



Gescheiden koop-aannemingsovereenkomst mist toepassing – share deal als alternatief?

MRE Jaargang: 2019-2021
Datum: 13 maart 2022
Auteur: mr. Sebastiaan Wijsman
1^e Begeleider: drs. G.B. Markink
2^e Begeleider: drs. W.J. van der Post

Onderzoeksinstituut: Amsterdam School of Real Estate

Managementsamenvatting

In Nederland bestaat er een aanzienlijk tekort aan woningen en andere asset classes zoals bijvoorbeeld (last-mile) distributiecentra. Bij de ontwikkeling en acquisitie van dergelijke objecten, speelt de fiscale structurering vaak een (grote) rol. Twee veel gebruikte structuren bij de ontwikkeling zijn de (gescheiden) koop-aanneming en de share deal. In beide structuren kunnen bepaalde fiscale voordelen worden behaald, mits zij op de juiste manier worden toegepast en de toepassing hiervan mogelijk blijft onder de wet- en regelgeving.

Deze scriptie geeft een antwoord op de vraag of en in hoeverre de gescheiden koop-aanneming (praktisch) houdbaar is en of de share deal een waardig alternatief is voor de gescheiden koop-aanneming bij het realiseren van voormelde fiscale besparing.

Uit de rechtspraak en literatuur volgt dat een koop-aanneming niet uit twee afzonderlijke prestaties voor de heffing van BTW bestaat, zijnde de levering van de grond (plus opstallen) en de sloop/aanneemdienst tot de realisatie van een bouwterrein of nieuw vervaardigd gebouw, indien:

- (i) beide handelingen worden verricht door en/of voor rekening van de verkoper aan de koper; en,
- (ii) de handelingen samenhangen.

De situatie dat de prestaties van twee afzonderlijke BTW ondernemers bij een koop-aanneming als één BTW prestatie worden aangemerkt is nog niet behandeld in de rechtspraak. De literatuur staat wel stil bij deze situatie en een aantal auteurs lijkt aan te geven dat (i) misbruik van recht en (ii) de economisch doelredenering zouden kunnen leiden tot vereenzelviging van de twee prestaties van verschillende ondernemers.

Vanuit een fiscaal perspectief wordt een share deal de laatste jaren door de praktijk steeds meer omarmd. Wel zijn er een aantal nadelen die de praktijk er van kunnen weerhouden gebruik te maken van de share deal.

Samenvattend is het antwoord op de hoofdvraag: ja, de gescheiden koop-aannemingsovereenkomst is (voorlopig) houdbaar en wordt in de praktijk veelvuldig gebruikt. De share deal is zeker een alternatief voor de gescheiden koop-aanneming maar alleen in bepaalde gevallen. Vanwege onder meer de handelingen en kosten van uitvoering van de share deal, is de share deal met name bij een groot te realiseren fiscaal voordeel een alternatief voor de gescheiden koop-aanneming. Daarnaast kan de share deal een oplossing bieden in de gevallen waarbij de bouwende ontwikkelaar en/of ontwikkelende bouwer zowel de levering van de grond (plus opstallen) als de aanneemdienst in eigen beheer wenst te houden.

Inhoudsopgave

Managementsamenvatting	3
VOORWOORD.....	6
LIJST VAN BEGRIPPEN.....	7
1 INLEIDING.....	8
1.1 Aanleiding	8
1.2 Probleemstelling	9
1.3 Doelstelling.....	10
1.4 Onderzoeksvragen	10
1.5 Methoden en leeswijzer.....	11
1.6 Relevantie	11
1.7 Afbakening	11
1.8 Leeswijzer	11
2 THEORETISCH KADER	13
2.1 Relevante bepalingen Wet OB	13
2.1.1 3-1-c Wet OB	13
2.1.2 Artikel 7 Wet OB.....	13
2.1.3 Artikel 11 Wet OB.....	14
2.1.4 Artikel 13 Wet OB.....	15
2.2 Relevante bepalingen WBR	15
2.2.1 Artikel 2-1 WBR	15
2.2.2 Artikel 4 WBR	15
2.2.3 Artikel 15-1-a en artikel 15-6 WBR	16
2.2.4 Artikel 16 WBR	17
2.3 Relevante bepalingen Vastgoedbesluit	17
2.4 Relevante bepalingen Samenloopbesluit	17
2.5 Tussenconclusie	18
3 TRANSACTIEVORMEN.....	19
3.1 Koop-aannemingsovereenkomst?.....	19
3.1.1 Achtergrond.....	19
3.1.2 Betrokken partijen	19
3.2 Gescheiden Koop-aanneming	21
3.2.1 Achtergrond.....	21
3.2.2 Betrokken partijen	21
3.3 Share deal	22
3.3.1 Achtergrond.....	22
3.3.2 Betrokken partijen	22
3.4 Rekenvoorbeelden gescheiden koop-aanneming versus share deal.....	23
3.4.1 Uitgangspunten.....	23
3.4.2 Gescheiden koop-aanneming.....	24
3.4.3 Share deal.....	25
3.5 Tussenconclusie	26
4 RELEVANTE JURISPRUDENTIE	27
4.1 Relevante beslissing van de rechterlijke macht.....	27

