zaak kan kwalificeren als een levering voor btw-doeleinden.[14] Eenzelfde onroerende zaak kan dus 'dubbel' geleverd worden. Hierbij zou je kunnen betogen dat er helemaal geen sprake is van een 'dubbele levering' omdat de levering van de bloot eigendom en het zakelijke recht (juridisch gezien) twee verschillende dingen zijn en daarmee dus ook een eigen btw-behandeling kennen. Alleen voor het bepalen van de btw-gevolgen wordt voor het zakelijke recht gehandeld alsof de onderliggende onroerende zaak is overgedragen.
In het arrest Centralan komt het Hof van Justitie alleen aan een 'dubbele' levering toe wanneer beide handelingen voldoen aan het leveringsbegrip in de btw. Zoals hiervoor is opgemerkt is het hierbij van belang dat de beschikkingsmacht van de onroerende zaak overgaat. Je zou verwachten dat de beschikkingsmacht overgaat wanneer de juridische titel van de bloot eigendom wordt geleverd. In een aantal gevallen zou hierover kunnen worden getwijfeld, zoals in de situatie dat net voor overdracht van de bloot eigendom een tijdelijk zakelijk recht van 99 jaren is gevestigd. Je zou je dan kunnen afvragen of de bloot eigenaar nog wel de beschikkingsmacht heeft over de onroerende zaak of dat die macht is overgegaan op de za-

---

[10] HvJ 12 juni 2003, C-275/01 (Sinclair Collis Ltd.), ECLI:EU:C:2003:341, r.o. 22.

[11] Dit zal doorgaans het geval zijn, zie bijvoorbeeld HvJ 4 december 1990, C-186/89 (Van Tiem), ECLI:EU:C:1990:429, waar een bloot eigenaar als btw-ondernemer werd aangemerkt ten aanzien van de vestiging van een zakelijk recht voor achttien jaren tegen een periodieke vergoeding.

[12] Als is bedoeld in art. 1, onderdeel a, Wet OB 1968.

[13] HvJ 15 december 2005, C-63/04 (Centralan), ECLI:EU:C:2005:773.

[14] Zie ook G.J. van Norden, Het concern in de btw, Kluwer, Deventer 2007, paragraaf 6.7.2.3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 174 18-8-2023 14:13:18

kelijk gerechtigde. Ik meen het eerste, omdat ik zou verwachten dat de bloot eigenaar onder andere middels de voorwaarden rechten en plichten heeft opgelegd ten aanzien van onder andere het gebruik van de onroerende zaak (bijvoorbeeld de bloot eigenaar kan het zakelijke recht opzeggen om redenen die het algemene belang dienen, of de bestemming van de onroerende zaak ligt vast), waardoor de bloot eigenaar toch een mate van beschikkingsmacht over de onroerende zaak behoudt, dat is vereist voor het leveringsbegrip in de btw.
Niet in alle gevallen zal de overdracht van de bloot eigendom overigens tot een belastbare prestatie leiden, doordat de periodieke schuldplichtigheid (onder voorwaarden) in mindering mag worden gebracht op de vergoeding.[15] Wanneer de bloot eigendom van een onroerende zaak wordt overgedragen dat is bezwaard met een eeuwigdurend zakelijk recht, is de heffingsmaatstaf in principe € 0.[16] De waarde van de periodieke schuldplichtigheid die in mindering mag worden gebracht op de vergoeding wordt dan namelijk fictief gesteld op de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak waarop het recht betrekking heeft.[17] Dit licht ik in paragraaf 3 nader toe.

3 Heffingsmaatstaf omzetbelasting; kapitalisatie van schuldplichtigheid

3.1 Wettelijke systematiek zakelijke rechten

De Btw-richtlijn kent geen bepaling op grond waarvan een speciale waardering moet plaatsvinden om de maatstaf van heffing voor zakelijke rechten te bepalen. De Wet OB 1968 kent echter wel dergelijke bijzondere waarderingsvoorschriften. Dat komt omdat voor zakelijke rechten periodieke toekomstige betalingen plaats kunnen vinden voor het gebruik van de onderliggende onroerende zaak. Deze schuldplichtigheid zal moeten worden gewaardeerd om vast te kunnen stellen of sprake is van een levering of een dienst en in het geval van een levering, wat de bijbehorende maatstaf van heffing is.
De waarderingsvoorschriften van de schuldplichtigheid zijn neergelegd in art. 8, vijfde lid, onderdeel b en c, Wet OB 1968 en verder uitgewerkt in art. 5 en bijlage A bij het Uitv.besl. OB 1968. Hierbij geldt dat de schuldplichtigheid gekapitaliseerd moet worden, waarbij verschillende factoren een rol spelen, zoals de duur van het recht, en in hoeverre het recht afhankelijk is van het leven. Over het algemeen wordt de gekapitaliseerde waarde van de schuldplichtigheid opgeteld bij de koopsom (indien van toepassing),[18] tot maximaal de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak.
Voor eeuwigdurende zakelijke rechten die niet van het leven afhankelijk zijn en waarvoor een periodieke betaling is verschuldigd, wordt de vergoeding fictief gesteld op de waarde in

[15] Op grond van art. 8, vijfde lid, onderdeel c, Wet OB 1968 jo. art. 5, tweede en zesde lid, Uitv.besl. OB 1968.

[16] Ervan uitgaande dat het zakelijke recht bij vestiging als een levering kwalificeerde als bedoeld in art. 3, tweede lid, Wet OB 1968, jo. art. 5, zesde lid, Uitv.besl. OB 1968 en er een periodieke schuldplichtigheid is verschuldigd voor het zakelijke recht.

[17] Bijlage A, onderdeel c, Uitv.besl. OB 1968.

[18] Indien de omvang van de schuldplichtigheid overeenkomt met de waarde van de onderliggende onroerende zaak, heeft het recht zelf geen waarde. Het ligt dan niet voor de hand om nog een aparte koopsom te bedingen voor de handeling met betrekking tot het zakelijke recht.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 175 18-8-2023 14:13:18

het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak.[19] Naar mijn mening ziet deze fictie alleen op gevallen dat er een periodieke schuldplichtigheid is. Indien dit niet het geval is — bijvoorbeeld omdat de schuldplichtigheid voor de volledige duur is afgekocht — dan geldt vorenbedoelde fictie niet. Dat komt omdat vorenbedoelde bepaling de (periodieke) schuldplichtigheid fictief waardeert, welke schuldplichtigheid dan ontbreekt.
Let wel, de fictie voor eeuwigdurende rechten betekent niet dat per definitie altijd sprake is van een levering van het zakelijke recht voor btw-doeleinden. In art. 3, tweede lid, Wet OB 1968 is immers bepaald dat de waarde ten minste gelijk moet zijn aan de actuele kostprijs van de onderliggende onroerende zaak. Is die actuele kostprijs hoger dan de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak op het moment dat het belastbare feit zich voordoet, dan is sprake van een dienst voor btw-doeleinden.[20]
Gelet op het bovenstaande, zou geconcludeerd kunnen worden dat Nederland de maatstaf van heffing voor zakelijke rechten objectiveert door regels te stellen hoe deze gewaardeerd moeten worden. Gesteld zou kunnen worden dat dit in strijd is met de Btw-richtlijn, aangezien de Btw-richtlijn objectivering van de maatstaf van heffing alleen in expliciete gevallen voorschrijft (bijvoorbeeld bij verbondenheid tussen partijen; art. 80 Btw-richtlijn), terwijl deze gevallen zich hier niet voordoen. Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat het vaststellen van de heffingsmaatstaf wel geobjectiveerd moet plaatsvinden omdat rekening moet worden gehouden met toekomstige betalingsverplichtingen en die moeten nu eenmaal op één of andere manier gewaardeerd worden. Hierdoor ontkom je niet aan een waarderingsmethodiek zoals bijvoorbeeld thans is opgenomen in de Wet OB 1968 en (bijlage A bij) het Uitv.besl. OB 1968. In gevallen waarin de waarderingsmethodiek echter ver van de economische werkelijkheid af ligt, is het naar mijn mening evidenter dat Nederland in strijd met de Btw-richtlijn handelt. Bijvoorbeeld in een situatie waarbij tussen derde partijen een (extreem) lage schuldplichtigheid is verschuldigd voor een eeuwigdurend zakelijk recht ten opzichte van de waarde van de onderliggende onroerende zaak op moment dat het belastbare feit zich voordoet. In een dergelijk geval is de heffingsmaatstaf gelijk aan de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak, terwijl dit dan waarschijnlijk nooit wordt terugverdiend door de bloot eigenaar.[21] In die gevallen vind ik het niet redelijk om voor de maatstaf van heffing aan te sluiten bij de waarde in het economische verkeer van de onderliggende onroerende zaak.[22]

3.2 Wettelijke systematiek bloot eigendom

Wanneer de bloot eigendom van een onroerende zaak wordt geleverd dat is bezwaard met een zakelijk recht, komt de gekapitaliseerde waarde van de schuldplichtigheid in mindering op de koopsom.[23] Hierbij geldt dan wel dat vorenbedoelde vermindering van de vergoeding

[19] Op grond van bijlage A, onderdeel c, Uitv.besl. OB 1968.

[20] Zie ook het Besluit van 17 december 2014, tot wijziging van enige uitvoeringsbesluiten op het gebied van belastingen en toeslagen, Stb. 2014, 579, p. 26, waarin de staatssecretaris van Financiën dit eveneens onderkent.

[21] Waarbij ook rekening gehouden dient te worden met geldontwaarding en inflatie.

[22] Al besef ik mij terdege dat deze situatie zich niet zo snel voordoet.

[23] Waarbij de maatstaf van heffing niet minder kan zijn dan € 0.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 176 18-8-2023 14:13:18

alleen geldt wanneer de vestiging van het zakelijke recht destijds kwalificeerde als een levering.[24] De achtergrond hiervan is dat de gekapitaliseerde waarde van de schuldplichtigheid bij de vestiging van het zakelijke recht reeds onderdeel was van de maatstaf van heffing, zodat dit niet nog een keer in de heffing wordt betrokken. Let wel, wanneer de vestiging van het zakelijke recht als verhuur kwalificeerde op het moment van vestiging, geldt vorenbedoelde vermindering niet en wordt de heffingsmaatstaf gevormd door de koopsom voor de bloot eigendom van de onderliggende onroerende zaak. De achterliggende gedachte hierbij is dat in een dergelijk geval de gekapitaliseerde waarde van de schuldplichtigheid geen onderdeel was van de vergoeding, terwijl dit bij een levering wel het geval zou zijn.

3.3 Indexatie en onzekere waarde van de toekomstige schuldplichtigheid

Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin de periodieke schuldplichtigheid op voorhand nog niet vaststaat, omdat deze afhankelijk is van onzekere toekomstige gebeurtenissen. Bijvoorbeeld:

1. het indexeren van de periodieke schuldplichtigheid aan de hand van het consumentenprijsindexcijfer (CPI);
2. het opnieuw vaststellen van de schuldplichtigheid na het einde van een tijdvak (van bijvoorbeeld vijftig jaren), welke schuldplichtigheid dan wordt gebaseerd op de alsdan geldende actuele grondwaarde;
3. het bepalen van de periodieke schuldplichtigheid aan de hand van de opbrengsten die worden gerealiseerd met de onderliggende onroerende zaak (zoals de huuropbrengsten).

De vraag is of al deze situaties vallen onder het bepaalde in onderdeel f van bijlage A Uitv. besl. OB 1968. Dit artikel bepaalt dat de schuldplichtigheid — in het geval deze onzeker is — wordt gelijkgesteld met het geschatte gemiddelde jaarlijkse bedrag van de schuldplichtigheid. Door sommigen[25] wordt het standpunt ingenomen dat deze bepaling alleen ziet op situaties waar de periodieke schuldplichtigheid volledig onzeker is (voorbeeld 3 hierboven) en niet in de situatie waarbij de jaarlijkse schuldplichtigheid geïndexeerd wordt (voorbeeld 1 hierboven). Zij baseren zich onder andere op de wetsgeschiedenis waar is opgenomen dat (cursivering van mijn hand):

> ‘In geval van een periodiek aan te passen canon wordt de mogelijkheid van wijziging door middel van een schatting *in de berekening verdisconteerd*; bij de periodieke canonherzieningen wordt niet op de heffing van de overdrachtsbelasting teruggekomen.’[26]

Op grond van de geciteerde wetsgeschiedenis ben ik geneigd om met dit standpunt in te stemmen, al zou je hier ook tegenin kunnen brengen dat onderdeel f van bijlage A Uitv.besl. OB 1968 ook de onzekere schuldplichtigheid door middel van een schatting in de berekening

[24] Op grond van art. 8, vijfde lid, onderdeel c, Wet OB 1968 jo. art. 5, zesde lid, Uitv.besl. OB 1968.

[25] Y.E. Gassler, J. Verbaan e.a., Cursus Belastingrecht overdrachtsbelasting, Wolters Kluwer, Deventer 2023, paragraaf 2.3.3.b.d.

[26] Kamerstukken II 1969/70, 10 560, 7, p. 10.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 177 18-8-2023 14:13:18

verdisconteert — waardoor bovenstaande citaat ook van toepassing zou kunnen zijn op een volledig onzekere periodieke schuldplichtigheid.
Met het oog op de rechtszekerheid zou het gewenst zijn als er duidelijkheid komt op dit punt. Een oplossing zou kunnen zijn om bijlage A bij het Uitv.besl. OB 1968 zodanig aan te passen dat in het geval van indexatie en bij het tussentijds wijzigen van de schuldplichtigheid (voorbeeld 1 en 2 hierboven) met een standaard rentepercentage gerekend moet worden. Dit rentepercentage zou dan periodiek (bijvoorbeeld jaarlijks) aangepast dienen te worden om adequaat te kunnen reageren op de schommelende rentestand.
De tabel zoals die is opgenomen in onderdeel b van bijlage A Uitv.besl. OB 1968 is gebaseerd op een rentepercentage van 5,88.[27] Het zou de voorkeur verdienen om ook dit rentepercentage periodiek aan te passen zodat de gekapitaliseerde waarde van de schuldplichtigheid zoveel mogelijk aansluit bij de realiteit.

4 Voorbeelden van gevallen waar de wettelijke regeling niet sluitend is

De huidige wettelijke regeling is in sommige gevallen niet sluitend en kan hierdoor tot vreemde — en rechtsonzekere — situaties leiden. Dit illustreer ik hieronder met een tweetal voorbeelden.

VOORBEELD 1: TIJDELIJK ERFPACHTRECHT

De gemeente heeft een tijdelijk erfpachtrecht gevestigd ten behoeve van X, waarvoor een periodieke canon is verschuldigd. De vestiging van het erfpachtrecht ten behoeve van X kwalificeerde als een btw-belaste levering van een bouwterrein.
X besluit om honderd vakantiewoningen voort te brengen op het bouwterrein, die een aantal jaren later gereed zijn. Na het gereedkomen verkoopt X elk van de vakantiewoningen, inclusief het toerekenbare deel van het erfpachtrecht, aan particulieren. Tien van de honderd vakantiewoningen krijgt X alleen maar met een flinke korting verkocht en worden daarmee geleverd onder de actuele kostprijs van X. Hierdoor kwalificeert de overdracht van het (toerekenbare deel van het) erfpachtrecht inclusief vakantiewoning aan de particulieren als een dienst (zijnde verhuur).
Ten aanzien van de overdracht van het erfpachtrecht, heeft X met elk van de particulieren geopteerd voor btw-belaste verhuur, omdat de particulieren voornemens zijn om de vakantiewoning tegen vergoeding te gaan verhuren aan derden. Hier ontstaat de vreemde situatie dat X als verhuurder van het erfpachtrecht wordt gezien, terwijl X ‘er tussenuit stapt’ na de levering van het erfpachtrecht inclusief vakantiewoning. Na levering bestaat er derhalve alleen nog maar een rechtsverhouding tussen de gemeente en de desbetreffende particulier. De gemeente brengt echter over de periodieke canon geen btw in rekening aan de particulier, want de gemeente heeft het erfpachtrecht immers al geleverd aan X op het moment van vestiging. Bovendien is de optie btw-belaste verhuur niet met de gemeente uitgeoefend, maar tussen X en de particulier. Betekent dit dat de particulier nogmaals moet opteren voor een btw-belaste verhuur, maar dan nu samen met de gemeente?

[27] Gebaseerd op zeventien keer de jaarlijkse schuldplichtigheid.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 178 18-8-2023 14:13:18

Het wordt nog ingewikkelder als achteraf blijkt dat de particulieren de vakantiewoningen te veel privé hebben gebruikt, zodat ze niet aan het zogeheten '90%-criterium'[28] hebben voldaan. In dat geval is de verhuur door X met terugwerkende kracht alsnog btw-vrijgesteld. In theorie zou dit betekenen dat X de gefactureerde btw over de koopsom voor de vakantiewoning en periodieke canon (de huurprijs) moet corrigeren en alsnog facturen zonder btw zou moeten uitreiken.
Probleem is echter dat X — na overdracht — helemaal geen btw in rekening heeft gebracht over de huur (de canon), dat zou de gemeente gedaan moeten hebben. Ook moet X de btw op de ontwikkelingskosten van de vakantiewoning en de btw over het toerekenbare deel van het erfpachtrecht terugbetalen aan de Belastingdienst nu de verhuur achteraf btw-vrijgesteld blijkt te zijn. De feitelijke huurrelatie is echter tussen de gemeente en de particulier, nu X na overdracht van het erfpachtrecht geen beschikkingsmacht meer heeft over het erfpachtrecht. Naar mijn mening is hier een onnavolgbare situatie ontstaan, met potentieel (vergaande) nadelige btw-gevolgen voor belastingplichtigen.

