Week 6 – samenloop omzetbelasting en overdrachtsbelasting

De vrijstellingen zijn niet uitgebreid behandeld, maar behoren wel tot de stof. De uitvoeringsregelingen zijn tevens van belang, hier staan vaak de extra voorwaarden waaraan de vrijstelling moet voldoen.

*Samenloopvrijstelling*

De samenloopvrijstelling staat in **art. 15 lid 1 sub a WBRV**. Het gaat hier om de samenloop tussen de omzetbelasting en overdrachtsbelasting. Eerst moet worden gekeken of er een belastbaar feit voor de omzetbelasting is en of er omzetbelasting is verschuldigd. Daarna moet worden gekeken of er in beginsel ook overdrachtsbelasting verschuldigd is. Dan pas kan worden getoetst of de samenloopvrijstelling van toepassing is.

*Omzetbelasting: belastbaar feit*

Terug naar de omzetbelasting: is er een belastbaar feit?

Voor een belastbaar feit zijn een paar dingen nodig: een ondernemer die optreedt als ondernemer en een onroerend goed in Nederland. Dit betekent nog niet dat dit altijd belast is. Een belastbaar feit kan zijn vrijgesteld. Als hoofdregel geldt dat de levering van onroerend goed is vrijgesteld. Moeten we het nog hebben over diensten ten aanzien van onroerend goed? Nee, want als er een dienst verricht wordt, dan is dit geen levering en ontstaat er geen verkrijging die voor de omzetbelasting van belang kan zijn. Met betrekking tot onroerend goed kunnen er best diensten worden verricht, bijvoorbeeld door te gaan verhuren. Er is dan sprake van een prestatie die alleen voor de omzetbelasting van belang is en niet voor de overdrachtsbelasting. Voor de overdrachtsbelasting levert de dienst geen belastbaar feit op. Leveringen alleen zijn dus van belang voor de samenloopregeling.

Op de hoofdregel voor de levering zijn twee belangrijke uitzonderingen waardoor er toch omzetbelasting is verschuldigd.

De eerste uitzondering staat in **art. 11 lid 1 sub a onder 1 OB.** Wanneer het gaat om nieuw onroerend goed leidt dit tot een verplicht belaste levering. Bijna nieuw onroerend goed (tot twee jaar na eerste ingebruikname) leidt tevens tot een verplicht belaste levering.

De tweede uitzondering staat in **art. 11 lid 1 sub a onder 2 OB**. Partijen kunnen verzoeken om een belaste levering. Er moet wel worden voldaan aan de voorwaarden. De belangrijkste hiervan is dat de koper minstens 90% aftrek heeft. Verricht de koper voor tenminste 90% belaste prestaties? Daarnaast moet er een gezamenlijk verzoeken worden gedaan, hieraan zijn een aantal formaliteiten verbonden. Beide partijen moeten dus interesse hebben voor opteren. De vraag is wat het oplevert voor de verkoper en de koper. Het is niet zo dat de verkoper dan omzetbelasting is verschuldigd. Immers, voor de omzetbelasting geldt de verleggingsregel. De koper dient de verschuldigde omzetbelasting te voldoen. Voor de verkoper kan opteren voordelig zijn indien hij bij zijn aankoop de omzetbelasting in aftrek heeft genomen. Dit is geen eenmalige aftrek geweest, maar er volgt een periode van herrekening en herziening waarbij de aftrek van voorbelasting gecorrigeerd kan worden. In het jaar van ingebruikname vindt de herrekening plaats, daarna volgen negen herzieningsjaren. Pas na tien jaar is de aftrek van voorbelasting definitief geworden. Indien het onroerend goed wordt geleverd voordat de herzieningsperiode is afgelopen, volgt er een herziening ineens ex **art. 13a Uitvoeringsbeschikking** **OB.** Er geldt een fictie indien belast wordt geleverd, er wordt voor de resterende jaren belast gebruik aangenomen. De verkoper kan de aftrek van voorbelasting dan houden. Wanneer de verkoper niet zou opteren, dan moet voor de resterende jaren worden uitgegaan van fictief vrijgesteld gebruik. Voor de verkoper is het zeer gunstig om te opteren, mits de herzieningsperiode nog niet is afgelopen. Als de herzieningsperiode is verlopen, dan maakt het niets meer uit.