4.1.1	TC 1977 (Gescheiden) koop-aanneming.....	28
4.1.2	Don Bosco.....	29
4.1.3	J.J. Komen en Zonen Beheer	31
4.1.4	Woningstichting Maasdriel	32
4.1.5	HR 22-03-2013	34
4.1.6	KPC Herning	36
4.2	Tussenconclusie	38
5	ONDERZOEKSMETHODE KWALITATIEF	41
5.1	Onderzoeksaanpak	41
5.2	Projectontwikkelaars	42
5.3	Beleggers	42
5.4	Adviseurs.....	42
5.5	Geïnterviewden en vragenlijst	43
6	UITKOMSTEN INTERVIEWS.....	44
6.1	Achtergrond	44
6.2	Algemene bevindingen	44
6.3	Vergelijking tussen de verschillende categorieën en specifieke opmerkingen	50
7	CONCLUSIE, REFLECTIE EN AANBEVELINGEN.....	52
7.1	Conclusie.....	52
7.2	Aanbeveling.....	54
7.3	Beperkingen onderzoek	55
7.4	Vervolgonderzoek	55
7.5	Reflectie	56
8	BRONNEN	57
9	BIJLAGEN	59

VOORWOORD

Het schrijven van deze scriptie was een uitdaging. Je zou wellicht van een jurist/fiscalist verwachten dat het schrijven van een dergelijk stuk hem/haar zeer gemakkelijk afgaat. Dat was bij mij helaas niet het geval. Ik heb gemerkt dat dit niet zozeer aan het schrijven zelf lag maar veel meer aan het stellen van prioriteiten. Als adviseur sta ik in feite in dienst van de cliënt, en die cliënten houden mij veelal met leuke maar ook tijdrovende zaken bezig. Het bleek een uitdaging om daarnaast ook nog tijd te vinden voor het schrijven van deze scriptie. Het schrijven van deze scriptie was al met al een leerzaam proces; ik heb geleerd met tegenslagen om te gaan, niet alleen doordat tijdens het schrijven een deel van mijn werk verloren is gegaan door een computercrash, maar ook doordat bepaalde onderdelen van de scriptie toch meer tijd in beslag namen dan van tevoren ingeschat. Alles bij elkaar ben ik trots op hetgeen hier nu voor u ligt.

Ik had mij voorgenomen om een echt vastgoedonderwerp te kiezen. De MRE heeft mij geïnspireerd en verrijkt op verschillende gebieden binnen de vastgoedsector, met name de niet-fiscale/juridische gebieden. Tijdens de scriptiemodule kwamen daardoor vele interessante vastgoedonderwerpen voorbij. Uiteindelijk ben ik (vanwege de relevantie voor mijn eigen praktijk) toch dicht bij mijn opleiding en werk gebleven, de fiscaliteit.

De toegenomen belangstelling voor Nederland als beleggingslocatie enerzijds, en het beperkte aanbod anderzijds, heeft er voor gezorgd dat partijen geneigd zijn meer risico te nemen. Op fiscaal juridisch gebied zorgt dit er onder andere voor dat kopers vaker kiezen voor of meegaan in de share deal in plaats van de asset deal. Dit werpt meteen de vraag op of de gescheiden koop-aannemingsovereenkomst nog wordt toegepast en/of dat de share deal niet een veel betere optie is?

Met veel plezier kijk ik terug op de MRE opleiding. Een opleiding die je daadwerkelijk verrijkt, niet alleen op het inhoudelijke vlak maar ook zeker op het sociale vlak. De reis naar Lissabon was onvergetelijk, vanaf de start van de opleiding heb ik nieuwe vrienden gemaakt!

