

Indirect Tax Alert

btw - no. 400



**Btw-heffing bij
bemiddeling bij
vastgoedtransacties:
gaat het om de aandelen
of de stenen? En wat
betekent dat voor de
bemiddelaar of afnemer?**

Btw-heffing bij bemiddeling bij vastgoedtransacties: gaat het om de aandelen of de stenen? En wat betekent dat voor de bemiddelaar of afnemer?

Op 22 april 2011 heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie over de btw-behandeling van bemiddelingsdiensten bij de verkoop van aandelen van een BV die alleen vastgoed bezit.

Achtergrond van de zaak

Belanghebbende is makelaar. Bij de Hoge Raad zijn twee specifieke transacties van deze makelaar in het geding. In beide transacties heeft een buitenlandse verkoper opdracht gegeven kopers te zoeken voor vastgoedcomplexen. Toen er kopers waren gevonden, hebben verkopers de aandelen in de BV's met het vastgoed overgedragen.

Bij één van de twee transacties had de opdrachtgever nadrukkelijk aangegeven de aandelen in de BV te willen verkopen. Bij de andere transactie was dit niet van meet af aan duidelijk. De makelaar had voor zijn diensten geen btw berekend (btw-vrije bemiddeling bij aandelen).

De rechtbank en het gerechtshof stellen vast dat de door de makelaar verrichte dienst zag op het vastgoed en niet op de aandelen, omdat (i) de diensten waren gericht op het realiseren van de best haalbare verkoopprijs van de onroerende zaken en (ii) de voorgenomen overdracht van de aandelen geen rol heeft gespeeld bij de dienstverlening door de makelaar. Verder oordeelt het gerechtshof dat de aard van de verrichte dienst niet wordt bepaald door de wijze waarop uiteindelijk vorm is gegeven aan de overdracht van de onroerende zaak. De rechtbank en het gerechtshof concluderen dat de diensten van de makelaar gezien hun aard niet zijn vrijgesteld van btw en dus waren belast met btw.

De Hoge Raad voelt mee met de gedachte van belanghebbende dat de opdracht tussen de makelaar en opdrachtgever wel bestond uit het verkopen van de aandelen. De dienstverlening van de makelaar bestaat in die visie uit handelingen inzake aandelen. Vervolgens stelt de Hoge Raad dat dit nog niet hoeft te betekenen dat dergelijke dienstverlening vrijgesteld is van btw. De Europese Btw-richtlijn kent namelijk een bepaling waarbij aandelen gelijk kunnen worden gesteld met het vastgoed in de vennootschap. Nederland heeft deze bepaling niet overgenomen. Wel heeft Nederland in de wet opgenomen dat bemiddeling bij waardepapieren is vrijgesteld van btw maar met uitzondering van waardepapieren die goederen vertegenwoordigen. Dit laatste is dus btw-belast.

De Hoge Raad legt het Europese Hof van Justitie de vraag voor of de gelijkstelling tussen aandelen en vastgoed ook geldt als partijen in wezen het door de BV's in bezit zijnde vastgoed wilden overdragen, maar dit feitelijk via een aandelenoverdracht hebben vorm gegeven. De tweede vraag van de Hoge Raad is of de in de vorige alinea genoemde uitzondering op de vrijstelling toch van toepassing is ondanks dat deze niet door Nederland in de wet is geïmplementeerd. Indien dit het geval is en de bemiddelingsdienst dus met btw belast moet worden, vraagt de Hoge Raad of dit dan ook geldt voor de overdracht van aandelen in elke vennootschap die een onroerende zaak bezit ongeacht de wijze van gebruik (exploitatie of eigen gebruik).

Gevolgen voor de praktijk

Deze zaak is van belang voor bemiddelingsdiensten bij aandelentransacties die direct dan wel indirect betrekking hebben op vastgoed. Zijn deze diensten belast met btw of niet?

Gevolgen voor de bemiddelaar

Deze vraag is met name commercieel voor de bemiddelaar relevant als de koper geen (volledig) recht op btw-af trek op de bemiddelingsvergoeding heeft.