Wat betekent het voor de koper? De koper is omzetbelasting verschuldigd, dit is een nadeel voor de koper. Dit is niet erg, want de koper kan de omzetbelasting voor minimaal 90% in aftrek brengen. De aftrek vindt plaats op het moment dat de omzetbelasting bij de koper in rekening wordt gebracht. Het enige kleine nadeel voor de koper is dat er een herzieningsperiode begint te lopen. Als de koper weet dat er wijzigingen gaan komen in zijn gebruik, dan moet hij oppassen met opteren. Kan een koper voordeel hebben van opteren? Nee, hij kan alleen op 0 uitkomen. Waarom werkt een koper dan mee aan een optieverzoek? Als deze goed rekent, dan zou hij dat ook niet doen. In de praktijk gebeurt vaak dat de koopprijs iets wordt verminderd, zodat de koper wel meewerkt aan een optieverzoek. Tegelijkertijd komt het ook voor dat de koper niet goed rekent en zonder vermindering van de koopprijs al meewerkt aan het optieverzoek.

In de omzetbelasting gelden nog een paar bijzondere regelingen die het systeem kunnen doorkruizen. Bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een landbouwer die (ver)koopt, een bedrijfsoverdracht of een andere algemeenheid van goederen. In deze gevallen is er soms alsnog geen omzetbelasting verschuldigd. Dit betekent dat het ook geen zin heeft om te opteren. In **art. 37d OB** staat dat bij een algemeenheid van goederen geen overdrachtsbelasting is verschuldigd. Er is weliswaar geen vrijstelling, maar er wordt niets geheven. Dus bij opteren wordt er geen omzetbelasting verschuldigd.

Dus voor de samenloopregeling moet eerst worden gekeken naar de omzetbelasting en of er sprake is van verschuldigde omzetbelasting.

*Overdrachtsbelasting*

Nadat naar de omzetbelasting is gekeken, moet er naar de overdrachtsbelasting worden gekeken. Er moet sprake zijn van een onroerend goed gelegen in Nederland. Voor de overdrachtsbelasting maakt het niet uit wie de verkrijger is. De verkrijging wordt in beginsel bij iedereen belast. Een verkrijging wordt belast met 6% overdrachtsbelasting en in het geval van woningen met 2%. Kan dit vrijgesteld zijn? In **art. 3 WBRV** zijn een aantal situaties uitgezonderd van de overdrachtsbelasting. Deze gevallen leveren geen verkrijging op. Er zouden ook andere vrijstellingen van toepassing kunnen zijn, dan is de samenloopvrijstelling niet meer nodig.

In de samenloopvrijstelling staat dat de verkrijging van onroerend goed in beginsel is vrijgesteld van de overdrachtsbelasting mits er omzetbelasting op grond van **art. 11 lid 1 sub a onder 1 OB** is verschuldigd. Verschuldigde omzetbelasting door middel van opteren is uitgesloten van de samenloopregeling. Indien er wordt geopteerd is er dus omzet- en overdrachtsbelasting verschuldigd. Voor de samenloopregeling geldt nog een tweede voorwaarde: ‘tenzij het goed als bedrijfsmiddel is gebruikt en de afnemer aftrek van voorbelasting heeft’. Deze bepaling is lastig te lezen, gezien er een tenzij 1 en een tenzij 2 is. De vrijstelling vervalt pas wanneer aan beiden wordt voldaan. In feite is de vrijstelling van **art. 15 lid 1 sub a WBRV** niet een, maar zijn het twee vrijstellingen die in elkaar zijn vervlochten. Dit maakt het juist onoverzichtelijk. Het gaat om een samenloopvrijstelling en een bouw- en handelsfasevrijstelling. De samenloopvrijstelling beoogd de dubbele druk van de omzet- en overdrachtsbelasting weg te nemen door de overdrachtsbelasting vrij te stellen. Voor de pure samenloop gelden twee cumulatieve voorwaarden: als er omzetbelasting verschuldigd is op grond van een verplicht belaste levering en de koper geen aftrek van voorbelasting heeft. Deze voorwaarden levert een vrijstelling op. De andere tenzij is niet relevant.