VOORBEELD 2: VESTIGEN ONDERERFPACHT

De gemeente vestigt een tijdelijk erfpachtrecht van negentig jaren ten behoeve van A waarvoor een periodieke canon verschuldigd is. De vestiging van het erfpachtrecht kwalificeerde als btw-vrijgestelde verhuur voor btw-doeleinden. Na een jaar draagt A het erfpachtrecht over aan B. De overdracht kwalificeert als een levering voor btw-doeleinden, omdat A een hogere canon heeft kunnen bedingen van B.
Hoe kan A een erfpacht leveren aan B, terwijl hij het erfpachtrecht nooit geleverd heeft gekregen (de vestiging van het erfpacht kwalificeerde immers als verhuur aan A). Gelet hierop zou A naar mijn mening hooguit een huurrecht kunnen overdragen aan B, dat van rechtswege belast zou zijn met btw. Dit is echter niet het geval, aangezien de overdracht van het zakelijke recht btw-technisch alleen kan kwalificeren als een levering of een verhuurdienst van de onderliggende onroerende zaak.
Hoewel ik mij realiseer dat vorenstaande situatie zich niet zo snel zal voordoen, illustreert dit mijns inziens wederom dat de wettelijke regeling geen sluitende is, die voor betrokken partijen tot rechtsonzekerheid leidt.

5 Tot slot

Bij handelingen ten aanzien van zakelijke rechten op onroerende zaken moet telkens worden bepaald of sprake is van een levering van de onderliggende onroerende zaak of een (verhuur) dienst. Dit is niet eenvoudig, waardoor partijen in onzekerheid verkeren of het zakelijke recht wordt geleverd, of een dienst wordt verricht.
Daarnaast is de huidige wettelijke regeling niet sluitend, waardoor hele vreemde situaties kunnen ontstaan met potentieel vergaande nadelige gevolgen voor belastingplichtigen. De wetgever is het belastingplichtigen verschuldigd om de wettelijke regeling onder de loep te nemen en te verbeteren, al realiseer ik mij dat dit geen eenvoudige opdracht is.

---

[28] Als is bedoeld in art. 6a, vierde lid, Uitv.besch. OB 1968, waarbij geldt dat de huurder het gehuurde voor ten minste 90% aftrekgerechtigde prestaties moet gebruiken.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 179 18-8-2023 14:13:18

Is de 'in wezen nieuwbouw'-lat wel richtlijn-conform?

Mr. drs. W.A.P. Nieuwenhuizen
Belastingadviseur, docent Universiteit van Amsterdam, raadsheer plv. Hof Den Haag

1 Inleiding

Onlangs heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten het 'in wezen nieuwbouw'-criterium, dat hij zelf in 2010 heeft geïntroduceerd, nader toegelicht. In een verweerschrift in cassatie in één van beide zaken merkte de staatssecretaris op dat hij in het beroepschrift een verzoek las om meer duidelijkheid over de te hanteren criteria, een verzoek dat hij onderschreef, en dat hij — indien de Hoge Raad daaraan zou kunnen of willen voldoen — dat op prijs zou stellen. Ook Rechtbank Zeeland-West-Brabant uitte deze wens: de Hoge Raad zou de rechtspraktijk een dienst bewijzen door duidelijkheid te verschaffen over het te hanteren beoordelingskader. De duidelijkheid die de Hoge Raad hierop gaf bleef echter beperkt tot de opmerking dat 'in wezen nieuwbouw' zich alleen voordoet indien 'wijzigingen in de bouwkundige constructie, daaronder begrepen vervanging (van een deel) van de bestaande bouwkundige constructie', zich hebben voorgedaan. En met deze verduidelijking zullen we het vermoedelijk de eerstkomende decennia moeten doen. Maar hoe verhoudt zich dit tot de ruimte die de Btw-richtlijn geeft en waaraan het Hof van Justitie, ook recent weer, invulling heeft gegeven?

2 Een nieuw gebouw en het boek van Van Dijk's Boekhuis BV

In beginsel valt de levering van een gebouw door een btw-belastingplichtige onder de vrijstelling van art. 11, eerste lid, onderdeel a, Wet OB 1968. Dit is anders indien er sprake is van een levering van een gebouw 'vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming' (art. 11, eerste lid, onderdeel a, onder 1, Wet OB 1968). Oftewel, indien een 'nieuw gebouw' wordt geleverd, is er sprake van een btw-belaste prestatie. De wetgever heeft dit nader ingevuld met art. 11, vijfde lid, onderdeel b, Wet OB 1968: 'wordt na de verbouwing van een gebouw de ingebruikneming als eerste ingebruikneming aangemerkt, indien door die verbouwing een vervaardigd goed is voortgebracht'.

Maar wanneer is de verbouwing dusdanig geweest dat een vervaardigd goed is voortgebracht? Die vraag, wanneer is sprake van een 'vernieuwbouw', houdt de gemoederen al decennia bezig. Lange tijd heeft de praktijk voor het beantwoorden van die vraag moeten volstaan met het arrest Van Dijk's Boekhuis BV.[1] In dit arrest oordeelt het Hof van Justitie over de vraag of een 'meer of minder ingrijpend herstel van gebruikte schoolboeken' resulteert in 'de vervaardiging van (…) nieuw[e] boek[en]'. Het Hof van Justitie geeft in dit arrest in drie overwegingen de criteria weer:

- het spraakgebruik is bepalend, hetgeen betekent dat een goed moet zijn voortgebracht dat tevoren niet bestond (punt 20);

[1] HvJ 14 mei 1985, C-139/84 (Van Dijk's Boekhuis BV), ECLI:EU:C:1985:195.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 181 18-8-2023 14:13:18

- van vervaardiging is slechts sprake als een nieuw goed is gemaakt (punt 21); en
- '22. Er is een nieuw goed wanneer door het werk van de opdrachtnemer een goed ontstaat waarvan de functie volgens de in het maatschappelijk verkeer gangbare opvattingen verschilt van de functie die de verstrekte materialen hadden. (…)'

Punt 22 van het arrest uit 1985 heb ik hierboven volledig overgenomen omdat in de Nederlandse jurisprudentie in de daarop volgende 25 jaren vooral a. de functiewijziging en b. de maatschappelijke opvattingen een rol gingen spelen bij de beoordeling of sprake was van een nieuw — en dan met name 'onroerend' — goed. Vaak betrof het dan jurisprudentie inzake de toepassing van art. 3, eerste lid, onderdeel h (oud), Wet OB 1968, later art. 3, derde lid, onderdeel b jo. art. 3, negende lid (oud), Wet OB 1968,[2] de zogenoemde 'integratieheffing', waarin de vraag of een vervaardigingshandeling had plaatsgevonden een belangrijke rol speelde. De functiewijziging leek in de drie overwegingen hét criterium te zijn.

3 Het 'in wezen nieuwbouw'-criterium van het Kinderdagverblijf-arrest

Europese jurisprudentie over vervaardiging en 'nieuw' bleven lange tijd uit. Daarmee ontstond meer en meer de vraag naar een verdere precisering in de Nederlandse jurisprudentie. Weliswaar kwam daarom het Kinderdagverblijf-arrest van de Hoge Raad uit 2010[3] niet als een verrassing, maar wel de korte bewoordingen en ook het ontbreken van een toelichting als basis voor het nieuwe criterium. De zaak betrof een woning annex tandtechnisch laboratorium dat werd verbouwd tot een kinderdagverblijf. De vraag stond centraal of hiermee een nieuw gebouw was ontstaan, een vervaardigingshandeling, zodat de integratieheffing van art. 3, eerste lid, onderdeel h (oud) en later art. 3, derde lid, onderdeel b (oud), Wet OB 1968 in werking zou treden. Hof Den Bosch[4] had in de voorliggende uitspraak keurig binnen de lijntjes van het arrest Van Dijk's Boekhuis gekleurd en oordeelde dat 'de klassieke woonfunctie van het pand geheel is verdwenen en dat die functie ook niet te vergelijken is met de functie van een kinderdagverblijf' en dat 'met de wijzigingen van de voorzieningen (…) en de inwendige verbouwing van het pand (…) naar maatschappelijke opvattingen een nieuw goed is ontstaan'. De Hoge Raad kwam op basis van hetzelfde Van Dijk's Boekhuis-arrest tot een heel andere conclusie:

> 'Blijkens het hiervoor in 3.2.1 vermelde arrest van het Hof van Justitie is van vervaardiging in de zin van deze bepaling sprake indien een goed wordt voortgebracht dat tevoren niet bestond. Met betrekking tot onroerende zaken betekent dit — uitgaande van het spraakgebruik, zoals het Hof van Justitie in bedoeld arrest als maatstaf voorhoudt — dat slechts sprake is van vervaardiging van een goed, indien door de werkzaamheden aan de onroerende zaak *in wezen nieuwbouw* heeft plaatsgevonden. Door voor de beantwoording van de vraag of bij belanghebbende sprake was van vervaardiging in de zin van artikel 3, lid 1, letter h, van de Wet beslissend te achten of het pand al dan niet is te vereenzel-

[2] De integratieheffing (art. 3, derde lid, onderdeel b en art. 3, negende lid, Wet OB 1968) is per 1 januari 2014 afgeschaft.

[3] HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6681.

[4] Hof Den Bosch 29 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC6774.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 182 18-8-2023 14:13:18

> vigen met het pand zoals dat bestond voor de verbouwing, heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

Slechts bij 'in wezen nieuwbouw' is sprake van een nieuw gebouw oftewel een vervaardigd goed. De conclusie was dus dat de lat hoog werd gelegd. In wezen nieuwbouw gaat ver, verder dan 'functiewijziging'. Maar hoe ver? Een nieuwe periode van jurisprudentie ontwikkelde zich in Nederland, waarbij de functiewijziging geheel op de achtergrond verdween. Van 'in wezen nieuwbouw' was niet snel sprake. Toch was het wel de vraag waar dit nieuwe criterium vandaan kwam. De Europese richtlijn en jurisprudentie kenden dit begrip immers niet.

4 De Poolse wetgeving met een 30% investeringsdrempel bleek richtlijnproof (Kozuba)

Het arrest Kozuba van het Hof van Justitie uit 2017[5] met exact hetzelfde onderwerp, had dan ook voor de Nederlandse praktijk een opmerkelijke uitkomst. De Poolse wetgeving die voor het bepalen van een 'eerste ingebruikneming' na 'verbouwing' een ten minste 30% uitgaven voor verbetering ten opzichte van de beginwaarde verlangde, werd door het Hof van Justitie richtlijnproof bevonden.
Het door het Hof van Justitie uitgelegde art. 12, tweede lid, Btw-richtlijn, waarop zowel de Poolse wetgeving als art. 11, vijfde lid, onderdeel b, Wet OB 1968 zijn gebaseerd, luidt:

> '(…) De lidstaten kunnen de voorwaarden voor de toepassing van het in lid 1, onder a), bedoelde criterium op de verbouwing van gebouwen, alsmede het begrip "bijbehorend terrein" bepalen.
> De lidstaten kunnen andere criteria dan dat van de eerste ingebruikneming toepassen, zoals het tijdvak dat verloopt tussen de datum van voltooiing van het gebouw en die van eerste levering, of het tijdvak tussen de datum van eerste ingebruikneming en die van de daaropvolgende levering, mits deze tijdvakken niet langer duren dan onderscheidenlijk vijf en twee jaar.'

Art. 12, tweede lid, Btw-richtlijn is een duidelijke kan-bepaling. Lidstaten kunnen criteria stellen, maar hoeven dat niet. Lidstaten hebben dus een zekere vrijheid. Maar houdt die vrijheid ook in dat lidstaten de bevoegdheid hebben om naar gelieven hieraan invulling te geven? Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat die vrijheid niet onbeperkt is. Zo heeft het Hof van Justitie zich bijvoorbeeld uitgelaten over het voortzettingsvereiste dat dient te gelden bij de overdracht van een onderneming in samenhang met de bepaling van art. 19 Btw-richtlijn (zie bijvoorbeeld het arrest Zita Modes[6] en het arrest Schriever[7]), terwijl deze bepaling eveneens een kan-bepaling is. Ook ten aanzien van de fiscale-eenheid-

[5] HvJ 16 november 2017, C-308/16 (Kozuba), ECLI:EU:C:2017:869.

[6] HvJ 27 november 2003, C-497/01 (Zita Modes Sàrl), ECLI:EU:C:2003:644.

[7] HvJ 10 november 2011, C-444/10 (Christel Schriever), ECLI:EU:C:2011:724.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 183 18-8-2023 14:13:18

jurisprudentie[8] en ten aanzien van het begrip bouwterrein[9] (ook in art. 12 Btw-richtlijn opgenomen) zien we dat het Hof van Justitie de kaders bepaalt indien lidstaten de ruimte krijgen om hierover regelgeving te maken. In het arrest Kozuba oordeelt het Hof van Justitie dan ook dat 'ofschoon artikel 12, lid 2, van de btw-richtlijn de lidstaten toestaat de voorwaarden te bepalen (…) die bepaling niet in die zin kan worden uitgelegd dat de lidstaten een zodanige beoordelingsmarge hebben dat zij in hun nationale wettelijke regelingen het begrip "eerste ingebruikneming" zelf kunnen wijzen (…)' (zie punt 45).
Het kader dat door het Hof van Justitie in het arrest Kozuba wordt gesteld, volgt dan in punt 52. De term 'verbouwing' wordt weliswaar in de richtlijn niet gedefinieerd (punt 51), maar 'suggereert op zijn minst dat het betrokken gebouw veranderingen van betekenis moet hebben ondergaan, die zijn bedoeld om het gebruik ervan te wijzigen of om de omstandigheden waaronder het wordt betrokken, ingrijpend aan te passen' (punt 52). Dus veranderingen van betekenis bedoeld om het gebruik ervan te wijzigen en dus toch weer die functiewijziging als belangrijk element! Het doel van de Btw-richtlijn is tenslotte — aldus het Hof van Justitie — om 'een handeling te belasten die de waarde van het betrokken goed beoogt te verhogen' (punt 55). Maar wat betekent dit alles voor de Nederlandse praktijk? Is het 'in wezen nieuwbouw'-criterium nog wel richtlijnproof?

5 De wollenstoffenfabriek en de prejudiciële vragen van Rechtbank Zeeland-West-Brabant

In de zaak van de wollenstoffenfabriek en later in prejudiciële vragen gesteld door Rechtbank Zeeland-West-Brabant is aan de Hoge Raad voorgelegd hoe het 'in wezen nieuwbouw'-criterium uitgelegd moet worden en of het arrest Kozuba niet moet leiden tot andere inzichten. In de zaak van de wollenstoffenfabriek[10] betrof het een voormalig fabrieksgebouw waarvan delen een rijksmonumentale status hadden verkregen. Het gebouw, aangeschaft voor € 1,4 miljoen, werd verbouwd voor ongeveer € 11 miljoen tot een retailcentrum. Er werden onder andere nieuwe staalconstructies aangebracht ter uitbreiding van het benodigde draagvermogen voor het nieuwe dak, de vloer en de fundering werden aangepast en vernieuwd om de draagkracht van de vloer te verhogen naar 1.000 kg/m^2 en binnenmuren met een dragende functie werden verwijderd om door andere draagconstructies vervangen te worden. Toch was dit alles voor Hof Den Bosch niet voldoende om te oordelen dat sprake was van in wezen nieuwbouw. Dit was opmerkelijk omdat hetzelfde Hof op exact dezelfde datum een uitspraak deed inzake de verbouwing van een voormalig postkantoor en bij een soortgelijk feitenmateriaal tot een ander — volledig tegengesteld — oordeel kwam.[11]
De rechtspraktijk verkeerde daardoor in grote twijfel en onzekerheid. Zelfs de staatssecretaris begreep dit goed. In zijn verweerschrift in cassatie in de zaak van de wollenstoffenfabriek schreef hij:

---

8 Zie bijv. HvJ 9 april 2013, C-85/11 (Commissie/Ierland), ECLI:EU:C:2013:217 en HvJ 25 april 2013, C-741/11, C-86/11, C-95/11, C-109/11 en C-65/11, ECLI:EU:C:2013:265 (Commissie/Zweden, Finland, Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Tsjechische Republiek en Nederland).

9 Zie bijv. HvJ 17 januari 2014, C-543/11 (Woningstichting Maasdriel), ECLI:EU:C:2013:20.

10 Hof Den Bosch 5 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:834, NLF 2020/0830, met noot van Sanders jr.

11 Hof Den Bosch 5 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:839, NLF 2020/0831, met noot van Sanders jr.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 184 18-8-2023 14:13:18

> 'Ik lees in het beroepschrift in cassatie vooral ook (impliciet) een verzoek aan uw Raad om — indien mogelijk — meer duidelijkheid te verschaffen over de door de feitenrechters dan wel meer in het algemeen de uitvoeringspraktijk te hanteren criteria bij de invulling van het begrip "in wezen nieuwbouw". Voor de goede orde merk ik op dat ik een dergelijk verzoek onderschrijf. Indien uw Raad hieraan zou kunnen of willen voldoen, zou dat op prijs worden gesteld.'