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om mijn begeleider Gerben te bedanken voor zijn tijd en scherpe opmerkingen! Veel dank ben ik daarnaast verschuldigd aan mijn collega's van DLA; Daan Arends, Jesse Peeters, Maxine Rigot, Kelly Jonk en Joost Boon, voor het meedenken en altijd klaar stonden wanneer ik weer een writers block had. In het bijzonder Tjebbe en Bas voor de visuele aanvullingen. Veel dank gaat verder uit naar mijn vrouw die toestond dat ik tijdens de tropenjaren (kids van 0, 2, 4 jaar) de MRE mocht volgen!

Sebastiaan Wijsman
Amsterdam, 13 maart 2022

LIJST VAN BEGRIPPEN

AG	Advocaat-generaal
BTW	Belasting toegevoegde waarde / omzetbelasting
FBI	Fiscale beleggingsinstelling
HR	HR
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
OVB	Overdrachtsbelasting
PropCo	Vastgoedlichaam (Property Company)
Samenloopbesluit	Besluit omzetbelasting en overdrachtsbelasting van 16 maart 2017, nr. 2017-51500, Belastingdienst/Directie Vaktechniek Belastingen
SPV	Special purpose vehicle
TC	Tariefcommissie
Vastgoedbesluit	Besluit omzetbelasting van 19 september 2013, nr. BLKB2013/1686M, Belastingdienst/Directie Vaktechniek Belastingen
VPB	VPB
WBR	Wet op belastingen van rechtsverkeer
Wet OB	Wet op de omzetbelasting 1968
WOB verzoek	Verzoek Wet openbaarheid van bestuur; Bindend advies Kennisgroep Omzetbelasting Algemeen; inzake Koop-aanneming; één of meerdere belastbare handelingen.

1 INLEIDING

1.1 Aanleiding

Partijen zijn vanwege de relatief hoge belastingen in Nederland veelal op zoek naar de meest gunstige fiscale constructie. Dit is niet anders bij transacties in de Nederlandse vastgoedmarkt.

Een recent voorbeeld is de aankoop door de Nederlandse investeerder CPT van de Amsterdam Logistics Cityhub (ALC), een te ontwikkelen last-mile distributiecentrum in het haven terrein van Amsterdam, via een zogeheten share deal. Na oplevering bevat het complex ongeveer 120.000 vierkante meter verhuurbaar vloeroppervlak. Verder komen er 1.700 parkeerplaats en 200 laaddocks.¹ Het feit dat is gekozen voor een share deal zal mede zijn ingegeven door fiscale motieven.

In de Nederlandse vastgoedmarkt zijn bij woningbouw twee (hoofd)structuren te onderscheiden, de koop-aannemingsovereenkomst ("koop-aanneming") en de share deal. Bij koop-aanneming wordt eerst de grond in eigendom overgedragen aan de koper en vervolgens wordt er in opdracht van de koper een gebouw gerealiseerd. Voorheen werd aangenomen dat in dergelijke gevallen sprake was van twee prestaties voor de BTW: de levering van de grond en de oplevering van het nieuwe gebouw. De oplevering van het nieuwe gebouw door de aannemer is dan belast met BTW en de levering van de grond kan dan in bepaalde gevallen met overdrachtsbelasting ("OVV") in plaats van BTW plaatsvinden. Bij woningbouw is dit zeer interessant, aangezien de koper de BTW normaliter niet kan aftrekken. Zodoende realiseert men een 'opbrengst' van het verschil tussen 21% (tarief BTW) en 8% (tarief OVV) over de grondwaarde.

In 2013 is door de Hoge Raad ("HR") echter bepaald dat bij een koop-aanneming slechts sprake is van één prestatie. Enkel wanneer de koop-aanneming gescheiden plaatsvindt kan nog wel sprake zijn van twee prestaties. Dit lijkt echter niet het geval te zijn wanneer de verkoper van de grond en de aannemer die het gebouw oplevert zijn opgenomen in een fiscale eenheid BTW.

Vaak is het ook zo dat de grondeigenaar naast zijn projectontwikkelingsactiviteiten ook een aanneembedrijf heeft, dan kan er onduidelijkheid bestaan over wanneer partijen nu wel en niet zijn verbonden. Kortom, de gescheiden koop-aanneming heeft nogal wat voeten in de aarde.