De bouw- en handelsfasevrijstelling dient een ander doel en kent andere voorwaarden. De eerste voorwaarde is de verplicht belaste levering. De tweede voorwaarde is dat het goed nooit als bedrijfsmiddel mag zijn gebruikt. Als hier aan wordt voldaan, dan is de vrijstelling van toepassing. Er hoeft dan niet naar de mate van aftrek bij de koper te worden gekeken, want er wordt niet aan de andere tenzij voldaan.

Er moet worden gekeken of een van de vrijstellingen van toepassing is en niet naar beide vrijstellingen. Dus eerst kijken of de samenloopregeling van toepassing is. Zo nee, dan kijken naar de voorwaarden voor de bouw- en handelsfasevrijstelling.

Op wat voor overdracht kan een bouw- en handelsfasevrijstelling van toepassing zijn? Stel: een nieuw onroerend goed wordt verkocht aan een ondernemer. De koper gaat belaste prestaties verrichten. Komt de koper voor de pure samenloopvrijstelling in aanmerking? Nee, want hij heeft geen 0% aftrek van voorbelasting. De bouw- en handelsfasevrijstelling kan wel van toepassing zijn wanneer het goed wordt verkocht zonder dat het in gebruik is genomen.

De bouw- en handelsfasevrijstelling is opgenomen in de samenloopregeling, maar eigenlijk is er geen sprake van samenloop. Immers, de ondernemer heeft 100% aftrek. Er drukt geen omzetbelasting. Waarom krijgt de ondernemer deze vrijstelling dan? Als de ondernemer zelf een stuk grond had gekocht en een ondernemer de opdracht had gegeven tot het bouwen van een pand, dan zou hij krachtens natrekking hebben verkregen. Dit levert in beginsel geen belaste verkrijging op en is daarmee uitgesloten van de overdrachtsbelasting. De koper kan dan onroerend goed verkrijgen zonder overdrachtsbelasting te betalen. Dus wanneer hij een pand aankoopt is ook geen overdrachtsbelasting verschuldigd, zodat er geen onderscheid is. Het maakt voor de koper dus niet meer uit of hij een pand aankoopt of zelf een pand laat bouwen.

Er zijn een aantal bijzonderheden bij de samenloopregeling. Ten eerste moet goed worden gekeken naar de omzetbelasting en wat daar uitkomt. Het maakt uit of de omzetbelasting is verschuldigd op grond van een verplichte belaste levering of door opteren. Ten tweede zijn er in **art. 15 lid 1 sub a WBRV** twee aparte vrijstellingen opgenomen. De een is de pure samenloopregeling, de andere is de bouw- en handelsfasevrijstelling. Daarna moet worden gekeken of er sprake is van samenloop. Dit hoeft niet, want het kan bij de bouw- en handelsfasevrijstelling zo zijn dat er geen omzet- of overdrachtsbelasting is verschuldigd. Tevens kan de situatie ontstaan dat er wel samenloop is. Dit kan bij de pure samenloopvrijstelling. De koper heeft dan 0% aftrek van voorbelasting en dan geldt er voor de overdrachtsbelasting een vrijstelling. Wat als de koper 10% aftrek heeft? Dan gaat de omzetbelasting voor 90% drukken op de koper. Krijgt de koper dan een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting? Nee, want hij voldoet niet aan de voorwaarde voor de pure samenloopvrijstelling. Alleen absolute cumulatie wordt voorkomen, dus als de omzetbelasting volledig drukt op de koper.

Het systeem is niet perfect, maar dit komt doordat de overdrachtsbelasting geen gedeeltelijke vrijstellingen kent.