Daarbij verwijst hij vervolgens ook naar de zaak van het postkantoor.
Ook de rechterlijke macht was het spoor bijster. Rechtbank Zeeland-West-Brabant[12], geconfronteerd met een voormalig kantoorgebouw dat gekocht was voor € 4,8 miljoen en verbouwd werd tot hotel, waarna het verkocht werd voor bijna € 16 miljoen, kon moeilijk uit de voeten met de beide uitspraken van Hof Den Bosch. De zaak verschilt met de zaak van de wollenstoffenfabriek omdat de Rechtbank constateert dat de 'bestaande constructie van het gebouw' niet was aangepast. De enige constructieve aanpassingen betroffen het boren van gaten in vloeren ten behoeve van de doorvoer van leidingen en het aanbrengen van brandvertragende materialen. Het dak, de vloeren, de trappen, de plafonds en de liften waren niet verwijderd en ook niet vervangen. Geconfronteerd met de beide uitspraken en de conclusie van A-G Ettema in de zaak Wollenstoffenfabriek[13] stelt de Rechtbank prejudiciële vragen aan de Hoge Raad omdat ze meent dat de rechtspraktijk een dienst zou worden bewezen indien er, los van de concrete zaak van de wollenstoffenfabriek, duidelijkheid zou kunnen worden verschaft 'over het voor "in wezen nieuwbouw" te hanteren juridische beoordelingskader'.
Wat het arrest Kozuba betreft geeft de Rechtbank aan dat dit arrest vragen kan oproepen over de betekenis van de functiewijziging en oppert de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.
Hoewel de prejudiciële vragen van de Rechtbank bijna twee jaren later bij de Hoge Raad binnen zijn gekomen, gaf hij daaraan voorrang. Op 4 november 2022 beantwoordde de Hoge Raad[14] de vragen:

> '6.4.1 Bij de beantwoording van de vraag of in wezen een nieuw gebouw is ontstaan, moet worden vastgesteld wat er in bouwkundig opzicht met het bestaande gebouw is gebeurd (Vlg. HR 10 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2670, rechtsoverweging 3.2). Alleen wijzigingen in de bouwkundige constructie, daaronder begrepen vervanging (van een deel) van de bestaande bouwkundige constructie, kunnen de conclusie rechtvaardigen dat een verbouwing zo ingrijpend is geweest dat daardoor in wezen een nieuw gebouw is ontstaan. Of zulke wijzigingen zodanig ingrijpend zijn geweest, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een verbouwing zal niet snel zó ingrijpend zijn dat daardoor in wezen een vervaardigd gebouw in de zin van artikel 11, lid 3, letter b, van de Wet OB ontstaat.

---

[12] Rechtbank Zeeland-West-Brabant 31 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:378, NLF 2022/0406, met noot van Van der Zwan.

[13] Conclusie van 3 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:6, NLF 2022/0304, met noot van Wolf.

[14] HR 4 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1577, NLF 2022/2224, met noot van Willemsen.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 185 18-8-2023 14:13:18

> 6.4.2 De overige door de Rechtbank in haar prejudiciële vraag 1 vermelde factoren — te weten wijzigingen in de bouwkundige identiteit/uiterlijke herkenbaarheid, wijzigingen in functie in de zin van aanwendingsmogelijkheden, de grootte van de gedane investeringen en de door verbouwing gerealiseerde meerwaarde — kunnen, evenals andere factoren aanwijzingen zijn voor de constatering dat een verbouwing in bouwkundig opzicht zo ingrijpend is geweest dat in wezen een nieuw gebouw is ontstaan. Doorslaggevend zijn zij niet, noch op zichzelf, noch tezamen genomen, en noodzakelijk evenmin.'

Het moet dus — zo werd bevestigd door de Hoge Raad — gaan om wijzigingen in de bouwkundige constructie. Daarmee was ook het lot beslecht voor de zaak van de wollenstoffenfabriek. Een week later oordeelde de Hoge Raad[15] dat Hof Den Bosch ten onrechte de ingrijpendheid van de bouwkundige veranderingen niet als doorslaggevend heeft geacht en dat er dus wel degelijk sprake was van een 'in wezen nieuwbouw'. Aan de vraag of het arrest Kozuba tot andere inzichten moet leiden kwam de Hoge Raad niet meer toe (middel 2 behoeft geen behandeling meer).

6 Promo54 – Kozuba op herhaling?

'Van het één komt het ander.' Vaak leidt een uitspraak tot nieuwe vraagstukken. Het arrest Kozuba (een Poolse zaak) liet natuurlijk ook in België zijn sporen na. Anders dan de Poolse wetgever had de Belgische wetgever geen gebruikgemaakt van de mogelijkheid van art. 12, tweede lid, Btw-richtlijn om voorwaarden te stellen aan 'eerste ingebruikneming' en 'verbouwing'. Wat moet er dan gebeuren in een situatie waarin een oude school is verbouwd tot woonappartementen en kantoren? Betekent het ontbreken van een wettelijke regeling dan dat de levering altijd is vrijgesteld? Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag ontkennend. Ook dan is een levering binnen twee jaren na eerste ingebruikneming na verbouwing belast met btw en een levering na twee jaren vrijgesteld.

Maar welke criteria hebben dan te gelden? Ligt die lat hoog, zelfs erg hoog zoals in Nederland, waar de Hoge Raad in het antwoord op de prejudiciële vragen van de Rechtbank onder 6.4.1 aangeeft: 'Een verbouwing zal niet snel zó ingrijpend zijn dat daardoor in wezen een vervaardigd gebouw in de zin van artikel 11, lid 3, letter b, van de Wet OB ontstaat.' Of ligt die lat erg laag, zoals in Polen zoals blijkt uit het arrest Kozuba, waar een verbouwingsinvestering van slechts 30% ten opzichte van de beginwaarde al voldoende is?

Het antwoord daarop lijkt uit te blijven. Wel is de aanloop die het Hof van Justitie hierbij neemt opmerkelijk. In punt 21 van het arrest Promo54[16] merkt het Hof van Justitie ten aanzien van de 'ratio legis' van deze bepalingen op dat deze gezocht moet worden 'in het feit dat de verkoop van een oud gebouw nauwelijks toegevoegde waarde genereert'. De toegevoegde waarde, en daarmee in ogenschouw nemende dat de Poolse '30%-toegevoegde waarde' al voldoende was, is dan snel geconstateerd.

---

[15] HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1609, NLF 2022/2336, met noot van Van der Zwan.

[16] HvJ 9 maart 2023, C-239/22 (Promo54), ECLI:EU:C:2023:181, NLF 2023/0601, met noot van Gelderblom.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 186 18-8-2023 14:13:18

Ook punt 23 van het arrest Promo54 ('Voor zover de levering van een oud gebouw dat een verbouwing heeft ondergaan (…) en levert zij een belastbare handeling op.') doet een lage lat vermoeden.
Het opmerkelijke hieraan is dat het Hof van Justitie een deel van een overweging uit het arrest Kozuba, waarin het Hof ook een 'hoge lat' lijkt te accepteren, niet herhaalt in het arrest Promo54. In punt 55 van het arrest Kozuba oordeelt het Hof: '(…) Voor een oud gebouw ontstaat die toegevoegde waarde wanneer het dermate ingrijpend wordt verbouwd, dat het op één lijn kan worden gesteld met een nieuw gebouw.'
Door het arrest Promo54 komt deze (nu niet meer aangehaalde) overweging weer onder de aandacht. Klopt het wel dat een lidstaat de lat heel hoog mag leggen, terwijl een andere lidstaat die lat laag legt? Krijgen lidstaten echt zo veel vrijheid van het Hof van Justitie of begint het Hof van Justitie deze vrijheid nu al in te perken met het arrest Promo54?
Volgens A-G Ettema bestaat die vrijheid. In haar conclusie in de zaak Wollenstoffenfabriek geeft zij aan dat het Hof van Justitie niet met een allesomvattende definitie van het begrip 'verbouwing' komt (zie punt 4.31). Dat is op zich een merkwaardige constatering omdat eigenlijk niets anders verwacht mag worden. Het Hof kan moeilijk het kan-element van deze bepaling volledig naast zich neerleggen. Vervolgens geeft zij aan dat uit punt 52 van het arrest Kozuba afgeleid kan worden dat door het Hof van Justitie slechts een 'ondergrens' is gesteld. En dat is nauwelijks bijzonder te noemen. De vraag is juist of een lidstaat de nationale ondergrens veel hoger mag leggen dan de Europese ondergrens. De slotsom van de conclusie dat in het arrest Kozuba het Hof van Justitie een ondergrens heeft willen stellen aan het begrip 'verbouwing' en dat het 'in wezen nieuwbouw'-criterium daarboven ligt en daarom voldoet aan die ondergrens, is volgens mij niet het antwoord op de juiste vraag. Vooral nu in het arrest Promo54 het Hof van Justitie aangeeft dat het niet zo kan zijn dat de hele 'verbouwing'-bepaling ook geldt zonder dat een lidstaat gebruik heeft gemaakt van art. 12, tweede lid, Btw-richtlijn, doet de vraag rijzen hoeveel vrijheid lidstaten dan hebben als ze er wel gebruik van maken. Het kan toch niet zo zijn dat de ene lidstaat 30% hanteert terwijl een andere lidstaat 1.000% verlangt?
Zo komt mijn tweede punt terug: de functiewijziging van het arrest Van Dijk's Boekhuis.

7 Tot besluit

In zijn arrest van 4 november 2022 oordeelt de Hoge Raad dat art. 11, eerste lid, onderdeel a, Wet OB 1968 in een verbouwingsituatie slechts in werking treedt als dusdanige wijzigingen in de bouwkundige constructie zijn aangebracht dat daardoor in wezen een nieuw gebouw is ontstaan én dat een verbouwing niet snel daaraan voldoet. De functiewijziging is voor de Hoge Raad maar een bijzaak:

> 'De overige (…) factoren — te weten (…) wijzigingen in functie in de zin van aanwendingsmogelijkheden, (…) kunnen (…) aanwijzingen zijn (…) Doorslaggevend zijn zij niet (…).'

Naar mijn mening is dit niet juist. Het moet — gelet de arresten Kozuba en Promo54 — gaan om de combinatie a. veranderingen van betekenis en b. om het gebruik te wijzigen. Ook in een minder dan 'in wezen nieuwbouw'-situatie wordt daaraan voldaan.
De ondergrensgedachte die volgens A-G Ettema door het arrest Kozuba is aangebracht, zodat klaarblijkelijk een hogere ondergrens (op 'in wezen nieuwbouw'-niveau) ook toelaat-

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 187 18-8-2023 14:13:18

baar mag zijn, deel ik niet. Mogelijk wordt de ondergrensgedachte van de advocaat-generaal veroorzaakt doordat het Hof van Justitie in het arrest Kozuba de woorden 'op zijn minst' gebruikte. Opmerkelijk is dat het Hof de woorden 'suggereren op zijn minst' heeft ingeslikt in het arrest Promo54:

> '25. Aldus heeft het Hof het begrip 'verbouwing van gebouwen' nader omlijnd waar het heeft geoordeeld dat het betrokken gebouw veranderingen van betekenis moet hebben ondergaan die zijn bedoeld om het gebruik ervan te wijzigen of om de omstandigheden waaronder het wordt betrokken ingrijpend aan te passen (zie in die zin arrest van 16 november 2017, Kozuba Premium Selection, C-308/16, EU:C:2017:869, punt 52).'

Het Hof van Justitie formuleert het nu stelliger dan in punt 52 van het arrest Kozuba.
Ik meen dus dat de Hoge Raad met het 'in wezen nieuwbouw'-criterium de lat te hoog legt. Toch is het de vraag of we daar de eerstkomende decennia achter zullen komen. In tijden waarin kantoren eerder worden getransformeerd in woningen zijn belastingplichtigen beter uit met een hoge lat en mogen we verwachten dat de Belastingdienst niet de arresten van de Hoge Raad ter discussie stelt. Prejudiciële vragen hierover aan het Hof van Justitie komen er dus voorlopig niet.
Voorlopig moeten we het de komende decennia doen met 'in wezen nieuwbouw', hetgeen vereist dat er 'wijzigingen in de bouwkundige constructie' geconstateerd moeten worden. Een situatie die — zo zegt de Hoge Raad het zelf — zich bij een verbouwing niet snel zal voordoen.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 188 18-8-2023 14:13:18

Herinvesteringsreserve: huidige toestand en waar gaat het (mogelijk) naartoe

Prof. mr. dr. R. Russo
Verbonden aan Tilburg University en aan de Belastingdienst

Drs. M.G.A. de Wit
Verbonden aan de Belastingdienst

1 Inleiding

De regeling van de herinvesteringsreserve kent een lange geschiedenis, materieel eigenlijk teruggaand tot de Eerste Wereldoorlog. Kort gezegd biedt de regeling een faciliteit om belastingheffing op boekwinsten onder voorwaarden uit te stellen en uit te smeren over de afschrijvingstermijn van een vervangend bedrijfsmiddel. Het doel is te bevorderen dat boekwinsten, gemaakt doordat bedrijfsmiddelen uit de onderneming verdwijnen, voor de in het kader van de continuïteit van de onderneming nodige vervanging van die bedrijfsmiddelen beschikbaar blijven. Gaandeweg is de regeling steeds aangepast, verfijnd en soms ook voorzien van vreemde elementen. In deze bijdrage belichten wij voornamelijk aan de hand van (recente) jurisprudentie een aantal van de belangrijkste punten uit de regeling: het geldend recht dus. Wij besteden daarbij ook aandacht aan verschillen met de op basis van goed koopmansgebruik in de jurisprudentie ontwikkelde ruilgedachte In het laatste onderdeel beschouwen wij tot besluit de mogelijke toekomstige ontwikkeling van de regeling op deze punten.

2 Voorraad versus bedrijfsmiddel

Een vanaf het begin belangrijke beperking voor toepassing van de regeling van de herinvesteringsreserve is dat alleen bedrijfsmiddelen ervoor in aanmerking komen. Deze beperking geldt niet voor de ruilgedachte. De criteria om te onderscheiden tussen verschillende soorten activa zijn in de jurisprudentie ontwikkeld en zijn veelal ontleend aan geschillen over de toepassing van de herinvesteringsreserve (en haar voorganger de vervangingsreserve). In de praktijk is het belangrijkste onderscheid dat tussen voorraad en bedrijfsmiddel. Vooral bij vastgoed, de activa waarbij de herinvesteringsreserve relatief vaak wordt toegepast, speelt deze vraag en in deze bijdrage beperken wij ons daartoe.

Voor de beantwoording van de vraag of van een bedrijfsmiddel sprake is, kan eerst bij de algemene definitie te rade worden gegaan van art. 3.30 Wet IB 2001: goederen die voor het drijven van een onderneming worden gebruikt. Uit de jurisprudentie is gebleken dat het onderscheid met name moet worden gezocht in het bestemd zijn voor de omzet. Een goed dat bestemd is om te worden verkocht, is geen bedrijfsmiddel. Vooral bij panden, die vaak wat langer in bezit zijn, kan dit moeilijk toepasbaar zijn.[1] Een verhuurd pand is in deze zienswijze al snel een bedrijfsmiddel.

[1] Zie onder andere gedetailleerd R. Russo, Bedrijfsmiddel, Fed Fiscale Brochures, Kluwer, Deventer 2012, paragraaf 2.3.2.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 189 18-8-2023 14:13:18

Een eerste ontwikkeling hierin is de uitpondjurisprudentie.[2] De uitpondjurisprudentie brengt hier een nuancering aan bij verhuurde panden: ook als een pand wordt geëxploiteerd is niettemin van voorraad sprake als het de bedoeling is het te verkopen ('bestemd voor de verkoop'-criterium). De bewijslast hiervoor ligt bij de Inspecteur.

In een volgend arrest is door de Hoge Raad bepaald dat er een categorie hybride bedrijfsmiddelen bestaat.[3] Op deze activa kan wel worden afgeschreven, maar er kan bij verkoop geen herinvesteringsreserve worden gevormd. In feite wordt hiermee de uitpondjurisprudentie voortgezet, maar de bewijslast meer bij belanghebbende gelegd, althans minder alleen op de schouders van de Inspecteur. Het is de vraag of de Hoge Raad niet had kunnen volstaan met het aanscherpen van de uitpondjurisprudentie in plaats van een nieuw en onduidelijk begrip als een hybride bedrijfsmiddel te introduceren.

Vervolgens is een reeks arresten gewezen over het antwoord op de vraag wanneer een pand eventueel van functie verandert: van bedrijfsmiddel naar voorraad. Als dat gebeurt, kan bij eventuele verkoop geen herinvesteringsreserve meer worden gevormd.

Als eerste is daar een arrest van mei 2006.[4] Hierbij was sprake van een pand dat als bedrijfsmiddel werd gebruikt, vervolgens werd vervangen door een ander pand en te koop werd gezet. De verkoop vlotte niet, waarna werd besloten het pand te herontwikkelen tot appartementen en die dan als zodanig te verkopen. De vraag was of de winst bij de verkoop was te reserveren in een herinvesteringsreserve. De Hoge Raad besliste dat dit niet het geval is. Als een bedrijfsmiddel wordt aangewend ten behoeve van de voortbrenging van voor de verkoop bestemde zaken (een nieuwe activiteit), is geen sprake meer van een bedrijfsmiddel. Ook de waardestijging tot het moment dat van voorraad sprake wordt, kan niet worden gereserveerd in een herinvesteringsreserve. Het leerstuk van compartimentering is hier dus niet van toepassing. De vraag blijft uiteraard wanneer sprake is van gebruik voor een nieuwe activiteit. We nemen aan dat normale, onderhoud gerelateerde of opknapactiviteiten niet leiden tot een nieuwe activiteit, maar waar de grens precies ligt is onduidelijk.

In een volgend arrest[5] was sprake van een pand dat te koop stond en waaraan de verkoper op verzoek van de koper werk verrichtte. In dat geval blijft sprake van een bedrijfsmiddel. Hieruit blijkt dat de timing van eventuele werkzaamheden cruciaal is: als het werkzaamheden zijn die tot een nieuwe activiteit zouden kunnen leiden, blijft toch sprake van een bedrijfsmiddel als zij op verzoek van de koper plaatsvinden. Eigenlijk doet de verkoper dan niet iets zelf, het is de koper (of althans op diens verzoek) voor wie de werkzaamheden plaatsvinden en dat raakt de kwalificatie tot bedrijfsmiddel niet.

