

Projectontwikkeling en btw-vrije overgang van verhuurd nieuw vastgoed

Real Estate Tax Alert | 17 juni 2022

Inleiding

Recentelijk heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het Hof) in een tweetal zaken in afwijking van eerdere rechtspraak bevestigd dat de verkoop en levering van nieuw vervaardigd vastgoed door een projectontwikkelaar toch kan kwalificeren als een btw-vrije overgang van een algemeenheid van goederen als bedoeld in art. 37d Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB). In eerste instantie oordeelde de rechtbank dat hiervan geen sprake kon zijn. De relevantie van deze uitspraken is gelegen in het wel of niet verschuldigd zijn van 21% btw door de koper. Met name in gevallen waarbij geen (volledig) recht op aftrek van btw bestaat, zijn deze uitspraken van groot belang voor de vastgoedtransactiepraktijk. In deze Real Estate Tax Alert geven wij een update van de huidige stand van zaken met betrekking tot de toepassing van art. 37d Wet OB bij transacties met nieuwbouwvastgoed.

Toetsingskader art. 37d Wet OB algemeen

Bij de levering van een nieuw vervaardigd pand is normaliter van rechtswege 21% btw verschuldigd. Indien koper het pand zal gaan gebruiken voor btw-vrijgestelde prestaties (zoals bijvoorbeeld verhuur van woningen aan particulieren of verhuur van een kantoor aan een verzekeringsmaatschappij) kan koper de in rekening gebrachte btw niet in aftrek brengen en werkt deze als zodanig kostprijsverhogend.

Op grond van art. 37d Wet OB echter is bij de overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen (al dan niet tegen vergoeding) geen sprake van een levering voor de heffing van btw, en treedt de koper, wat betreft de btw-positie ten aanzien van het desbetreffende pand, in de plaats van de verkoper. Bij verkoop onder vrij op naam-condities ("von") verhoogt het niet verschuldigd zijn van btw de winstmarge van de verkoper.

Art. 37d Wet OB is de nationale implementatie van art. 19 Btw-richtlijn en dient richtlijnconform te worden uitgelegd. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU (hierna: HvJ) volgt onder meer dat onder een algemeenheid van goederen niet valt 'de verkoop van goederen zonder meer, zoals de verkoop van een voorraad producten'. Uit latere jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat vereist is dat het desbetreffende vermogensbestanddeel moet zijn 'gebezigd' in de onderneming van de overdrager (zie HR 26 februari 2010, nr. 08/02136). Voorts geldt op basis van arresten van het HvJ voor de koper een voortzettingseis waarbij koper de bedoeling moet hebben om de overgedragen onderneming te exploiteren. Overigens geldt hier niet het vereiste dat *exact* dezelfde activiteit wordt voorgezet.

Uit nationale jurisprudentie kan worden opgemaakt dat in het kader van het voorgaande de intentie van de verkoper relevant is (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2018, nr. 17/00319). In deze zaak was sprake van een nieuw vervaardigd kantoorcomplex dat na een verhuurperiode van twee weken werd verkocht door de projectontwikkelaar. Volgens het Hof kon art. 37d Wet OB naar doel en strekking niet worden toegepast omdat de verkoper (een projectontwikkelaar) vanaf de start van de ontwikkeling de intentie had om de onroerende zaak te verkopen in plaats van zelf duurzaam te exploiteren. De onroerende zaak kwalificeerde daarmee als voorraad. In cassatie is deze zaak door de Hoge Raad op 15 mei 2020 (nr. 18/01687) zonder inhoudelijke toelichting afgedaan en bleef de hofuitspraak in stand.

De Hoge Raad heeft in voornoemde zaak dus niet expliciet bevestigd dat de intentie van een verkoper relevant is voor de kwalificatie van een onderneming als een algemeenheid van goederen. Op basis van een richtlijnconforme uitleg kan ook een meer objectieve benadering worden betoogd op basis waarvan het gaat om

de vraag of met de activiteit op zichzelf een onderneming kan worden uitgeoefend (los van de subjectieve intentie van de verkoper). De recente hofuitspraken die wij hierna bespreken lijken dit te bevestigen.

De twee casussen in het kort

Casus 1 betrof een projectontwikkelaar die een kantoorpand transformeerde naar 77 appartementen. De transformatie leidde tot nieuw vervaardigd vastgoed voor de heffing van btw. De projectontwikkelaar verhuurde de 77 appartementen, maar na ca. 3,5 maand werden de appartementen verkocht en geleverd aan een belegger. De vraag was of bij de levering sprake was van een btw-vrije overgang van een algemeenheid van goederen of van een met 21% (niet-afrekbare) btw-belaste levering.

Casus 2 kent een soortgelijk feitenpatroon. Hier betrof het een nieuw ontwikkeld woon(zorg)complex. Ook hier was sprake van verhuur, gevolgd door verkoop en levering van het vastgoed door de projectontwikkelaar aan een belegger. Tussen de ingangsdatum van het huurcontract met de eindgebruiker en de levering aan de belegger zaten circa 11 dagen.

Het oordeel van de rechtbank

Rechtbank Gelderland oordeelde in november 2020 in beide zaken dat geen sprake was van de overgang van een algemeenheid van goederen vanwege de intentie van verkoper om de desbetreffende onroerende zaken te vervreemden en niet duurzaam zelf te verhuren. Volgens de rechtbank kwalificeerden de onroerende zaken in beide casussen als voorraad (gelijk aan de eerdere jurisprudentie uit 2018/2020).

Het oordeel van het Hof

In hoger beroep komt het Hof in beide zaken tot een tegengesteld oordeel.