Een koper die alleen maar vrijgestelde prestaties verricht, zou van de pure samenloopvrijstelling gebruik kunnen maken. Een koper die op andere gronden geen aftrek heeft, kan hier gebruik van maken. Bijvoorbeeld een ondernemer die onder de landbouwvrijstelling valt. Zodra er enige aftrek is, is de pure samenloopregeling niet van toepassing.

Voor de bouw- en handelsfasevrijstelling is het van belang dat het om nieuw onroerend goed gaat. Het mag nog nooit en door niemand in gebruik zijn genomen. Het gaat er niet om dat de verkoper het onroerend goed nooit heeft gebruikt, het gaat er om dat het onroerend goed nog nooit als bedrijfsmiddel is gebruikt.

*Zakelijke rechten*

Dit is wat er in de wet staat, maar er staat nog iets achter. De eerste mogelijkheid is dat het gaat om een levering in de zin van **art. 11 lid 1 sub a onder 1 OB**. De tweede mogelijkheid is dat het gaat om een dienst op grond van **art, 11 lid 1 sub b slotalinea OB**. Deze bepaling ziet op de zakelijke rechten. Hoe zat het met zakelijke rechten in de omzetbelasting? Als er een zakelijk recht wordt overgedragen, is dat een levering die in beginsel belast kan zijn voor de omzetbelasting. Het moet dan wel op grond van **art. 3 lid 2 OB** onder de fictie vallen. Dit is alleen maar het geval als het gaat om zakelijke rechten die vrijwel het volledige eigendom benaderen. Er staat namelijk in dat een zakelijk recht alleen maar als een levering wordt gezien, als de tegenprestatie gelijk is aan de waarde van het verkregene en de waarde van het goed waarop het betrekking heeft. Dus de tegenprestatie moet zo hoog zijn dat deze in elk geval minimaal de waarde van het recht is, maar ook minimaal de waarde van het gehele onroerend goed. Hieraan wordt niet zo makkelijk voldaan, waardoor de meeste zakelijk rechten niet als levering worden beschouwd. Het geldt dus alleen voor de meest extreme rechten, bijvoorbeeld erfpachtrecht. Dit zou als levering kunnen worden beschouwd, maar dan moet de tegenprestatie net iets te hoog zijn in vergelijking met de waarde van het recht. Als een dergelijk zakelijk recht wordt overgedragen, dan bestempelt de omzetbelasting dit tot een levering. Op grond van **art. 11 lid 1 sub a OB** kan dit belast worden als het gaat om nieuw onroerend goed wat minder dan twee jaar in gebruik is. Dan zou het via de levering gaan lopen en dan moet voor de samenloopvrijstelling worden gekeken of er sprake is van een verplicht belaste levering, de koper geen aftrek van voorbelasting heeft en/of het onroerend goed nog nooit als bedrijfsmiddel is gebruikt.

De meeste zakelijke rechten zullen bij vestiging niet onder **art. 3 lid 2 OB** vallen en zullen daarom als dienst worden aangemerkt. Als het recht als dienst geldt, dan betekent dit dat **art. 11 lid 1 sub a OB** nooit van toepassing kan zijn. In beginsel kan dan geen gebruik worden gemaakt van de samenloopvrijstelling.

De wet wil toch de mogelijkheid bieden om wel gebruik te maken van de samenloopvrijstelling. Daarom is er alsnog een vrijstelling mogelijk. Voorbeeld: een vruchtgebruik voor de duur van 10 jaar wordt niet als levering aangemerkt, maar als dienst. De dienst wordt op grond van **art. 11 lid 1 sub b slotzin OB** gelijk gesteld met verhuur en dat betekent dat de bepalingen van de omzetbelasting over verhuur van toepassing zijn. In beginsel is er nooit omzetbelasting verschuldigd over het vestigen van zakelijke rechten, gezien verhuur is vrijgesteld van de omzetbelasting. Ook bij nieuw onroerend goed geldt dat de verhuur is vrijgesteld.