In een laatste arrest[6] in deze reeks bepaalde de Hoge Raad dat nog een uitzondering mogelijk is: als werkzaamheden plaatsvinden die zouden kunnen leiden tot een nieuwe activiteit (dus kwalificatie tot voorraad) met betrekking tot een pand, maar dat pand blijft daarnaast in gebruik in de ondernemingen en een wezenlijke functie vervullen, dan blijft het ook een bedrijfsmiddel.

---

[2] HR 16 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2602 en HR 26 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5612.

[3] HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3022.

[4] HR 12 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0430.

[5] HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3175.

[6] HR 16 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1439.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 190 18-8-2023 14:13:18

Het zal duidelijk zijn dat bij herontwikkeling van vastgoed al snel gesproken kan worden van een nieuwe activiteit. De exacte kwalificatie van de werkzaamheden, het moment ervan, de bepaling op wiens initiatief de werkzaamheden plaatsvinden en het verdere gebruik van het activum binnen de onderneming zijn hierbij doorslaggevend, langs de lijnen zoals die hierboven zijn besproken.

3 Herinvesteringsvoornemen

Een ander belangrijk onderdeel van de regeling van de herinvesteringsreserve is de aanwezigheid van een herinvesteringsvoornemen. Zowel voor de toepassing van de herinvesteringsreserve als de op jurisprudentie gebaseerde ruilgedachte is het van belang dat de ondernemer het voornemen heeft om de opbrengst te herinvesteren in een ander bedrijfsmiddel. Bij een beroep op de ruilgedachte is van belang dat de belastingplichtige ten tijde van de vervreemding een concreet plan heeft om in directe samenhang met de vervreemding een ander activum te verwerven dat zowel functioneel als economisch in het vermogen van de belastingplichtige dezelfde plaats inneemt als het vervreemde activum.[7] Dit concrete plan hoeft er bij de toepassing van de herinvesteringsreserve nog niet te zijn. Voor de vaststelling of sprake is van een voornemen tot herinvestering moet in het jaar waarin de herinvesteringsreserve wordt gevormd slechts worden onderzocht en vastgesteld of dat voornemen op balansdatum aanwezig is. Wel dient dat voornemen na dat jaar onafgebroken aanwezig te zijn.[8] Hof Leeuwarden[9] heeft aangegeven dat moet worden aangenomen dat de vierjaarstermijn van de vervangingsreserve, de voorganger van de herinvesteringsreserve, mede bedoeld is voor het nader concretiseren van het vervangingsvoornemen. Wij zijn van mening dat ook voor de herinvesteringsreserve een nadere concretisering van het voornemen mag worden verwacht naarmate de driejarige herinvesteringstermijn van het vijfde lid van art. 3.54 Wet IB 2001 verstrijkt.

In eerste instantie rust de bewijslast voor het aanwezig zijn van het voornemen tot vervanging op de belastingplichtige. Hij is immers degene die toepassing van een winstverlagende faciliteit vraagt. Uit de jurisprudentie blijkt dat alleen uitgesproken intenties niet voldoende zijn om het voornemen aannemelijk te maken. Het voornemen dient te kunnen worden afgeleid uit zekere naar buiten toe blijkende gedragingen en handelingen waaruit de op herinvestering gerichte gedragingen en handelingen zijn af te leiden. Als de Inspecteur meent dat in een specifiek geval het voornemen ontbreekt, verschuift de bewijslast daarvoor naar hem.

Het bewijs dat sprake is van een herinvesteringsvoornemen kan ook op andere wijze dan door stukken worden geleverd. Bovendien kunnen stukken en andere bewijsmiddelen die zien op de periode na de balansdatum van belang zijn, omdat feiten die zich voordoen na de balansdatum aanwijzingen kunnen geven over de aanwezigheid (of afwezigheid) van een herinvesteringsvoornemen op de balansdatum.[10] Uit jurisprudentie leiden wij af dat onder

[7] Zie ook HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1183, r.o. 3.3.

[8] HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6705.

[9] Hof Leeuwarden 15 februari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC4799.

[10] HR 21 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1507, NLF 2022/2125, met noot van Bruijsten.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 191 18-8-2023 14:13:18

andere de volgende elementen helpen om het herinvesteringsvoornemen aannemelijk te maken:

- er zijn voldoende financieringsmogelijkheden;
- het voornemen volgt uit notulen van directieverslagen;
- er zijn opdrachten verstrekt aan tussenpersonen (zoals een makelaar indien het vastgoed betreft);
- er zijn verklaringen van derden;
- er is feitelijk geherinvesteerd in een later jaar;
- uit de aard van de onderneming en gedragingen uit het verleden volgt dat herinvesteren gebruikelijk is;
- het herinvesteringsvoornemen is opgenomen in de jaarrekening.

4 Economische functie

De economische functie van een bedrijfsmiddel speelt voor de herinvesteringsreserve en de ruilgedachte een belangrijke rol. Voor de toepassing van de herinvesteringsreserve wordt een onderscheid gemaakt tussen kort-, lang- en niet-afschrijfbare bedrijfsmiddelen. Van een lang-afschrijfbaar bedrijfsmiddel is sprake als de afschrijvingsduur langer is dan tien jaren. Uitgangspunt is dat grond kwalificeert als een niet-afschrijfbaar bedrijfsmiddel en een gebouw als lang-afschrijfbaar bedrijfsmiddel. Voor toepassing van de ruilgedachte is van belang dat geherinvesteerd wordt in een bedrijfsmiddel met dezelfde economische functie als het vervreemde bedrijfsmiddel. Die eis geldt in beginsel ook voor de herinvesteringsreserve voor zover het lang- of niet-afschrijfbare bedrijfsmiddelen betreft.[11]

Om te beoordelen of een vervangend bedrijfsmiddel eenzelfde economische functie binnen de onderneming vervult als het vervreemde bedrijfsmiddel, dient niet alleen naar de aard van het bedrijfsmiddel te worden gekeken.[12] Zo verschillen verhuurde landbouwgronden naar hun aard van verhuurde woonhuizen, maar is dat niet doorslaggevend. Ook andere factoren zijn van belang, zoals opbrengsten, kosten, courantheid, waardevastheid enzovoort. Uit jurisprudentie en de parlementaire behandeling van de Wet IB 1964 leiden wij af dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen verhuurd vastgoed en vastgoed in eigen gebruik.[13] Wij zijn van mening dat alleen een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen bedrijfsmiddelen in eigen gebruik en bedrijfsmiddelen die ter belegging worden aangehouden en daar sluit dit criterium goed bij aan. Dit door ons gewenste onderscheid lichten wij toe in paragraaf 5.

Vastgoed dat wordt verhuurd aan een vennootschap binnen een fiscale eenheid wordt aangemerkt als vastgoed in eigen gebruik.[14] Vastgoed dat wordt verhuurd aan een concernvennootschap buiten de fiscale eenheid wordt voor de eis van eenzelfde economische functie

---

[11] In het negende en tiende lid van art. 3.54 Wet IB 2001 zijn hierop uitzonderingen gemaakt indien sprake is van overheidsingrijpen.

[12] HR 12 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AX4129.

[13] Zie bijvoorbeeld HR 23 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0894; HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8196; HR 16 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2125 en HR 12 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AX4129, voortgezet in HR 30 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3328.

[14] HR 16 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2125.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 192 18-8-2023 14:13:18

gelijkgesteld met verhuur aan een derde. Als dit een vennootschap buiten Nederland is die, bij vestiging in Nederland, wel onderdeel zou kunnen uitmaken van de fiscale eenheid, dan is het nog maar de vraag of gesproken kan worden van verhuur aan een derde.[15] Deze vraag is nog niet expliciet voorgelegd aan de Hoge Raad.

4.1 Vastgoed in eigen gebruik

Vervolgens komt de vraag op of er voor vastgoed in eigen gebruik verschillende economische functies bestaan. Wij denken dat dit niet snel het geval zal zijn indien het vervreemde en vervangende vastgoed binnen dezelfde afschrijvingscategorie vallen. Wel kunnen wij ons voorstellen dat bijvoorbeeld landbouwgrond ten behoeve van de bollenteelt (niet-afschrijfbaar) een andere economische functie vervult dan een loods voor opslag (lang-afschrijfbaar). Zowel in de parlementaire geschiedenis als in de jurisprudentie komt terug dat ten aanzien van het begrip economische functie een ruim standpunt wordt ingenomen. Zie bijvoorbeeld het arrest van 14 december 2001[16] waaruit volgt dat het verschaffen van onderdak aan bedrijfsactiviteiten op zichzelf een economische functie is. Daarbij maakt het niet uit dat de aard van de bedrijfsactiviteiten waaraan onderdak wordt verschaft verschillend is. Ook als rekening wordt gehouden met factoren zoals opbrengsten, kosten, courantheid en waardevastheid (enzovoort) denken wij dat bij gebouwen in eigen gebruik snel sprake is van eenzelfde economische functie.

In het verzamelbesluit Herinvesteringsreserve heeft de staatssecretaris aangegeven dat het ook mogelijk is dat lang- en niet-afschrijfbare bedrijfsmiddelen eenzelfde economische functie hebben.[17] De staatssecretaris geeft hierbij als voorbeeld de vervanging van verhuurde panden in eigendom door voor verhuur bestemde grond in eigendom. Wel wordt opgemerkt dat het afhankelijk is van de feiten en omstandigheden of in een concreet geval sprake is van eenzelfde economische functie. Bij het vervangen van een pand door grond kan de heffing over de stille reserve lang worden uitgesteld. Normaliter vermindert de afboeking van de herinvesteringsreserve het afschrijvingspotentieel, waardoor de stille reserve gedurende de afschrijvingstermijn weer vrijvalt in de winst. Maar op de grond wordt niet afgeschreven, waardoor de claim in zoverre pas tot uitdrukking komt bij de vervreemding van grond. Overigens is het wel zo dat het afschrijvingspotentieel op gebouwen door de aanscherping per 1 januari 2019 van de afschrijvingsbeperking voor vennootschapsbelastingplichtigen ook behoorlijk is beperkt. Zie hierover paragraaf 5 (art. 3.30a Wet IB 2001 jo. art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969).

4.2 Verhuurd vastgoed

Ook binnen verhuurd vastgoed lijkt snel sprake te zijn van eenzelfde economische functie. Dit sluit aan bij het hiervoor genoemde voorbeeld van de staatssecretaris. Uit de jurisprudentie is op te maken dat een gebouw dat ter belegging wordt aangehouden doorgaans dezelfde economische functie vervult als een ander gebouw dat ter belegging wordt aangehouden.

---

[15] Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968.

[16] HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2903.

[17] Onderdeel 3.8 van het Besluit van 13 juli 2022, 2022/4487, Stcrt. 2022, 19071.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 193 18-8-2023 14:13:18

Illustratief is hierbij het arrest van 10 maart 2006.[18] Het vervreemde pand bestond uit twee woonappartementen die voor de verhuur aan particulieren bestemd waren: het aangeschafte vastgoed betrof bedrijfsunits die waren bestemd voor de verhuur aan ondernemingen. Het maakte niet uit dat er een verschil is in de aard van de objecten, in het rendement, de economische levensduur, het leegstandrisico, verschillende regels op het gebied van huurbescherming, verschillende onderhoudskosten, verschillend bouwjaar en of er andere huurders (particulieren versus ondernemingen) zijn.
Een uitzondering is te vinden in het arrest van 12 november 1975.[19] Het ging hier om een fabrieksgebouw dat werd verhuurd aan een zustermaatschappij. Het Hof acht niet aannemelijk dat belanghebbende bij het beheer en de exploitatie van het fabrieksgebouw eenzelfde vrijheid heeft als zij had ten opzichte van de verkochte gronden en de andere sindsdien door haar verkregen onroerende goederen en heeft geoordeeld dat de band, die zij via haar aandeelhouder met de huurster van dit gebouw heeft, ertoe moet leiden dat zij bij dat beheer en die exploitatie in vergaande mate rekening moet houden met de belangen van deze huurster. Daarom werd vastgesteld dat het verkregen bedrijfsmiddel een andere economische functie vervulde. Toch concluderen wij hieruit niet dat de economische functie van vastgoed dat aan een gelieerde maatschappij wordt verhuurd, per definitie verschilt van een vastgoed dat aan een derde wordt verhuurd. Dit zal mede afhankelijk zijn van de voorwaarden waaronder het vervreemde en aangeschafte onroerend goed worden verhuurd en de positie die de goederen binnen het concern innemen.

5 Toekomstvisie

Wij gaan ervan uit dat de wetgever ook in de toekomst wil blijven bevorderen dat boekwinsten, gerealiseerd doordat bedrijfsmiddelen uit de onderneming verdwijnen, voor de in het kader van de continuïteit van de onderneming nodige vervanging van die bedrijfsmiddelen beschikbaar blijven. Het voordeel van een herinvesteringsreserve ten opzichte van de op basis van goed koopmansgebruik in de jurisprudentie ontwikkelde ruilgedachte, is dat de wetgever grip heeft op het toepassingsbereik en het rechtszekerheid biedt aan belastingplichtigen. Wij verwachten daarom dat de wettelijke herinvesteringsreserve voorlopig wel blijft bestaan. Wel zien wij mogelijkheden om de regeling op enkele van de besproken punten te vereenvoudigen.
De systematiek van de herinvesteringsreserve zoals die is omschreven in de inleiding kenmerkt zich door uitstel van belastingheffing te bieden door de boekwinst uit te smeren over de afschrijvingstermijn van het vervangende bedrijfsmiddel. De facto kan deze belastingheffing bij vastgoed bijna oneindig worden uitgesteld. Dit wordt enerzijds veroorzaakt door de ruime interpretatie van eenzelfde economische functie, waarbij zelfs niet-afschrijfbaar vastgoed eenzelfde economische functie kan vervullen als afschrijfbaar vastgoed en anderzijds doordat vaak niet meer op lang-afschrijfbaar vastgoed kan worden afgeschreven.
Dat niet meer op lang-afschrijfbaar vastgoed wordt afgeschreven komt door de beperking van die afschrijving tot de bodemwaarde is bereikt. Door afboeking van een herinvesterings-

[18] HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8196.

[19] HR 12 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AX4129 voortgezet in HR 30 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3328.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 194 18-8-2023 14:13:18

reserve kan de boekwaarde tot onder de bodemwaarde dalen. Het uitstel van belastingheffing bij blijvende vervanging kan daarmee bijna oneindig worden gecontinueerd. Het probleem zit eigenlijk niet in de regeling van de herinvesteringsreserve, maar in de afschrijvingsbeperking. Het probleem geldt met name voor bestaande herinvesteringsreserves. Nieuwe herinvesteringsreserves doen zich in mindere mate voor nu boekwinsten door het (grotendeels) achterwege blijven van afschrijvingen ook kleiner zijn. Het probleem had voorkomen kunnen worden door een overgangsregeling per de datum van invoering van de afschrijvingsbeperking, waardoor reeds bestaande herinvesteringsreserves niet onbeperkt zouden kunnen worden 'doorgerold'. Nu dit niet is gebeurd, is de op die reserves bestaande belastingclaim zo goed als illusoir geworden. Wij vragen ons af of dit bij invoering van die beperking zo is beoogd.

Wij zijn er voorstander van om de herinvesteringsreserve op het vlak van de eis van eenzelfde economische functie te vereenvoudigen en het onderscheid tussen lang- en niet-afschrijfbare bedrijfsmiddelen te laten vervallen. De budgettaire argumenten om dit onderscheid te handhaven hebben aan belang ingeboet, omdat op beide categorieën bedrijfsmiddelen in de praktijk niet of nauwelijks wordt afgeschreven. Voor de eis van eenzelfde economische functie kan — ter vereenvoudiging van de regeling — louter onderscheid worden gemaakt tussen bedrijfsmiddelen in eigen gebruik en bedrijfsmiddelen die ter belegging worden aangehouden. Voor verdergaande vereenvoudiging kan voor vastgoed dat is bestemd om direct of indirect ter beschikking te worden gesteld aan anderen dan met de belastingplichtige verbonden lichamen, bijvoorbeeld een beleggingsfictie worden gehanteerd zoals we die in andere wetsbepalingen kennen (bijvoorbeeld art. 20a, achtste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 195 18-8-2023 14:13:18

Bijzondere uitwerkingen en keuzemogelijkheden bij de generieke renteaftrekbeperking in de vennootschapsbelasting

Drs. D.G. Schraa
Partner Publieke Sector bij BDO Tax & Legal

1 Inleiding

De aankoop, exploitatie en/of verkoop van vastgoed gaat veelal gepaard met vragen over de financiering. De mate waarin de kosten als gevolg van financiering met vreemd vermogen aftrekbaar zijn, kan forse impact hebben op de resultaten van een vastgoedexploitant. Een belangrijke beperkende regeling hierbij is de generieke renteaftrekbeperking van art. 15b Wet VpB 1969 die per 1 januari 2019 is ingevoerd. De uitwerking van de generieke renteaftrekbeperking in diverse situaties is nog volop in ontwikkeling. Desondanks zijn er inmiddels een aantal — in mijn ogen — bijzondere uitwerkingen van de regeling te constateren. In deze bijdrage deel ik enkele van die situaties. Daarnaast beschrijf ik een aantal fiscale keuzemogelijkheden voor vastgoedexploitanten die impact hebben op de generieke renteaftrekbeperking.