In casus 1 oordeelt het Hof dat wel degelijk sprake is van een onderneming omdat de

verhuurcontracten reeds waren aangegaan voordat sprake was van een verkoopovereenkomst. Er was ten tijde van de levering feitelijk sprake van een onderneming. Expliciet oordeelt het Hof dat de intentie van verkoper geen relevant criterium is op basis van de jurisprudentie van het HvJ.

Ook in casus 2 past het Hof een objectieve toetsing toe en wordt geen waarde toegekend aan de intenties van verkoper. Op het moment van de levering was bij belanghebbende sprake van de exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

Tegen beide hofuitspraken zal ongetwijfeld cassatie bij de Hoge Raad worden ingesteld.

Levering bouwterrein en een *bouwplan*

Recentelijk oordeelde een ander Gerechtshof (Amsterdam) in een derde zaak dat de levering van een bouwplot met enkele aanvullende verplichtingen niet is aan te merken als de overgang van een algemeenheid van goederen. In onze visie is deze uitspraak terecht gelet op het feitenpatroon waarbij (nog) geen sprake was van exploitatie. Wel geeft deze zaak aan dat de praktijk op zoek is naar de grens tussen 'voorraad' en een algemeenheid van goederen.

Relevantie voor de praktijk

Uit de onderhavige zaken kan worden opgemaakt dat ook bij de levering van nieuw vervaardigd beleggingsvastgoed door projectontwikkelaars toch sprake kan zijn van een levering van een algemeenheid van goederen zonder btw, mits de verhuur reeds is aangevangen. Het btw-belang zit met name in de (mogelijk niet-afrekbare) btw over de winst, financiering en eigen personeelskosten.

Het is nu aan de Hoge Raad om te bepalen of, in hoeverre en onder welke omstandigheden de verkoopintentie van een verkoper relevant is voor de toetsing van art. 37d Wet OB.

Het is mogelijk dat de Hoge Raad zal wachten op een vergelijkbare Poolse zaak die momenteel voor het HvJ ligt.

In de eerste twee besproken zaken was reeds een huurovereenkomst gesloten voorafgaand aan het sluiten van de verkoopovereenkomst. Daarnaast was de huur ook daadwerkelijk al gestart voorafgaand aan de notariële overdracht. In de praktijk komt het dikwijls voor dat een nieuw te ontwikkelen pand reeds wordt verkocht voordat sprake is van een huurder. Indien echter op het tijdstip van de levering wel sprake is van een huurcontract dat is ingegaan, kan op basis van een objectieve toetsing zoals gehanteerd door het Hof, worden betoogd dat bij levering sprake is van de overgang van een algemeenheid van goederen. Bij een levering van een bouwterrein met bijbehorende overeenkomsten (bijvoorbeeld een realisatie- en/of huurovereenkomst) is het de vraag of deze ook onder de overgang van een algemeenheid van goederen valt.

Bij nieuw vervaardigd verhuurd vastgoed is het belangrijk een onderbouwd standpunt in te nemen. Immers, een algemeenheid van goederen is van rechtswege van toepassing. Dit is met name van belang als later blijkt dat toch btw is verschuldigd. Hiervoor is het raadzaam goede afspraken tussen verkoper en koper te maken.

Omdat het bij vastgoed al snel over grote belangen gaat, is nader advies aan te raden. Uw contactpersoon bij EY en onze vastgoedspecialisten kunnen u hierbij helpen.

Het vorenstaande vindt zijn grondslag in onze interpretatie van de thans geldende fiscale wetgeving en gepubliceerde rechtspraak. Deze Real Estate Tax Alert dient slechts ter algemene informatie en het pretendeert geen volledigheid en is geen fiscaal advies.

Informatie

Voor nadere informatie betreffende deze alert kunt u contact opnemen met uw vaste adviseur van EY of met een van de onderstaande vastgoedspecialisten.

Contactpersonen

Remco van der Zwan

T: +31 6 2908 4583

E: remco.van.der.zwan@nl.ey.com

Hessel Vliegen

T: +31 6 2908 3849

E: hessel.vliegen@nl.ey.com

Jeroen de Jong

T: +31 6 2125 2480

E: jeroen.de.jong@nl.ey.com

Cees Peeters

T: +31 6 2125 1666

E: cees.peeters@nl.ey.com

Manon Wurtz

T: +31 6 2908 4876

E: manon.wurtz@nl.ey.com

Jan Kindt

T: +31 6 2125 1007

E: jan.kindt@nl.ey.com

Nino Arzini

T: +31 6 2125 2574

E: nino.arzini@nl.ey.com

Myrthe Hinskens

T: +31 6 2908 3530

E: myrthe.hinskens@nl.ey.com

Dick Simonis

T: +31 6 2908 4055

E: dick.simonis@nl.ey.com

EY

Ernst & Young Belastingadviseurs LLP

Ernst & Young Belastingadviseurs LLP is een limited liability partnership naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335596. Ernst & Young Belastingadviseurs LLP is statutair gevestigd te 6 More London Place, London SE1-2DA, Verenigd Koninkrijk, heeft haar hoofdvestiging aan Boompjes 258, 3011 XZ Rotterdam, Nederland en is geregistreerd bij de Kamer van Koophandel Rotterdam onder nummer 24432939.

www.ey.nl

© Ernst & Young 2022

Deze publicatie bevat informatie in samengevatte vorm en is daarom enkel bedoeld als algemene leidraad. Ze is niet bedoeld om te dienen als een substituuut voor gedetailleerd onderzoek of voor het aanwenden van een professioneel oordeel. Noch EYGM Limited noch enig ander lid van de wereldwijde Ernst & Young organisatie kan aansprakelijk worden gesteld voor het verlies van iemand die handelde of die ervan afzag te handelen ten gevolge van enige informatie in deze publicatie. Bij elke specifieke aangelegenheid, dient steeds een geschikte adviseur geraadpleegd te worden.