Er is bij verhuur een mogelijkheid tot opteren. Deze mogelijkheid staat in **art. 11 lid 1 sub b onder 5 OB**. Daar staat in dat onbelaste verhuur, dus ook onbelaste pseudo-verhuur (zakelijke rechten), door middel van optie een belaste verhuur kan worden. Voor de gewone verhuur hoeft niet naar de samenloopregeling te worden gekeken. Waarom niet? Een huurrecht levert geen recht op de onroerende zaak op en is dus geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Dan is er geen vrijstelling nodig. Bij zakelijke rechten is dit anders. Als het geen levering betreft, worden zij gelijkgesteld met verhuur. Voor de omzetbelasting geldt wel de regeling voor verhuur, maar het blijft een zakelijk recht en dus een belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting. In beginsel moet 6% overdrachtsbelasting worden betaald. Is een vrijstelling mogelijk? Ja, **art. 15 lid 1 sub a WBRV** staat dat de dienst van **art. 11 lid 1 sub b slotzin OB** in aanmerking komt voor de vrijstelling. Dit zijn die zakelijke rechten die worden gelijkgesteld met verhuur. De eis is nog steeds dat er omzetbelasting moet zijn verschuldigd voordat de vrijstelling van toepassing is. Dit betekent dat als voor dat vruchtgebruik van 10 jaar niet geopteerd wordt voor belaste pseudo-verhuur, dan is er sprake van een vrijgestelde verhuur en is er dus geen omzetbelasting verschuldigd. Als er wel wordt geopteerd, dan kan de vrijstelling wel van toepassing zijn. Als voorwaarde geldt dat de afnemer minimaal 90% aftrek heeft. Tevens moeten de koper en verkoper een gezamenlijk verzoek doen. De pseudo-verhuur kan dan op verzoek tot een belaste verhuur worden gemaakt. De door optie belaste verhuur kan leiden tot toepassing van de vrijstelling. Dit was bij de levering anders, daar is immers een verplicht belaste levering vereist.

Voor de toepassing van de vrijstelling is nodig dat er omzetbelasting is verschuldigd ter zake van het vestigen en dit kan alleen maar als er geopteerd is. Als omzetbelasting verschuldigd is, dan kan de vrijstelling worden gebruikt. Gezien er geopteerd is, heeft de koper minimaal 90% aftrek van voorbelasting. De pure samenloopvrijstelling kan dan niet worden gebruikt, want daarvoor is de eis dat er geen aftrek van voorbelasting mag zijn. De andere vrijstelling, de bouw- en handelsfasevrijstelling, is wel mogelijk.

*Problemen*

Er zijn nog een paar problemen bij **art. 15 WBRV**. De samenloopvrijstelling beoogd een verband te leggen tussen de omzet- en overdrachtsbelasting, maar dit zijn twee verschillende belastingen met een verschillend systeem. Bij de omzetbelasting gaat het om de levering die belast wordt. De verkoper is in beginsel de belasting verschuldigd. Bij de overdrachtsbelasting gaat het om de verkrijging van het belastbare feit en is de koper de belasting verschuldigd. Er kan dus worden gezegd dat er geen sprake is van samenloop gezien de belastingen door verschillende personen is verschuldigd. Maar dit is niet juist, immers de omzetbelasting wordt afgewenteld naar de koper. De koper is dus bij verplicht belaste levering niet de belastingplichtige, maar de verkoper voelt niets van de omzetbelasting gezien deze wordt doorberekend. De koper voelt wel de omzetbelasting en daardoor kan er samenloop met de overdrachtsbelasting ontstaan.