2 Generieke renteaftrekbeperking

2.1 Hoofdregels

Sinds 1 januari 2019 geldt in de vennootschapsbelasting de zogeheten 'generieke renteaftrekbeperking' of 'earningsstrippingmaatregel'. Deze maatregel is opgenomen in art. 15b Wet VpB 1969 en beperkt de renteaftrek. De invoering van deze maatregel heeft forse impact op de vastgoedsector, zowel voor commerciële vastgoedexploitanten als woningcorporaties. Te meer nu in de Voorjaarsnota van 28 april 2023 een verdere aanscherping voor vastgoedexploitanten is aangekondigd.
Art. 15b Wet VpB 1969 bepaalt dat het saldo aan renten niet in aftrek komt voor zover dat meer is dan:

- 20% van de gecorrigeerde winst[1];
- € 1 miljoen.

Het saldo aan renten bestaat uit de rentelasten ter zake van geldleningen verminderd met de rentebaten ter zake van geldleningen, met een minimum van nihil. Ook de gecorrigeerde winst bedraagt minimaal nihil en wordt als volgt bepaald:

[1] Tot en met 31 december 2021 bedroeg de maximale renteaftrek 30% van de gecorrigeerde winst.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 197 18-8-2023 14:13:18

Fiscale winst
+/+ afschrijvingen op bedrijfsmiddelen
+/+ afwaarderingen van bedrijfsmiddelen
–/– terugnamen van afwaarderingen van bedrijfsmiddelen (opwaardering)
+/+ rentesaldo (minimaal nihil)

Het rentesaldo dat niet in aftrek kan worden gebracht, kan onbeperkt worden voortgewenteld en alsnog in aftrek worden gebracht in jaren waarin voldoende aftrekruimte bestaat (art. 15b, vijfde lid, Wet VpB 1969). Helaas blijkt het voor belastingplichtigen vaak lastig het rentesaldo alsnog in aftrek te brengen.

2.2 Verdere aanscherping voor vastgoedexploitanten

In de Voorjaarsnota van 28 april 2023 is opgenomen dat het drempelbedrag van € 1 miljoen met ingang van 1 januari 2025 buiten beschouwing wordt gelaten voor vastgoedlichamen met (aan derden) verhuurd vastgoed.[2] Hoe het begrip 'vastgoedlichamen met (aan derden) verhuurd vastgoed' moet worden uitgelegd is op het moment van schrijven van deze bijdrage nog niet bekend. Reden voor deze voorgestelde wijziging is te voorkomen dat vastgoedexploitanten hun bezit en bijbehorende leningenportefeuille 'opknippen' en verdelen over een aantal entiteiten, zodat steeds gebruik kan worden gemaakt van de drempel van € 1 miljoen. Het buiten beschouwing laten van het drempelbedrag betekent echter ook een verhoging van de vennootschapsbelastingdruk voor kleinere, laag-gefinancierde en/of verlieslatende vastgoedexploitanten (waaronder woningcorporaties). Dat is wat mij betreft ongewenst.

3 Het begrip rente en geldlening

Art. 15b, zesde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 benoemt dat onder rentelasten wordt verstaan kosten ter zake van geldleningen en kosten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's of valutarisico's ter zake van geldleningen. Ook valutaresultaten ter zake van geldleningen en resultaten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's of valutarisico's ter zake van geldleningen, kwalificeren als rente (art. 15b, zesde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969). Voordat men toekomt aan het begrip 'rente', moet dus eerst worden vastgesteld of sprake is van een geldlening.

3.1 Geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst

Als geldlening wordt genoemd een vordering of schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst (art. 15b, zesde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969). Van een geldlening is — conform art. 7:129 BW — sprake bij een kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.
In de parlementaire geschiedenis heeft de staatssecretaris toegelicht dat het begrip geldlening zich niet beperkt tot geldleningen in civielrechtelijke zin, maar ook overeenkomsten omvat die vergelijkbaar zijn met een overeenkomst van geldlening. Dit betekent dat bijvoorbeeld

[2] Kamerstukken II 2022/23, 36 350, 1, p. 221.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 198 18-8-2023 14:13:18

overeenkomsten in verband met financial lease en huurkoop volgens de staatssecretaris ook als geldlening kwalificeren.[3] Voor de toepassing van art. 15b Wet VpB 1969 is de fiscale kwalificatie van de geldlening leidend. Dus civielrechtelijke geldleningen die fiscaalrechtelijk als eigen vermogen worden aangemerkt (de schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening[4] kwalificeren niet als geldlening voor de toepassing van art. 15b Wet VpB 1969. Naast de parlementaire geschiedenis kan de op 19 oktober 2022 door de Belastingdienst gepubliceerde 'Syllabus art. 15b Wet Vpb (generieke renteaftrekbeperking)' meer inzicht bieden in diverse praktijkvragen over het begrip 'met geldlening vergelijkbare overeenkomst'. Zie hiervoor onder andere de elementen genoemd in paragraaf 4.7.1.4 van de syllabus.

3.2 Kosten ter zake van geldleningen

Wanneer vastgesteld is dat sprake is van het aangaan van een geldlening in de zin van art. 15b Wet VpB 1969, volgt de vraag welke met deze geldlening samenhangende kosten kwalificeren als rente. Hierbij is in de parlementaire geschiedenis aangegeven dat aan het begrip 'rente' een economische uitleg moet worden gegeven. Rente betreft de vergoeding voor het ter beschikking stellen van geld. De vorm waarin deze vergoeding wordt genoten, is daarbij niet relevant.[5]

Volgens art. 15b, zesde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 worden onder rentelasten ter zake van geldleningen mede begrepen: kosten ter zake van geldleningen en ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's of valutarisico's ter zake van geldleningen. Volgens de parlementaire geschiedenis moet hierbij primair worden gedacht aan juridische financieringskosten en afdekkingsinstrumenten. Denk hierbij aan: afsluitkosten, advieskosten, kosten van bemiddeling, registratiekosten, afsluitprovisies, garantieprovisies en boeterente.[6]

3.3 Waardemutaties van geldleningen

In de parlementaire geschiedenis is een voorbeeld opgenomen van een à pari uitgegeven obligatielening van 100 waarbij A leningnemer is en B leningverstrekker. Een afwaardering van de vordering met 20 in jaar 2 als gevolg van een stijging van de marktrente raakt het rentesaldo van B niet. Ook als B de vordering in jaar 3 overdraagt aan C voor 70 en hierbij een verlies van 10 realiseert, raakt dit verlies het rentesaldo van B niet. Echter, de waardeaangroei c.q. het vollopen van de vordering bij C van de aankoopwaarde van 70 naar de nominale waarde van 100, maakt *wel* onderdeel uit van het rentesaldo.[7]

---

3 Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 39.

4 HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442 (r.o. 3.3.1).

5 Kamerstukken I 2018/19, 35 030, E, p. 3.

6 Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 39.

7 Kamerstukken I 2018/19, 35 030, E, p. 3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 199 18-8-2023 14:13:18

Kort gezegd: afwaarderingen en verkoopresultaten van geldleningen behoren niet tot het rentesaldo. Waardemutaties als gevolg van een amortisatie of oprenting van een agio dan wel disagio van een lening, behoren *wel* tot de rente in de zin van art. 15b Wet VpB 1969.[8]
Dit voorbeeld illustreert dat de staatssecretaris discrepanties in de werking van art. 15b Wet VpB 1969 bij geldnemer en geldgever accepteert. Brandsma en Dubbeld merken op dat deze onevenwichtige behandeling leidt tot een fiscale 'mismatch' die mogelijk in strijd komt met de bedoeling van de Europese Richtlijn (Richtlijn 2016/1164).[9] Wat daar ook van zij, de Nederlandse wetgever lijkt deze mismatch vooralsnog bewust te accepteren.
Een vraag die het voorbeeld uit de parlementair geschiedenis oproept is hoe met een waardedaling of waardeaangroei moet worden omgegaan wanneer deze niet wordt veroorzaakt door een mutatie van de marktrente. Het voorbeeld in de parlementaire geschiedenis noemt slechts de stijging van de marktrente als reden voor de afwaardering door B van 100 naar 80. Bij de overdracht voor 70 wordt niet genoemd waarom de vordering nog verder in waarde is gedaald. Stel dat op enig moment de verwachting ontstaat dat A de vordering niet geheel zal kunnen terugbetalen en B waardeert om die reden de vordering af naar 70. Na overdracht van de vordering aan C gaat het A weer voor de wind en betaalt A de schuld volledig terug. Geldt de uitwerking van bovenstaand voorbeeld dan ook? Wat mij betreft ligt dit in de situatie van C niet voor de hand, omdat geen sprake is van een (economische) vergoeding voor het ter beschikking stellen van geld. Dit betekent dat bij waardemutaties van geldleningen steeds moet worden beoordeeld wat de oorzaak is van de waardeverandering.
In de syllabus wordt ook de vraag opgeworpen of de uitwerking van het voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis geldt wanneer de lagere prijs van de vordering is ontstaan door een daling van de kredietwaardigheid van A.[10] Het is echter niet geheel duidelijk of daarbij wordt gedoeld op de positie van C. Dit lijkt mij wel het meest voor de hand liggend. De meergenoemde syllabus bevestigt dat mogelijk een onderscheid moet worden gemaakt tussen waardeveranderingen als gevolg van ontwikkelingen in de marktrente en waardeveranderingen door andere factoren, maar verzoekt deze casussen te melden.

3.4 Overdracht of aflossing van een vastrentende lening

Bij een overdracht of aflossing van een lening vóór de overeengekomen beëindigingsdatum van de lening, zorgt de hiervoor beschreven uitwerking van het voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis voor een interessante uitkomst. Wanneer A de lening uit het voorbeeld

---

8 Een (dis)agio op een lening kan ontstaan wanneer een vordering of schuld boven/onder de nominale waarde wordt verkregen. Ook bij het ontstaan van vennootschapsbelastingplicht (bij bijvoorbeeld stichtingen of verenigingen) kan (dis)agio op leningen ontstaan, omdat alle vermogensbestanddelen op de openingsbalans op werkelijke waarde moeten worden gewaardeerd. De werkelijke waarde van leningen kan afwijken van de nominale waarde wanneer de marktrente is gedaald of gestegen ten opzichte van de marktrente op het moment van aangaan van de lening. Het verschil tussen de nominale waarde en de werkelijke waarde heet een (dis)agio en wordt gedurende de resterende looptijd van de lening afgeschreven.

9 R.P.C.W.M. Brandsma en K. Dubbeld, 'De nieuwe EBITDA-regel: sommige vermogensverstrekkingen zijn meer gelijk dan andere', WFR 2019/200.

10 Syllabus artikel 15 Wet Vpb (generieke renteaftrekbeperking) van 19 oktober 2022, vraag 4.3.12.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 200 18-8-2023 14:13:19

voortijdig zou willen afwikkelen, kan dit door aflossing van de schuld (met betaling van boeterente). Een andere optie is dat A de schuld overdraagt onder vergoeding van de werkelijke waarde van de geldlening. Overdracht van schulden komt bijvoorbeeld voor bij woningcorporaties in het kader van een taakoverdracht.
Bij aflossing van de schuld onder betaling van boeterente, kwalificeert de boeterente als rente in de zin van art. 15b Wet VpB 1969 en wordt aldus mogelijk in aftrek beperkt.[11] Bij overdracht van de schuld ligt het voor de hand dat wanneer een verkoopresultaat op een geldvordering niet tot de rente van art. 15b Wet VpB 1969 behoort, het verkoopresultaat op een schuld ook niet tot de rente behoort. Ook de uitbreidingen op het rentebegrip van art. 15b, zesde lid, Wet VpB 1969 dekken deze situatie niet. Het lijkt dus alsof A beter af is wat betreft de generieke renteaftrekbeperking met de verkoop van de schuld dan met de voortijdige aflossing van de schuld onder betaling van boeterente. Wat mij betreft een bijzondere uitkomst nu vanuit economisch perspectief voor A sprake is van een vergelijkbare situatie.

3.5 Rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's

Rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's kennen vele vormen. Voor de hand liggende en in de vastgoedpraktijk niet ongebruikelijke vormen zien op derivaten zoals renteswaps, rentecaps of rente collars.[12] Dergelijke derivaten kunnen worden vormgegeven als een separate overeenkomst, maar ook 'embedded' derivaten zijn in de praktijk niet ongebruikelijk. Bij embedded derivaten is geen sprake van een afzonderlijk contract voor het derivaat, maar is het derivaat opgenomen ('ingebed') als contractuele voorwaarde(n) in het basiscontract.
Vraag is hoe om te gaan met deze verschillende vormen van derivaten en de bijbehorende waardemutaties. Het is afhankelijk van de feiten en omstandigheden hoe verschillende baten en lasten te kwalificeren. Hierbij komt uiteraard ook de vraag aan de orde in hoeverre sprake is van (verplichte) samenhangende waardering.
Wanneer we uitgaan van de basissituatie heeft een belastingplichtige een variabelrentende lening afgesloten. Naast de vastrentende lening heeft belastingplichtige een renteswap aangetrokken waarbij de variabele rente wordt geruild tegen een vaste rente. De renteswap bewerkstelligt een effectieve hedge, waardoor de belastingplichtige per saldo een vaste rente betaalt. De belastingplichtige betaalt namelijk een variabele rente op de geldlening, maar ontvangt diezelfde variabele rente vanuit de renteswap. Daarnaast betaalt de belastingplichtige een vaste rente als gevolg van de renteswap. Deze drie geldstromen kwalificeren alle als rente voor art. 15b Wet VpB 1969.
Waardemutaties van de renteswap mogen in verband met de verplichte samenhangende waardering niet in aanmerking worden genomen.[13] Wanneer geen sprake is van samenhan-

---

[11] Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 39.

[12] Bij renteswaps wordt de ene rente 'geruild' voor de andere, in de praktijk worden renteswaps veelal ingezet om een variabele rente te ruilen tegen een vaste rente. Een rentecap beschermt tegen een stijgende rente door het maximeren van de variabele rente tot een bepaald vooraf afgesproken tarief. Bij rente collars kan de variabele rente zich slechts bewegen binnen een bepaalde bandbreedte en wordt dus een minimale én maximale rente afgesproken.

[13] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1721 (r.o. 3.2.2).

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 201 18-8-2023 14:13:19

gende waardering mogen de waardemutaties van de renteswap op grond van goed koopmansgebruik *wel* in aanmerking worden genomen. De vraag is of dan nog steeds sprake kan zijn van kosten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's ter zake van geldleningen. Bij speculatieve swaps is hier naar mijn mening geen sprake van, omdat er geen verband bestaat met een geldlening. Waardemutaties worden dan niet geraakt door de generieke renteaftrekbeperking. Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin geen verplichte samenhangende waardering aan de orde is, maar toch deels een renterisico wordt afgedekt. Vermoedelijk moet de waardemutatie dan gesplitst worden in een deel dat wordt geraakt door art. 15b Wet VpB 1969 en een deel dat daarbuiten valt.

3.6 Waardemutaties van een extendible lening

In de hiervoor genoemde syllabus is de vraag opgenomen of de waardemutaties van een embedded derivaat in de vorm van een extendible lening kwalificeert als rente.[14] Het antwoord hierop luidt dat de Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering verzoekt dergelijke casussen te melden. Gezien de enorme variatie in specifieke voorwaarden van extendible leningen dan wel embedded derivaten, kan ik me goed voorstellen dat hier geen eenduidig antwoord op is te geven. Het belang van een goede duiding en beoordeling is echter zeer groot.[15]

3.7 Geactiveerde rente

Art. 15b, zesde lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 bepaalt dat ook geactiveerde rente kwalificeert als rente voor de generieke renteaftrekbeperking. Deze bepaling is relevant voor veel vastgoedexploitanten nu de Hoge Raad heeft bepaald dat bij de voortbrenging van bedrijfsmiddelen alle kosten, inclusief de toerekenbare algemene kosten en rentelasten, moeten worden geactiveerd.[16] Dit geldt slechts voor de voorbrenging van bedrijfsmiddelen en dus niet voor onderhanden werk of voorraad.

Van Eijk en Snoeij geven aan dat het hen niet duidelijk is of rentelasten ter zake van onderhanden werk nu ook daadwerkelijk geactiveerd (moeten) worden na de invoering van art. 3.29b Wet IB 2001 inzake de waardering van onderhanden werk. Ze maken tevens inzichtelijk dat het wel of niet activeren van rentelasten ter zake van onderhanden werk verschillende gevolgen kan hebben voor de fiscale winst van belastingplichtige als gevolg van de invoering van art. 15b Wet VpB 1969.[17]

Bestaat het saldo aan renten in een jaar zowel uit reguliere rente ter zake van een geldlening als uit te activeren rente ter zake van een geldlening, dan wordt de reguliere rente bij voorrang in aftrek beperkt (art. 15b, zevende lid, Wet VpB 1969). De oorspronkelijk geactiveerde rente die vervolgens in aftrek wordt beperkt op grond van art. 15b, zevende lid, Wet VpB

---

[14] Syllabus artikel 15 Wet Vpb (generieke renteaftrekbeperking) van 19 oktober 2022, vraag 4.3.13. Een extendible lening kent verschillende varianten, maar in de basis is sprake van een lening waarbij de geldgever een verlengingsoptie heeft tegen een initieel overeengekomen rente bij verlenging.

[15] Zie hiervoor T. Pater, D.G. Schraa en R.H.J. Lemmens, 'De impact van de generieke renteaftrekbeperking op de waardering van extendible leningen', WFR 2022/115.

[16] HR 30 september 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7003.