Vanuit btw-optiek kan het daarom raadzaam zijn in te steken op bemiddeling bij een "aandelen"-transactie omdat de bemiddelaar dan geen btw hoeft te berekenen als het Hof van Justitie zodanig beslist. Bij bemiddeling bij een "stenen"-transactie is er in ieder geval btw verschuldigd.

Voor de bemiddelaar betekent een btw-vrije dienst natuurlijk wel dat de btw op zijn eigen kosten niet (geheel) aftrekbaar is. Hij zal dus te maken krijgen met een beperking van zijn btw-af trek.

Gevolgen voor de verkoper/koper

Voor de koper geldt uiteraard hetzelfde commerciële belang als bij de bemiddelaar. Als de koper geen (volledige) btw-af trek heeft, dan is hij gebaat bij een btw-vrije bemiddeling.

Uiteraard is het aan te raden het hele fiscale plaatje in ogenschouw te nemen. De vorm waarin een transactie wordt verricht (aandelen of stenen), heeft bij verkoper/koper ondermeer gevolgen voor de vennootschapsbelasting, de btw en de overdrachtsbelasting. Wij noemen een aantal belangrijke punten.

	<i>Transactie met aandelen</i>	<i>Transactie met stenen</i>
Vennootschapsbelasting	Resultaat valt bij verkoper normaliter onder de deelnemingsvrijstelling en is niet belast.	Resultaat is onderworpen aan vennootschapsbelasting (onder voorwaarden kan een herinvesteringsreserve worden gevormd).
Btw	Levering aandelen is btw-vrij; ongeacht de status van het vastgoed in de vennootschap. Btw op verkoopkosten verkoper niet (altijd) aftrekbaar.	Levering nieuw vastgoed/btw-bouwterrein door btw-ondernemer is belast met btw. Keuze voor btw-heffing bij andere onroerende zaken (onder voorwaarden).
Overdrachtsbelasting	Verkrijging aandelen niet belast met overdrachtsbelasting, <i>tenzij</i> sprake is van een (1/3 belang in een) vastgoedlichaam. Koper is bij vastgoedlichaam overdrachtsbelasting verschuldigd; ongeacht de status van het vastgoed in de vennootschap (samenloopvrijstelling geldt niet: loopt procedure over bij Hoge Raad).	Verkrijging is vrijgesteld van overdrachtbelasting als sprake is van een levering met btw van een nieuw vastgoed/btw-bouwterrein mits niet in gebruik genomen / koper geen recht op btw-af trek heeft (samenloopvrijstelling). Bij ander vastgoed is koper overdrachtsbelasting verschuldigd.

**Btw-heffing bij bemiddeling bij vastgoedtransacties: gaat het om de aandelen of de stenen?
En wat betekent dat voor de bemiddelaar of afnemer?**

Vooruitlopend op het arrest van het Hof van Justitie in deze zaak, is het ons inziens raadzaam zorgvuldig de fiscale gevolgen af te wegen van bemiddeling bij een overdracht van aandelen in een vennootschap die (mede) onroerende zaken bezit. Hierbij dient naast de btw-aspecten ook rekening gehouden te worden met andere fiscale en juridische gevolgen. Als een keuze gemaakt is, dienen de afspraken tussen partijen vanzelfsprekend op juiste wijze te worden ingericht.

Mocht u naar aanleiding van het bovenstaande vragen hebben of nader advies wensen, dan kunt u contact opnemen met uw contactpersoon van Ernst & Young of een van de hierna genoemde contactpersonen.

Contactpersonen:

EY Indirect Tax - Real Estate Team

Ruud Prinsen

Tel.: 088 407 6100

E-mail: ruud.prinsen@nl.ey.com

Paul Tielemans

Tel.: 088 407 4534

E-mail: paul.tielemans@nl.ey.com

Leo Zoetelief

Tel.: 088 407 1952

E-mail: leo.zoetelief@nl.ey.com

Remco van der Zwan

Tel.: 088 407 8370

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