De omzet- en overdrachtsbelasting hebben tevens een geheel andere insteek. De omzetbelasting is economisch getint en de overdrachtsbelasting kent een civielrechtelijke insteek. Dit betekent dat er verschillen kunnen ontstaan in de begrippen levering en verkrijging. Dit zal niet altijd hetzelfde zijn. Hetzelfde geldt voor het moment van de levering en verkrijging. Als de koper een pand in aanbouw zou kopen, dan koopt hij een onroerend goed in de put. Het pand moet eerst worden afgebouwd. In beginsel wordt er dan een koop-aannemingsovereenkomst gesloten. De koper krijgt de grond alvast geleverd. In feite wordt de prijs voor het gehele huis betaald. Hoe zit dit voor de omzetbelasting? Is er sprake van een levering of van meerdere leveringen? En hoe zit het voor de overdrachtsbelasting? Voor de overdrachtsbelasting is dit vrij makkelijk, de koper verkrijgt de grond wanneer dit geleverd wordt. De opstal wordt tijdens de bouw verkregen, maar dit is een verkrijging krachtens natrekking en dit wordt niet belast op grond van **art. 3 lid 1 sub c WBRV**. De grond is wel belast. Kan er voor de grond de samenloopregeling worden toegepast? Ja, dit is mogelijk. Als er terzake van de levering van de grond omzetbelasting is verschuldigd. Omzetbelasting is verschuldigd wanneer het gaat om een bouwterrein in de zin van de omzetbelasting. In beginsel is een stuk bouwgrond vrijgesteld. Voor vervaardigde gebouwen geldt een verplicht belaste levering, maar hier is nog geen sprake van een vervaardigd gebouw. Aan het slot van **art. 11 lid 1 sub a onder 1 OB** staat dat bouwterreinen verplicht belast geleverd moeten worden. Het stuk grond moet kwalificeren als bouwterrein. **Art. 11 lid 4 OB** bepaalt de kwalificatie van een bouwterrein, het moet gaan om onbebouwde grond die bestemd is om te worden bebouwd.

Wat betekent dit voor de overdrachtsbelasting? De toegang tot de vrijstelling is geopend. Wanneer krijg je de vrijstelling? Als de koper helemaal geen aftrek heeft of als het onroerend goed nog nooit als bedrijfsmiddel is gebruikt. Aan deze laatste voorwaarde is bij een bouwterrein voldaan.

Voor de omzetbelasting geldt nog dat de omzetbelasting economisch georiënteerd is en dat de omzetbelasting niet aansluit bij de civielrechtelijke prestaties die er plaats vinden. Civielrechtelijk vindt eerst de levering van de grond plaats. Voor de omzetbelasting wordt gekeken naar de eenheid van de prestatie en wat de prestatie in wezen uitmaakt. Voorbeeld: als u fietsband lek is en u laat hem plakken. Dan heeft u te maken met een fietsenmaker die een prestatie verricht en deze prestatie bestaat uit meerdere onderdelen. Voor de omzetbelasting is er sprake van een prestatie en dat betekent dat de gehele reparatie als een prestatie wordt aangemerkt. Deze ene prestatie wordt beoordeeld of het een levering of een dienst is. Dit zal een dienst betreffen als de dienstcomponent belangrijker is dan het leveren van de materialen. Dit kan voor de omzetbelasting nog wel uitmaken. Bij onroerend goed kan ditzelfde zich voordoen. De Hoge Raad heeft ooit uitgemaakt dat onroerend goed wat gekocht werd met de verplichting voor de verkoper om het eerst te slopen, dit in wezen een verkrijging en levering van onbebouwd stukje grond was. Civielrechtelijk werd het onroerend goed overgedragen op het moment dat de sloop nog niet had plaatsgevonden. De Hoge Raad oordeelde dat partijen overeen zijn gekomen dat er onbebouwde grond werd geleverd. Er is dus geen sprake van meerdere leveringen, maar van een overeenkomst tot het leveren van een stukje onbebouwde grond. Voor de omzetbelasting was dit een levering en deze vond plaats op het moment dat de sloop gereed was.

Dat maakt voor de samenloop ook uit. Er is dan sprake van onbebouwd onroerend goed en dit zou wel eens bouwterrein kunnen zijn. Het betreft dan een verplicht belaste levering. De overdrachtsbelasting wordt verschuldigd op het moment dat er civielrechtelijk een verkrijging plaatsvindt: het ogenblik dat de notariële akte werd ingeschreven. Er was toen nog geen omzetbelasting verschuldigd, want de prestatie moest nog plaatsvinden. Voor de samenloopregeling moest worden gekeken of er ter zake van de levering omzetbelasting was verschuldigd. Het gaat niet om welk moment de omzetbelasting is verschuldigd.