[17] G.I. van Eijk en R. Snoeij, 'Het reilen en zeilen van geactiveerde rente in de earningsstrippingregeling, WFR 2019/162.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 202 18-8-2023 14:13:19

1969, wordt uiteindelijk niet daadwerkelijk geactiveerd. Deze rente mag *wel* worden voortgewenteld en eventueel in een later jaar alsnog in aftrek gebracht.[18] Gevolg hiervan is dat de fiscale boekwaarde van het desbetreffende bedrijfsmiddel wordt verlaagd. Van Eijk en Snoeij stellen dat moet worden uitgegaan van de oorspronkelijke fiscale boekwaarde van het bedrijfsmiddel, hetgeen betekent dat de bij te tellen afschrijving extracomptabel moet worden berekend, omdat deze niet volgt uit de afschrijvingen in de aangifte van belastingplichtige.[19] Volgens de syllabus is deze systematiek onjuist en geldt als uitgangspunt voor de gecorrigeerde winst de afschrijving over de lagere boekwaarde.[20]

4 De gecorrigeerde winst

In de voorgaande paragraaf ben ik ingegaan op de vraag welke kosten kwalificeren als rente en heb ik een aantal bijzondere situaties benoemd. Deze vraagstukken hangen steeds samen met de financiering. De vraag wat behoort tot de gecorrigeerde winst hangt veelal meer samen met de bedrijfsmiddelen c.q. het vastgoed. Op een aantal onderdelen kunnen vastgoedexploitanten keuzes maken die impact hebben op de gecorrigeerde winst en dus op de ruimte voor renteaftrek. Immers, hoe hoger de gecorrigeerde winst, hoe hoger de ruimte voor renteaftrek.[21]

4.1 Keuze stelsel waardering bedrijfsmiddelen

De keuze voor een stelsel voor waardering van bedrijfsmiddelen heeft invloed op de gecorrigeerde winst. Wanneer een belastingplichtige het stelsel 'kostprijs minus afschrijvingen' heeft gekozen en bij verkoop van het vastgoed is sprake van een verlies, dan verlaagt dit verlies de gecorrigeerde winst en dus de ruimte voor renteaftrek. Wanneer de belastingplichtige echter het stelsel 'kostprijs minus afschrijvingen of lagere bedrijfswaarde' heeft gekozen, kan bij een verwachte verlieslatende verkoop van het vastgoed het bedrijfsmiddel mogelijk worden afgewaardeerd naar een lagere bedrijfswaarde.[22] Uitgangspunt voor de bepaling van de bedrijfswaarde van verhuurde onroerende goederen is de marktwaarde verhoogd met de overdrachtskosten.[23] De afwaardering wordt gecorrigeerd in de gecorrigeerde fiscale winst, waardoor dit verlies de ruimte voor renteaftrek niet verlaagt.

---

18 Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 7, p. 42.

19 Van Eijk en Snoeij, reeds aangehaald, paragraaf 5.3.

20 Syllabus artikel 15 Wet Vpb (generieke renteaftrekbeperking) van 19 oktober 2022, vraag 4.4.1.6.

21 Op basis van de huidige wet- en regelgeving ervan uitgaande dat 20% van de gecorrigeerde winst groter is dan € 1 miljoen.

22 Overigens is het stelsel 'kostprijs minus afschrijvingen of lagere bedrijfswaarde' niet altijd een keuze. Onder omstandigheden is een verplichte overgang van het stelsel 'kostprijs minus afschrijvingen' naar 'kostprijs minus afschrijvingen of lagere bedrijfswaarde' mogelijk, zie HR 17 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4565. Dijstelbloem schrijft dat goed koopmansgebruik dwingt tot een afwaardering naar lagere bedrijfswaarde indien de waardedaling duurzaam en aanmerkelijk is (H.G.M. Dijstelbloem, 'Waardering op lagere bedrijfswaarde en de beginselen van goed koopmansgebruik', in: J.E.A.M. van Dijck en R.J.T. Smid (red.), Fiscale aspecten van ondernemingen (Meeles-bundel), Kluwer, Deventer 1985, p. 15-16).

23 HR 11 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8138.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 203 18-8-2023 14:13:19

Hoewel het administratief gezien wellicht niet het meest eenvoudige stelsel is, lijkt het in het licht van art. 15b Wet VpB 1969 gunstig altijd te kiezen voor het stelsel 'kostprijs minus afschrijvingen of lagere bedrijfswaarde'. Zoals jaren geleden reeds is opgemerkt, is het in de huidige digitale aangifte vennootschapsbelasting niet mogelijk aan te geven welk waarderingsstelsel wordt gehanteerd,[24] hetgeen de kenbaarheid van de keuze van belastingplichtige voor de Inspecteur niet ten goede komt.

4.2 Keuze afschrijvingsmethodiek

Het kan voorkomen dat het achterwege blijven van onderhoud of het uitvoeren van slecht onderhoud aanleiding geeft tot het in aanmerking nemen van een hogere afschrijving. Deze hogere afschrijving representeert de snellere waardevermindering als gevolg van het niet of slecht uitvoeren van onderhoud. Wanneer het onderhoud vervolgens *wel* (goed) wordt uitgevoerd, moeten de hiermee samenhangende uitgaven worden geactiveerd.[25] Vastgoedexploitanten lijken met deze situatie beter af te zijn voor de toepassing van de generieke renteaftrekbeperking dan wanneer onderhoud via de reguliere onderhoudslasten ten laste van het resultaat worden gebracht. Onderhoudslasten verlagen immers de gecorrigeerde winst, terwijl afschrijvingslasten worden gecorrigeerd en dus geen impact hebben op de hoogte van de gecorrigeerde winst. Hoewel deze wijze van afschrijven ongebruikelijk is en vermoedelijk veelal ongunstig door de afschrijvingsbeperking, zou dit vanuit het licht van art. 15b Wet VpB 1969 *wel* voordeel kunnen bieden.

4.3 Afschrijvingen ineens

Een ander punt van aandacht is hoe de belastingplichtige omgaat met de aanschaf van bedrijfsmiddelen die in een jaar worden afgeschreven. Afschrijving ineens is bijvoorbeeld mogelijk bij voortbrengingskosten van immateriële activa,[26] maar ook bij voorwerpen van geringe waarde, waarvan de aanschaffings- of voortbrengingskosten gewoonlijk tot de lopende uitgaven van een onderneming worden gerekend.[27]

In de praktijk maak ik vaak mee dat de uitgaven voor voorwerpen van geringe waarde ergens in de kosten zijn opgenomen. De afgelopen jaren hebben met name exploitanten van huurwoningen — mede als gevolg van de uitgebreide discussie over onderhoudslasten en verbeteringsuitgaven en eventuele onderhoudsvoorzieningen — gewerkt aan het inzichtelijk maken van (kleine) verbeteringen. Denk hierbij aan het aanbrengen van rook- en hittemelders, extra stopcontacten en ventilatieroosters.

Wanneer inzichtelijk is welke investeringen plaatsvinden in bedrijfsmiddelen van geringe waarde en in voortbrengingskosten van immateriële activa, vergroot afschrijving van deze bedrijfsmiddelen de ruimte voor renteaftrek.[28] Hoewel het niet bij elke vastgoedexploitant

---

[24] G.K. Meussen en D.G. Schraa, 'Het verschil tussen een verplichte en vrijwillige afwaardering van een bedrijfsmiddel naar lagere bedrijfswaarde', WFR 2017/45.

[25] HR 2 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2414.

[26] Conform art. 3.30b, derde lid, Wet IB 2001.

[27] Conform art. 3.30b, vierde lid, Wet IB 2001.

[28] In vraag 4.4.1.2 van de Syllabus artikel 15 Wet Vpb (generieke renteaftrekbeperking) van 19 oktober 2022 wordt de vraag of de afschrijving ineens bij een immaterieel activum moet worden bijgeteld voor de gecorrigeerde winst bevestigend beantwoord.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 204 18-8-2023 14:13:19

om forse bedragen zal gaan, kan dit wellicht toch nog enige verlichting bieden in tijden waarin de generieke renteaftrekbeperking alleen maar verder wordt aangescherpt.

5 Samenvatting en conclusie

De generieke renteaftrekbeperking van art. 15b Wet VpB 1969 is ingevoerd per 1 januari 2019 en vervolgens per 1 januari 2022 aangescherpt. Een nieuwe aanscherping specifiek voor vastgoedexploitanten staat gepland voor 1 januari 2025. De renteaftrekbeperking en daarmee samengaande hogere vennootschapsbelastingdruk heeft een forse impact op de vastgoedsector.

Van belang binnen de regeling is wanneer sprake is van rente en wat tot de gecorrigeerde winst behoort. De vraag wat tot de rente behoort hangt samen met de financiering van het vastgoed. In verschillende situaties treden bijzondere uitwerkingen op, bijvoorbeeld bij de aflossing van een schuld in vergelijking met de overdracht van een schuld of bij de embedded derivaten.

De vraag wat tot de gecorrigeerde winst behoort, hangt nauw samen met de bedrijfsmiddelen c.q. het vastgoed. Onder andere bij het vaststellen van het vastgoedwaarderingsstelsel en de afschrijvingsmethodiek hebben vastgoedexploitanten een keuze die impact heeft op de mate waarin de belastingplichtige wordt geraakt door de renteaftrekbeperking.

Gezien de relatief jonge leeftijd van art. 15b Wet VpB 1969 zijn de afgelopen jaren diverse vraagstukken en discrepanties benoemd naar aanleiding van de invoering van de generieke renteaftrekbeperking. De eerdergenoemde syllabus is een prettige (eerste) handreiking ten aanzien van diverse praktijkvragen. Ik verwacht echter dat de ontwikkeling van de rechtspraak, alsmede wetswijzigingen en/of toelichting van de staatssecretaris de komende jaren ook hun bijdrage zullen (moeten) leveren in de beantwoording van de praktijkvragen.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 205 18-8-2023 14:13:19

Vastgoed en beleggingsinstellingen

Mr. dr. H. Vermeulen
Director PwC

1 Inleiding

In deze bundel mag ik[1] een bijdrage leveren in de vorm van een hoofdstuk over vastgoed en beleggingsinstellingen. Ik beperk me daarbij tot de vennootschapsbelastingaspecten. Ik sta in paragraaf 2 eerst kort stil bij het fenomeen beleggingsinstellingen in het algemeen. Vervolgens maak ik de koppeling met de fiscaliteit in algemene zin in paragraaf 3. Daarna behandeling ik de vennootschapsbelastingaspecten van beleggingsinstellingen die in vastgoed beleggen: vastgoedbeleggingsinstellingen (paragraaf 4). Ik sluit af met een conclusie in paragraaf 5.

2 Beleggingsinstellingen in het algemeen

In het algemeen kan worden gesteld dat het begrip beleggingsinstellingen een overkoepelende term is. Het omvat alle rechtsvormen die gemeenschappelijke beleggingen mogelijk maken. Het vormt daarmee het vehikel waarin afzonderlijke beleggers hun gelden bijeenbrengen om gezamenlijk te beleggen in die zin dat de kosten, opbrengsten en risico's van de gemeenschappelijke beleggingen worden gedeeld. Binnen dit genusbegrip wordt een onderscheid gemaakt tussen beleggingsmaatschappijen en beleggingsfondsen. Het onderscheidende criterium is of de beleggingsinstelling rechtspersoonlijkheid bezit. Een beleggingsinstelling met rechtspersoonlijkheid, zoals een nv of een bv,[2] is een beleggingsmaatschappij. Een niet rechtspersoonlijkheid bezittende beleggingsinstelling, zoals een cv of FGR, is een beleggingsfonds.[3] Er zijn overigens ontwikkelingen op dit front: in de toekomst kan de cv mogelijk ook rechtspersoonlijkheid bezitten.[4] Naar huidig recht is dat echter niet mogelijk.
In de context van beleggingsinstellingen is het gebruikelijk om drie niveaus te onderscheiden. Van boven naar beneden bezien is dat:

1. het niveau van de beleggers;
2. het niveau van de beleggingsinstelling; en
3. het niveau van de beleggingen.

De fiscaliteit kan aangrijpen bij die drie te onderscheiden niveaus. In deze bijdrage ligt de nadruk op de heffing op het niveau van de beleggingsinstelling.

---

1 Ik heb de MasterCourse Vastgoed Fiscaal gevolgd in het jaar 2008.

2 Dit kan ook een buitenlandsrechtelijke evenknie zijn, zoals een Aktiengesellschaft of Société Anonyme.

3 Dit kan ook een buitenlandsrechtelijke evenknie zijn, zoals een Limited Partnership of een Fonds Commun de Placement.

4 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen). Zie ook internetconsultatie.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 207 18-8-2023 14:13:19

3 Beleggingsinstellingen in de vennootschapsbelasting

3.1 Beleggingsmaatschappijen

De behandeling van beleggingsinstellingen in de vennootschapsbelasting gaat hand in hand met het hiervoor gesignaleerde onderscheid tussen beleggingsmaatschappijen en beleggingsfondsen. In de vennootschapsbelasting worden rechtsvormen die rechtspersoonlijkheid bezitten, zoals de nv en de bv, steevast als subject voor die heffing aangemerkt (zie art. 2, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969). Dit heeft tot gevolg dat volgens de systematiek van de wet een beleggingsmaatschappij in de heffing wordt betrokken. Op het niveau van de beleggingsinstelling wordt dus geheven. Indien op het niveau van de beleggers ook belasting wordt geheven (inkomstenbelasting in het geval van natuurlijke personen of vennootschapsbelasting in het geval van lichamen), leidt dit tot dubbele heffing: eenmaal bij de beleggingsmaatschappij en andermaal bij de belegger. Dit wordt economische dubbele heffing genoemd, omdat twee subjecten voor dezelfde inkomsten in de heffing worden betrokken: op beleggersniveau *en* op beleggingsinstellingenniveau.

3.2 Beleggingsfondsen

Anders dan het geval is voor rechtsvormen die rechtspersoonlijkheid bezitten kunnen beleggingsfondsen, zoals de cv (zie art. 2, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969) en het FGR (zie art. 2, eerste lid 1, onderdeel f, Wet VpB 1969), in de vennootschapsbelasting ook als fiscaal transparant worden aangemerkt. Dit betekent dat de rechtsvorm niet als subject voor de heffing wordt gezien, maar genegeerd. Het beleggingsfonds wordt weggedacht. Het vermogen en de daaruit vloeiende inkomsten worden in dat geval voor fiscale doeleinden rechtstreeks aan de belegger toegerekend, zonder dat een uitdelingsbesluit noodzakelijk is. De hiervoor gesignaleerde economische dubbele heffing treedt dan niet op. Of een cv of FGR als fiscaal transparant heeft te gelden hangt thans (anno 2023) vooral af van het antwoord op de vraag of de beleggers participaties in het beleggingsfonds vrijelijk kunnen overgedragen. Kort gezegd komt het erop neer dat alle beleggers toestemming moeten geven om een nieuwe belegger toe te laten treden of een participatie aan een bestaande of nieuwe participant over te dragen om tot fiscale transparantie te komen: de zogenoemde toestemmingsvariant (zie art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR voor de cv en art. 2, vierde lid, Wet VpB 1969 voor het FGR). Het FGR kan daarnaast ook fiscaal transparant zijn indien een participatie slechts kan worden vervreemd door deze ter inkoop aan het beleggingsfonds te verkopen (inkoopvariant) (zie art. 2, vierde lid, Wet VpB 1969). Daarin onderscheidt het FGR zich van de cv.

AANGEKONDIGDE WETSWIJZIGING

Het kabinet heeft het voornemen de regels over de fiscale transparantie van rechtsvormen waaronder de cv en het FGR aan te passen.[5] Het ligt thans in de bedoeling dat de nieuwe regels per 2025 in werking treden. Een cv wordt dan altijd als fiscaal transparant aangemerkt. De open cv verdwijnt dan. Een FGR wordt voortaan ook steeds als transparant aangemerkt,

[5] Zie aanvankelijk het Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen van 2021. Zie internetconsultatie.nl. Zie thans ook het conceptvoorstel van wet Aanpassing fgr vbi fbi. Zie internetconsultatie.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 208 18-8-2023 14:13:19

behalve als sprake is van een beleggingsfonds als bedoeld in art. 1:1 Wft *en* vervreemding *niet* uitsluitend kan plaatsvinden door middel van inkoop door het fonds.[6] Kort gezegd, het niet transparante FGR is slechts voorbehouden voor beleggingsfondsen als bedoeld in art. 1:1 Wft met overdraagbare participaties. In andere gevallen is het FGR transparant.

3.3 Economische dubbele heffing

Het gebruik van beleggingsinstellingen leidt in beginsel tot economische dubbele heffing indien op het niveau van de beleggingsinstelling belasting wordt geheven. Vanuit een oogpunt van neutraliteit is dit ongewenst. Met neutraliteit wordt in dit verband gedoeld op een gelijke behandeling van het geval waarin beleggers individueel beleggen en het geval waarin beleggers collectief beleggen doordat zij gebruikmaken van een beleggingsinstelling. Belastingheffing van de beleggingsinstelling leidt tot een discriminatie van collectieve belegging, omdat de collectieve belegging zwaarder wordt belast dan de individuele belegging.

FISCALE TRANSPARANTIE

De dubbele heffing die bij collectieve belegging optreedt kan worden voorkomen indien gebruik wordt gemaakt van een fiscaal transparant beleggingsfonds. Omdat een dergelijk beleggingsfonds buiten de heffing van vennootschapsbelasting blijft, resteert enkelvoudige heffing op het niveau van de belegger. Wat dit betreft zijn de hiervoor genoemde voorstellen van het kabinet positief omdat beleggingsfondsen onder minder stringente voorwaarden als fiscaal transparant worden aangemerkt. Vanuit niet-fiscale overwegingen (commercieel, juridisch, wens tot beurnotering etc.), blijft behoefte bestaan om beleggingsinstellingen als beleggingsmaatschappijen vorm te geven. In het geval van een nv of bv kan de beleggingsmaatschappij zelf de eigenaar van de beleggingen zijn, zoals de juridische titel van vastgoed. In het geval van een beleggingsfonds is dat — vanwege het ontbreken van rechtspersoonlijkheid — in het geval van een Nederlandse cv of Nederlands FGR niet mogelijk. Daarom dient in dat geval ofwel de eigendom door de beleggers gezamenlijk te worden houden (mede-eigendom) ofwel door een beheerder of bewaarder die de juridische titel houdt ten titel van beheer voor de gezamenlijke beleggers. Om aan deze in de praktijk levende behoefte tegemoet te komen kent de vennootschapsbelasting twee regimes voor beleggingsinstellingen:

a. *Vrijgestelde beleggingsinstelling (vbi)*
   In de eerste plaats kent de wet met art. 6a Wet VpB 1969 de vrijgestelde beleggingsinstelling. Een nv kan onder voorwaarde aanspraak maken op het vbi-regime. Als vbi is de nv vrijgesteld van de heffing. Hierdoor wordt de economische dubbele heffing over het beleggingsresultaat voorkomen. De beleggers kunnen voor hun resultaat uit het aandeel in de vbi in belastingheffing worden betrokken. Daarmee wordt recht gedaan aan het beginsel van neutraliteit.
b. *Fiscale beleggingsinstelling (fbi)*
   In de tweede plaats kent de wet het regime voor de fiscale beleggingsinstelling (fbi) als bedoeld in art. 28 Wet VpB 1969. De techniek is hier een andere. De fbi wordt (wel) als subject voor de vennootschapsbelasting opgevat en dus niet vrijgesteld van de heffing. Zij wordt daarentegen belast tegen het nultarief. Ook hierdoor wordt de economische

[6] Zie het conceptvoorstel van wet Aanpassing fgr vbi fbi. Zie internetconsultatie.nl.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 209 18-8-2023 14:13:19

dubbele heffing over het beleggingsresultaat voorkomen. Wederom geldt dat de beleggers voor hun resultaat uit het aandeel in de fbi in de belastingheffing worden betrokken. Ook hier wordt recht gedaan aan het beginsel van neutraliteit.

3.4 Afsluitende opmerkingen

Het gebruik van beleggingsinstellingen kan tot economische dubbele heffing leiden, dat wil zeggen een meervoudige heffing over het beleggingsresultaat, te weten die op het niveau van de beleggingsinstelling en die op het niveau van de beleggers. De vennootschapsbelasting kent drie manieren om tot neutraliteit te komen: fiscale transparantie, de vbi (vrijstelling) en de fbi (0%-tarief). In dat geval worden beleggers die individueel beleggen en beleggers die collectief beleggen gelijk behandeld. Daarmee wordt een enkelvoudige heffing over het beleggingsresultaat bereikt namelijk op het niveau van de beleggers. Hiermee wordt recht gedaan aan het beginsel van neutraliteit.

4 Vastgoedbeleggingsinstellingen

4.1 Inleiding

Het is goed om te beseffen dat de drie regimes (fiscale transparantie, de vbi en de fbi) algemene stelsels zijn die niet voor een bepaalde beleggingscategorie zijn ontworpen. De vennootschapsbelasting kent met andere woorden niet een apart regime voor vastgoedbeleggingsinstellingen, zoals andere landen dat wel kennen. Ik wijs op de zogenoemde *Real Estate Investment Trusts* of *REITS*, regimes die men in onder andere Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten kent.[7] Vanwege de algemeenheid van de Nederlandse stelsels komt elk van de drie genoemde manieren om tot neutraliteit te komen in beginsel in aanmerking als vastgoedbeleggingsinstelling en komt eveneens in overeenstemming met het beginsel van neutraliteit tot een enkelvoudige heffing op het niveau van de beleggers. Ik behandel die hierna afzonderlijk.

4.2 Fiscale transparante vastgoedbeleggingsfondsen

Een cv of FGR kan worden gebruikt als fiscaal transparant vastgoedbeleggingsfonds. Het voordeel daarvan is dat de beleggers geacht worden het vastgoed rechtstreeks te houden. Het beleggingsfonds wordt genegeerd voor de heffing van vennootschapsbelasting. De beleggers worden zelf direct belast. Een natuurlijke persoon wordt in de inkomstenbelasting betrokken. Afhankelijk van de beleggingsstrategie van het beleggingsfonds is dat in box 1 (ondernemende beleggingsstrategie) of box 3 (passieve beleggingsstrategie). De Belastingdienst is in elk geval thans van mening dat de belegger de bezittingen en schulden van een fiscaal transparant vastgoedbeleggingsfonds afzonderlijk rapporteert en niet als saldopost.[8] Waar box 3 werkt met verschillende rendementsklassen voor vastgoed enerzijds en schulden anderzijds, is dit van belang. Op deze plaats merk ik nog op dat Berkhout onlangs een pleidooi

[7] Zie het overzicht van de European Public Real Estate Association (EPRA), getiteld Global REIT Survey, te vinden op epra.com.

[8] Zie kennisgroepstandpunt 'Vastgoedparticipaties in een besloten fonds voor gemene rekening en box 3', KG:202:2023:5, NLF 2023/1150, met noot van Dusarduijn.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 210 18-8-2023 14:13:19

heeft gehouden voor een aparte box voor vastgoed in de inkomstenbelasting.[9] Een belegger/entiteit in een fiscaal transparant vastgoedbeleggingsfonds wordt in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken. Is dat een vrijgesteld lichaam, zoals een pensioenfonds, dan zal het inkomen zijn vrijgesteld.

4.3 Vastgoedbeleggingsinstellingen als vbi

In theorie kan een vastgoedbeleggingsinstelling ook als vbi worden vormgegeven. Echter, het regime voorziet er niet in dat een vbi rechtstreeks vastgoed kan houden. Er geldt een verbod voor een belegging door een vbi die fiscaal als rechtstreeks vastgoed wordt aangemerkt (zie art. 6a, vierde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969). Hiermee beoogt Nederland zijn heffingsrecht op Nederlands vastgoed zeker te stellen.[10] Dit heeft tot gevolg dat een vbi alleen kan beleggen in vermogenstitels die fiscaal niet als vastgoed worden beschouwd. Een vbi kan daarom beleggen in de aandelen van een nv of bv die vastgoed houdt. Niet echter kan de vbi beleggen in een vermogenstitel die fiscaal als vastgoed wordt beschouwd, zoals een commanditaire deelname in een fiscaal transparante cv die op haar beurt vastgoed houdt of een deelnemingsrecht in een fiscaal transparant FGR dat op zijn beurt vastgoed houdt. Dit maakt de beleggingsmogelijkheden in de vermogenscategorie vastgoed heel beperkt. Een vastgoedbeleggingsinstelling wordt dan ook maar zelden als een vbi vormgegeven. Wel kan de vbi in de sfeer van vastgoed een functie vervullen als zogenoemd fund-of-funds.[11]

4.4 Vastgoedbeleggingsinstellingen als fbi

Het verbod om rechtstreeks in vastgoed te beleggen kent het fbi-regime niet, althans nog niet. Van oudsher kan de fbi in vastgoed beleggen. Toen het regime voor de fbi in 1970 in het leven werd geroepen was uitdrukkelijk bepaald dat zij uitsluitend kon beleggen in 'obligaties, onroerende goederen en hypothecaire schuldvorderingen'.[12] Vastgoed werd dus expliciet erkend als vermogenscategorie waarin de fbi kan beleggen. Nadien is in de wet geen eis meer gesteld aan de beleggingscategorieën.[13] Thans bepaalt art. 28, tweede lid, Wet VpB 1969 dat de werkzaamheden van een fbi moeten bestaan uit het beleggen van vermogen. Zolang de activiteiten van de fbi als beleggen worden aangemerkt, kan de fbi in allerlei beleggingscategorieën beleggen, waaronder vastgoed. In de praktijk wordt een vastgoedbeleggingsinstelling dan ook geregeld als een fbi vormgegeven.

---

9 T.M. Berkhout, 'Box 4 Vastgoed', NTFR 2023/627.

10 Omdat een vbi is vrijgesteld van heffing en zij geen dividendbelasting inhoudt, zou Nederland geen heffingsrechten kunnen uitoefenen.

11 Zie M.S. Beemer, 'De potentie van de vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI) als vastgoed fund-of-funds', VGFC 2010/4, p. 1-5.

12 Wet van 30 oktober 1969, Stb. 1969, 469.

13 Wet van 21 juni 1990, Stb. 1990, 331.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 211 18-8-2023 14:13:19

AANPASSING VAN HET REGIME VOOR DE FBI PER 2025

Het kabinet heeft recent een wijziging van het regime voor de fbi aangekondigd.[14] Het ligt in de bedoeling dat een fbi vanaf 2025 niet meer rechtstreeks in vastgoed kan beleggen.[15] In zoverre wordt de fbi dan gelijkgesteld met de vbi. De achtergrond van de voorgestelde aanpassing is dat er in buitenlandse verhoudingen door verdragstoepassing een heffingslek kan ontstaan, aldus staat in het consultatiedocument te lezen.[16] Sommige buitenlandse belastingplichtige beleggers zouden een beroep kunnen doen op een verlaagd verdragstarief of vrijstelling voor de dividendbelasting bij zogenoemde deelnemingsdividenden. Het gevolg is volgens het consultatiedocument dat Nederland zijn heffingsrecht op de winsten behaald met Nederlands vastgoed dat door een fbi wordt gehouden onder bepaalde belastingverdragen niet of niet volledig kan effectueren. Dit verbod om in vastgoed te beleggen geldt straks niet alleen voor binnenlands vastgoed maar ook voor buitenlands vastgoed, hoewel in dat laatste geval geen Nederlands heffingslek kan ontstaan. Net als thans bij de vbi het geval is kan de fbi straks nog wel beleggen in vermogenstitels die fiscaal onrechtstreeks als vastgoed worden beschouwd, zoals aandelen van een nv of bv die vastgoed houdt; een zogenoemd vastgoedlichaam. Niettemin is daarbij van belang dat het kabinet ook voorstelt om een bestuursverbod in te voeren. Voorgesteld is dat een fbi een dergelijk vastgoedlichaam niet mag besturen. Indien dat vastgoedlichaam geen onderneming drijft, is dat verbod lastig te plaatsen. Immers, via het vastgoedlichaam wordt voldaan aan de beleggingseis.

Het kabinetsvoornemen is met de nodige weerzin ontvangen.[17] Indien het een fbi niet langer wordt toegestaan om rechtstreeks in vastgoed te beleggen, zijn collectieve beleggers aangewezen op fiscale transparante vastgoedbeleggingsfondsen. Dat wordt om verschillende redenen ongewenst geacht. Een voorbeeld is dat een beurgenoteerde beleggingsinstelling niet zonder economische dubbele belasting in vastgoed kan beleggen. Ook wordt gewezen op de proportionaliteit van de maatregel. Het ongewenste gebruik van een verlaagd verdragstarief voor zogenoemde deelnemingsdividenden kan ook worden aangepakt door de belastingverdragen aan te passen, zoals bij recente verdragen is gedaan. Ik wijs bijvoorbeeld op het verdrag met het Verenigd Koninkrijk. Dit is in overeenstemming met de oplossing die de OESO in dit verband voorstaat.[18] Een oplossing langs deze lijnen zou voorkomen dat bestaande fbi's die vastgoed houden hun status verliezen dan wel een complexe herstructurering naar een fiscaal transparant fonds moeten uitvoeren.

---

[14] Zie conceptvoorstel van wet Aanpassing fgr vbi fbi. Zie internetconsultatie.nl.

[15] Zie de brief van de staatssecretaris van Financiën van 8 mei 2023 over de inhoud pakket Belastingplan 2024, V-N 2023/22.3.

[16] Consultatiedocument fgr vbi en fbi, memorie van toelichting, p. 1, noot 1. Andere redenen worden niet genoemd. Een ander knelpunt kan zijn dat een niet in Nederland gevestigde fbi-achtige die aanspraak maakt op het fbi-regime. Het consultatiedocument rept hier met geen woord over.

[17] Zie bijvoorbeeld het commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 'De aanpassing van de fiscale behandeling van fgr, vbi en fbi is complex en luistert nauw', 8 april 2023, te raadplegen op nob.net.

[18] H. Vermeulen, 'REITS in het Verdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk 2008', NTFR 2010/39, p. 1-6.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 212 18-8-2023 14:13:19

5 Conclusie

Het gebruik van vastgoedbeleggingsinstellingen kan tot meervoudige belastingheffing leiden. Ten eerste heffing op het niveau van de beleggingsinstelling en vervolgens heffing op het niveau van de beleggers. De vennootschapsbelasting kent drie manieren om tot neutraliteit te komen: fiscale transparantie, de vbi en de fbi. In dat geval worden beleggers die individueel beleggen en beleggers die collectief beleggen gelijk behandeld. Daarmee wordt een enkelvoudige heffing op het niveau van de beleggers beoogd. Hiermee wordt recht gedaan aan het beginsel van neutraliteit. Vanwege de knelpunten in het vbi-regime komen er thans in feite maar twee wijzen van collectieve vastgoedbelegging in aanmerking. Dat is ten eerste fiscale transparant beleggen via een cv of FGR. Hoewel wijzigingen voor deze rechtsvormen op handen zijn, zoals de mogelijkheid voor de cv om rechtspersoonlijkheid te bezitten en aanpassing van de regels voor de fiscale kwalificatie van deze rechtsvormen als al dan niet transparant, blijft deze mogelijkheid bestaan om neutraliteit te bereiken. Dit kan niet worden gezegd van de andere wijze van collectieve vastgoedbelegging: de fbi. Hoewel de fbi vanaf oudsher in vastgoed kan beleggen, wil het kabinet daaraan met ingang van 2025 een einde maken. Indien dit werkelijkheid wordt, blijft in feite alleen maar één manier over om tot neutraliteit te komen: via een fiscaal transparant beleggingsfonds. Aangezien er ook andere, meer proportionele manieren zijn om de door het kabinet genoemde ongewenste effecten tegen te gaan, is bezinning op haar plaats.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 213 18-8-2023 14:13:19

Verhuurd vastgoed als algemeenheid van goederen voor de btw

Prof. dr. B.G. van Zadelhoff
Emeritus hoogleraar belastingrecht Rijksuniversiteit Groningen, raadsheer-plaatsvervanger Hof Den Bosch en zelfstandig belastingadviseur te Amstelveen

1 Inleiding

De binnenlandse economische activiteiten van als zodanig handelende btw-ondernemers worden in beginsel belast met btw tenzij een vrijstelling toepassing vindt. Is echter sprake van een overgang van een algemeenheid van goederen en/of diensten, dan worden geen belastbare feiten onderkend en is ter zake geen btw verschuldigd. Deze bijdrage behandelt de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, de overdracht van verhuurd vastgoed als overgang van een algemeenheid van goederen buiten de heffing van btw blijft.

2 Overgang van een algemeenheid van goederen

In art. 19 en 29 Btw-richtlijn[1] is geregeld dat de lidstaten zich op het standpunt kunnen stellen dat bij een overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen en/of diensten, al dan niet tegen vergoeding, geen leveringen van goederen en/of diensten plaatsvinden en dat degene op wie de goederen of diensten overgaan in de plaats treedt van de overdrager. Daarbij kunnen de lidstaten maatregelen nemen om verstoringen van de mededinging, belastingontwijking en belastingfraude tegen te gaan. Met art. 37d Wet OB 1968 jo. art. 8 Uitv.besch. OB 1968 heeft Nederland van deze kan-bepaling gebruikgemaakt. In voorkomend geval treedt de overnemer voor de heffing van btw, in het bijzonder voor de bepalingen inzake de (herziening van de) aftrek van btw, in de plaats van de overdrager. Deze regeling heeft tot doel overdrachten van (onderdelen van) ondernemingen soepel te laten verlopen en deze niet (onnodig) met verlies aan liquiditeit te belasten met voor de overnemer in de regel aftrekbare btw.

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

Onder een overgang van een (gedeelte van een) algemeenheid van goederen moet worden verstaan de overdracht van een handelszaak of een autonoom bedrijfsonderdeel met lichamelijke en eventueel ook onlichamelijke zaken, die tezamen een onderneming of een gedeelte van een onderneming vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend. Daarbij moet de verkrijger de bedoeling hebben om de aldus overgedragen handelszaak of bedrijfsonderdeel te exploiteren en niet de betrokken zaken als losse (voorraad)goederen te verkopen.[2] Van een overdracht van een handelszaak of van een autonoom

---

1 Richtlijn 2006/112EG van de Raad betreffende het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

2 HvJ 27 november 2003, C-497/01 (Zita Modes Sàrl), ECLI:EU:C:2003:644.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 215 18-8-2023 14:13:19

bedrijfsonderdeel is slechts sprake, indien het geheel van overgedragen onderdelen volstaat om een autonome economische activiteit te kunnen voortzetten. Of dit zo is, moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de aard van de betrokken economische activiteit waarvan de voortzetting wordt overwogen.[3] Recentelijk heeft het Hof van Justitie een beschikking genomen in een Poolse zaak waarbij de overdracht van een verhuurd winkelcentrum aan de orde is.[4] De beantwoorde vragen gaan over de noodzaak in de nationale wetgeving te regelen dat de degene op wie de goederen overgaan in de plaats treedt van de overdrager, alsmede of alle elementen van een onderneming moeten worden overgedragen. Die vragen en antwoorden betreffen eventuele randvoorwaarden voor de toepassing van het niet-leveringsbegrip maar niet de vraag of op de overdracht van het verhuurde winkelcentrum als zodanig het niet-leveringsbegrip toepassing kan vinden. Op basis van de beschikking van het Hof van Justitie kan dan ook niet worden geconcludeerd dat het een overgang van een algemeenheid van goederen aanwezig acht. Het Hof van Justitie beperkt zich in beginsel tot beantwoording van de gestelde vragen en het overige is aan de nationale rechter.[5] Dat neemt niet weg dat het soms niet gestelde vragen behandelt en beantwoordt. Als het Hof van Justitie van mening zou zijn dat de overdracht van een verhuurd winkelcentrum sowieso niet als de overgang van een algemeenheid van goederen zou kwalificeren, had het daar zo maar iets over hebben kunnen opmerken. Het Hof van Justitie heeft zich in die Poolse zaak echter niet geroepen gevoeld om daar spontaan iets over te zeggen. Maar daaruit kan niet de conclusie worden getrokken dat het in dergelijke situaties een overgang van een algemeenheid van goederen mogelijk acht, maar uiteraard ook niet dat het een dergelijke toepassing niet mogelijk zou achten. Nochtans wordt in de literatuur uit die beschikking wel afgeleid dat de overdracht van een verhuurd vastgoed volgens het Hof van Justitie als de overgang van een algemeenheid van goederen kan worden aanmerkt[6].

4 Betekenis overgang van een algemeenheid van goederen volgens Nederlandse belastingrechter

De onderhavige regeling was oorspronkelijk opgenomen in art. 31 Wet OB 1968 en luidde:

> ‘Bij overdracht van een onderneming of een deel daarvan aan degene die de onderneming of het deel daarvan voortzet, wordt (…)’.

De tekst van die bepaling is in 1998 aangepast aan de tekst van de toenmalige Zesde btw-richtlijn, waarbij in feite het woord ‘onderneming’ is vervangen door de woorden ‘algemeenheid van goederen’. Per 1 januari 2010 is die bepaling vernummerd tot het huidige art. 37d Wet OB 1968. In 1987 besliste de Hoge Raad:

---

[3] HvJ 10 november 2011, C-444/10 (Christel Schriever), ECLI:EU:C:2011:724; zie ook HvJ 16 december 2018, C-17/18 (Mailat), ECLI:EU:C:2018:1038, NLF 2019/0066, met noot van Van der Zwan.

[4] HvJ 16 januari 2023, C-729/21 (W.sp z o.o.), ECLI:EU:C:2023:74.

[5] Zie in vergelijkbare zin M.D.J. van der Wulp, ‘Overdracht verhuurd vastgoed: overgang (verhuur) onderneming?’, BtwBrief 2023/33.

[6] P. en G. van der Sijde, ‘Levering van bestaand en verhuurd winkelcentrum is overdracht onderneming voor de btw’, BtwBrief 2023/34.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 216 18-8-2023 14:13:19

> '(…) onder onderneming in de zin van art 31 kan niet worden verstaan een object dat niet als een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen als bedoeld in art 5, achtste lid, van de Zesde richtlijn valt aan te merken'.

De overdracht van een verhuurd vastgoed kon volgens de Hoge Raad niet op basis van de faciliteit buiten de heffing blijven.[7] Een beslissing waarop de Hoge Raad in 2008 is teruggekomen naar aanleiding van het arrest Zita Modes. De overdracht van een bedrijfsverzamelgebouw dat zowel voor als na de overgang werd respectievelijk zou worden geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, werd als een overgang van een algemeenheid van goederen aangemerkt.[8]

De faciliteit heeft betrekking op een algemeenheid van goederen. Gelet op het gebruikte meervoud, komt de vraag op of die regeling toepassing kan vinden op één gebouw. Gelet op de achtergrond van de regeling bestaande in het vereenvoudigen van overdrachten van ondernemingen en het voorkomen van het rondpompen van btw, is er geen reden om bij één object de faciliteit niet toepasbaar te achten. De overdracht van één object kan immers veel ingewikkelder zijn en meer financiële armslag eisen dan de overdracht van meer objecten. Het zou ook onlogisch zijn als de overgang van één object niet onder de faciliteit zou vallen, maar dat dit wel het geval zou zijn als het tezamen met één of meer andere objecten overgaat. Als het erom gaat of met hetgeen overgaat een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend, is dat ook bij één object mogelijk. De Hoge Raad spreekt in 2008 ook in de enkelvoudsvorm. De overgang van een vermogensbestanddeel dat zowel voor als na de overgang werd en zou worden geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, wordt als een overgang van een algemeenheid van goederen aangemerkt. Feitelijk was echter sprake van een aantal zaken, namelijk van acht volledig zelfstandig te gebruiken en verhuurde units, met elk een eigen ingang, adres en nutsaansluiting, maar wel gelijke vormgeving, kleurstelling en exploitatie als bedrijfsverzamelgebouw. Overigens kunnen in de Nederlandse praktijk zelfstandig te gebruiken gedeelten van één gebouw voor de btw als verschillende goederen worden aangemerkt, zodat ook bij één gebouw al snel sprake kan zijn van diverse goederen.[9] Wat hiervan ook zij, de Nederlandse praktijk gaat op basis van het arrest uit 2008 bij overdrachten van verhuurd vastgoed uit van de overgang van een algemeenheid van goederen. Ook als het één gebouw betreft.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2018[10] dat de levering door een projectontwikkelaar van een kantorencomplex dat hij heeft ontwikkeld en korte tijd (twee weken) heeft verhuurd, niet als de overdracht van een algemeenheid van goederen en/of diensten wordt aangemerkt. De projectontwikkelaar had niet het oogmerk zelf te exploiteren maar om te verkopen en de verhuur was enkel gestart om die verkoop te bevorderen. Het cassatieberoep tegen die uitspraak is door de Hoge Raad[11] afgewezen onder toepassing van art. 81 Wet RO. In 2022

---

7 HR 4 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:BH6900.

8 HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:AY8546.

9 Zie paragraaf 3.2.1 van het zogenoemde Vastgoedbesluit (Besluit van 18 september 2013, BLKB2013/168M, Stcrt. 2013, 26851).

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3015, NLF 2018/0961.

11 HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:863.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 217 18-8-2023 14:13:19

heeft Hof Arnhem-Leeuwarden in twee hierna beschreven zaken geoordeeld dat wel sprake is van de overgang van een algemeenheid van goederen:

- *Zorgcomplex-zaak*[12]
  In deze zaak, waarbij ik als adviseur ben betrokken[13], speelt het volgende. Een vennootschap heeft op daartoe verworven grond een complex met zorgappartementen gerealiseerd. Kort na aankoop van de grond is het toen nog te bouwen complex langdurig verhuurd aan een stichting die zich de exploitatie van zorgappartementen ten doel stelt. Kort voor oplevering werd het complex verkocht onder de voorwaarde dat op transportdatum het complex was verhuurd. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden werd met het complex een economische activiteit uitgeoefend. Verkoper had van meet af aan de intentie het complex te verhuren en heeft het ook daadwerkelijk verhuurd. Tussen het moment van oplevering en overdracht, zijnde elf dagen, was verkoper verhuurder van het complex. Dat de intentie van verkoper is veranderd van langdurige verhuur in verkoop na realisatie daarvan, is niet relevant voor het al dan niet aanmerken als een overgang van een algemeenheid van goederen. De intentie van verkoper is volgens het Hof geen criterium voor de toepassing van de faciliteit.
- *Transformatieproject*[14]
  Een aangekocht kantoorpand is getransformeerd tot woonappartementen. Voordat zich een koper meldde, waren de verhuuractiviteiten gestart en waren al enige langdurige huurovereenkomsten gesloten. Ten tijde van de overdracht waren alle 77 appartementen verhuurd en liep de huur voor 76 appartementen reeds 3,5 maand. Aldus heeft verkoper volgens het Hof een zaak geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen en is die activiteit overgedragen alsmede door koper voortgezet.

Tegen beide uitspraken heeft de staatssecretaris van Financiën beroep in cassatie ingesteld.[15] Er is een conclusie van de A-G aangekondigd, maar deze is bij het afronden van deze bijdrage nog niet beschikbaar. In de tussentijd hebben de uitspraken uit 2022 al heel wat auteurs in beweging gebracht.[16] Daarbij komt onder andere aan de orde dat de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2018 door de Hoge Raad niet is gecasseerd en het Hof nu tot een andere afweging lijkt te zijn gekomen.

5 Enkele beschouwingen

De speciale regeling voor de overgang van een algemeenheid van goederen en/of diensten, is bedoeld om overdrachten van (onderdelen van) ondernemingen soepel en eenvoudig te laten

---

12 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2022, ECLI:NL:GHARN:2022:4042.

13 Dat noopt in beginsel tot terughoudendheid om over het onderwerp te publiceren en de lezer dient dit te weten. Maar welke auteur zal niet met deze materie te maken hebben? Bovendien zijn de processtukken inmiddels gewisseld en is het aan de Hoge Raad te beslissen.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4044, NLF 2022/1064.

15 Bij de Hoge Raad bekend onder de zaaknummers 22/02347 en 22/02351.

16 M.D.C. Gomes Vale Viga, 'Hoe "om" te gaan met art. 37d Wet OB?', FBN 2022/29; S.B. Cornielje, 'Specifieke complexiteit bij een eenvoudige algemeenheid', WFR 2022/113 en de eerder aangehaalde publicaties van Van der Wulp, Tielemans en Van der Sijde.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 218 18-8-2023 14:13:19

verlopen. Wat blijkt bij overdracht van verhuurd vastgoed? Zo eenvoudig is het niet. In 2018 keek Hof Arnhem-Leeuwarden naar de intentie: verkoop of exploitatie. In 2022 oordeelt dat Hof dat de intentie geen onderdeel uitmaakt van de criteria ter beoordeling of al dan niet sprake is van een overgang van een algemeenheid van goederen en/of diensten.
Om een handeling als een economische activiteit te kwalificeren, in het bijzonder de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, speelt de intentie/het oogmerk wel een rol. Eenieder die het oogmerk heeft een (on)lichamelijke zaak te exploiteren om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, verricht een (autonome) economische activiteit.[17]
De voorgenomen verhuur van vastgoed vormt reeds een economische activiteit van de verhuurder in spe, ook als de verhuur feitelijk pas ingaat nadat die verhuurder in spe het object heeft overgedragen. Dat zou het verschil kunnen verklaren tussen de uitspraak uit 2018 en 2022. Indien de kantoorontwikkelaar het oogmerk van verkoop had, was geen sprake van de (voorgenomen) exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Dan kon ook geen activiteit overgaan bestaande in de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Met betrekking tot het zorgcomplex en transformatieproject heeft het Hof vastgesteld dat de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen de (enige) economische activiteit was van de desbetreffende belanghebbende. Die activiteit is overgegaan. En die economische activiteit is door het opgekomen voornemen tot verkoop niet van kleur verschoten, maar blijven bestaan uit de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het zou ook vreemd zijn als een ondernemer vanwege de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, bij een voorgenomen vervreemding van die zaak ineens op basis van een andere activiteit als ondernemer of niet meer als ondernemer zou moeten worden aangemerkt.
In de uitspraken uit 2022 overweegt het Hof dat met de verhuur van de desbetreffende onroerende goederen een economische activiteit kan worden uitgeoefend en dat dit ook daadwerkelijk gebeurde. Omdat die activiteit na overdracht is voortgezet, is sprake van overdrachten van algemeenheden van goederen. Ook in de zaak van 2018 was sprake van een onroerend goed waarmee de economische activiteit verhuur kan worden uitgeoefend en daadwerkelijk plaatsvond. In die zaak gaf de intentie van verkoop de doorslag om niet uit te gaan van een overgang van een algemeenheid van goederen. Maar als de intentie geen rol speelt, had in die zaak wellicht ook van de overgang van een algemeenheid van goederen moeten worden uitgegaan. Het niet als exploitatie aanmerken van twee weken verhuur, roept de vraag op hoe lang zou moeten worden verhuurd (drie weken, zes maanden, een jaar of welke termijn dan ook) om deze wel als zodanig in aanmerking te nemen? De simpele en duidelijke lijn 'verhuur is verhuur', heeft dan ook mijn voorkeur.[18] In zijn uitspraken van vorig jaar stelt het Hof vast dat ook daadwerkelijk is verhuurd. Maar ook als de verhuur nog niet daadwerkelijk zou zijn ingegaan, was er door het voornemen daartoe al de economische activiteit exploitatie en die is overgegaan. Als het verhuren wordt gezien als het slotstuk van de projectontwikkeling en de overnemer die verhuur realiseert, dan rondt de overnemer de projectontwikkeling af en lijkt uit dien hoofde toch sprake van een overgang en voortzetten.

---

[17] HvJ 14 februari 1985, C-268/83 (Rompelman), ECLI:EU:C:1985:74.

[18] Ook Cornielje, hiervoor aangehaald, acht het uitgangspunt 'verhuur is verhuur' het beste bij de Btw-richtlijn passen en ook het meest eenvoudig voor de uitvoeringspraktijk.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 219 18-8-2023 14:13:19

Voor Van der Wulp[19] is het niet vanzelfsprekend dat de overdracht van verhuurd vastgoed als een overgang van een algemeenheid van goederen is aan te merken. Dit vanwege de doelstelling van de faciliteit, te weten het voorkomen van onnodig voorfinancieren van een aanzienlijk btw-bedrag dat door de verkrijger toch weer in aftrek kan worden gebracht. Omdat ter zake van overdrachten van vastgoed dat in gebruik is in beginsel een vrijstelling geldt en het niet vanzelfsprekend is dat de verkrijger aftrek geniet, zou de faciliteit voor vastgoedtransacties niet passen bij het doel van de regeling.[20] Voorts concludeert Van der Wulp dat het HvJ voor de overdracht van een algemeenheid van goederen en/of diensten een 'ondergrens' hanteert. Er moet sprake zijn van een handelszaak of autonoom bedrijfsonderdeel. Door Van der Wulp aangeduid als 'bedrijf' of 'onderneming'. De enkele overdracht van een vastgoed waarmee een autonome economische activiteit kan worden ontplooid, is zijns inziens niet voldoende. Ook Cornielje zit op dat spoor.[21] Van der Wulp concludeert dat de Hoge Raad alsnog aan het HvJ zou moeten vragen of de enkele overdracht van verhuurd vastgoed wel onder de regeling voor de overdracht van een algemeenheid van goederen kan vallen.

Zou voor het aanwezig zijn van een algemeenheid van goederen een bedrijf of onderneming noodzakelijk zijn en de enkele exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen niet toereikend zijn, dan brengt ons dat terug naar de situatie van voor het hiervoor aangehaalde arrest uit 2008. De belastingplicht op basis van de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen is dan niet gelijk aan een belastingplicht uit andere hoofde. Dat zou de toepassing van het niet-leveringsbegrip behoorlijk complexer maken. Waar ligt het onderscheid tussen enkel exploitatie en een 'exploitatie plus' die als een bedrijf kwalificeert? Voorts zou binnen een bedrijf ook nog sprake kunnen zijn van exploitatie, bijvoorbeeld de verhuur van een pand dat voor de overige bedrijfsactiviteiten niet (meer) nodig is. Als de enkele exploitatie van een pand niet onder het niet-leveringsbegrip zou vallen, zou dat — gelet op de neutraliteit — ook moeten gelden voor een verhuurd pand dat onderdeel uitmaakt van een bedrijf maar daarin overigens geen functie vervult. Dan bijt de regeling die is bedoeld overdrachten te vereenvoudigen in zijn eigen staart.

Zo het onderscheid bedrijf en exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen al een vraagstuk is, heeft de Nederlandse wetgever dat opgelost. Art. 7, tweede lid, Wet OB 1968 bepaalt immers:

> 'Waar in deze wet wordt gesproken van bedrijf, wordt daaronder mede verstaan: (…) b. exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.'

---

[19] Zie het hiervoor aangehaalde werk, alsmede M.D.J. van der Wulp, Vastgoedtransacties in de Europese btw (diss. Tilburg), 2021, paragraaf 4.7.

[20] Bij vastgoedtransacties vormen de herzieningsregels en het al dan niet opteren voor een belaste levering dikwijls een vraagstuk. Daar maakt de toepassing van de niet-leveringsfaciliteit de overdracht een stuk eenvoudiger. In zoverre past toepassing wel degelijk bij de doelstelling van de faciliteit.

[21] S.B. Cornielje, Fusies en overnames in de Europese BTW (diss. Tilburg), FM nr. 146, Wolters Kluwer, Deventer 2016, paragraaf 5.4.3.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 220 18-8-2023 14:13:19

In de Btw-richtlijn volgt de belastingplicht uit het zelfstandig verrichten van een economische activiteit. Als economische activiteit gelden onder andere de werkzaamheden van fabrikanten, handelaren en dienstverrichters, maar ook in het bijzonder de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen (art. 9, eerste lid, Btw-richtlijn). Ik zie dan ook geen noodzaak, zelfs eerder een bezwaar, om voor de toepassing van het niet-leveringsbegrip onderscheid te maken tussen een bedrijf en de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

6 Slot

Valt de overdracht van een verhuurd vastgoed als overgang van een algemeenheid van goederen onder de werking van het niet-leveringsbegrip? Sinds 2008 gaan wij daar in Nederland van uit. Hoewel vanuit de doelstelling van de faciliteit daarbij best een vraagteken valt te plaatsen, zie ik geen reden daarop terug te komen.

Dan speelt nog de vraag of het uitmaakt dat het over te dragen vastgoed slechts gedurende korte tijd door de overdrager is geëxploiteerd, of een voorgenomen exploitatie fysiek niet is geëffectueerd, omdat voorafgaand aan de huuringang het vastgoed reeds is overgedragen. Naar mijn mening maakt dat geen verschil. Maar de beslissing hierover zal, al dan niet via Luxemburg, uit Den Haag komen. Hopelijk komt de Hoge Raad met een inhoudelijk oordeel.

Vastgoed Fiscaal - bw_proef3.indd 221 18-8-2023 14:13:19