Om voormelde redenen maakt in de praktijk de share deal zijn opkomst. De share deal bestaat uit drie stappen. De eerste stap houdt in dat de projectontwikkelaar een bouwterrein of bestaande bebouwing koopt middels een nieuw op te richten vennootschap waarvan het enige doel is het vastgoed aanhouden voor ontwikkeling en eventuele exploitatie van deze ontwikkeling, een zogeheten special purpose vehicle (SPV). De tweede stap is dat de SPV vervolgens met hulp van een aannemer een nieuw gebouw gaat realiseren. De laatste stap is dat de projectontwikkelaar de SPV verkoopt aan een (eind)belegger.

¹ <https://stadszaken.nl/artikel/3656/verkoop-amsterdam-logistic-cityhub-is-grootste-transactie-logistiek-vastgoed-ooit>

Er zijn verschillende redenen om de ontwikkeling en verkoop van vastgoed middels een share deal te laten plaatsvinden. De fiscale motieven voeren vaak de boventoon en dan met name de VPB (“VPB”). In principe is VPB verschuldigd over de boekwinst, dat wil zeggen het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de verkoopprijs van het activum. Dit betekent dat de waardeverhoging van het vastgoed als gevolg van de ontwikkeling belast wordt met VPB in het geval het vastgoed door de projectontwikkelaar die het vastgoed houdt wordt verkocht (een zogeheten asset deal).

Bij een share deal wordt echter niet het vastgoed zelf verkocht, maar de vennootschap die het vastgoed houdt (SPV). Omdat de verkoop van aandelen is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling is de projectontwikkelaar geen VPB verschuldigd. Omdat de koper van de SPV een belastinglatentie (de verschuldigde belasting in het geval de SPV ooit het vastgoed middels een asset deal verkoopt) erft, zal de koper daarvoor willen worden gecompenseerd. In de praktijk wordt het belastingvoordeel vaak gedeeld tussen verkoper en koper.

Bij woningbouw specifiek is er nog een fiscaal voordeel dat gerealiseerd kan worden. Bij sloop-nieuwbouw woningprojecten, zal de verkoop van de nieuw gerealiseerde woningen bij een asset deal leiden tot niet aftrekbare BTW voor de koper. Nieuw onroerend goed is immers onderhevig aan BTW welke niet aftrekbaar is voor de koper, omdat de verhuur van woningen is vrijgesteld van de heffing van BTW. De verkoop van aandelen is echter niet belast met BTW. De verkoop van de aandelen in de SPV, die de nieuw vervaardigde woningen houdt, is dus niet belast met BTW. Dit kan een aanzienlijke besparing opleveren.

Tenslotte is het bij een share deal mogelijk om OVB te besparen. Bij een asset deal van bestaand vastgoed zal in beginsel OVB zijn verschuldigd. Bij een share deal is het echter mogelijk om de heffing van OVB te voorkomen. In Nederland is namelijk alleen de verkrijging of uitbreiding van een 1/3 of meer belang in een vastgoedvennootschap belast. Geen OVB is dus verschuldigd indien vier onafhankelijke kopers ieder minder 1/3 belang verkrijgen in de vastgoedvennootschap (SPV).

Daarnaast kunnen er nog niet-fiscale redenen ten grondslag liggen aan de share deal, zoals bijvoorbeeld civiel juridische redenen.

1.2 Probleemstelling

Door het arrest van de HR uit 2013 lijkt de gescheiden koop-aanneming onder druk te staan. De grootste uitdaging lijkt te zijn dat de projectontwikkelaar en aannemer gescheiden moeten zijn. Het is de echter vraag of de praktische en juridische uitdagingen van een gescheiden koop-aanneming inderdaad een obstakel voor ondernemers vormen om de fiscale besparing te realiseren.

Daarnaast lijkt het concept ‘share deal’ de laatste jaren in verregaande mate te zijn geaccepteerd op de Nederlandse vastgoedmarkt. Door de snel stijgende prijzen van Nederlands vastgoed leidt een share deal tot een besparing van de VPB, wat in het voordeel is voor zowel

verkoper als koper. Hierdoor is de share deal een steeds aantrekkelijker alternatief voor de asset deal (middels de eventuele gescheiden koop-aanneming). Daarnaast is het aanbod van product in Nederland beperkt, wat tot gevolg lijkt te hebben dat partijen geneigd zijn om meer risico's te nemen. Zelfs conservatieve Institutionele beleggers lijken open te staan voor de share deal en de juridische en fiscale risico's voor lief te nemen.

Deze ontwikkelingen kunnen gevolgen hebben voor het gebruik van de gescheiden koop-aanneming. Tot op heden is het onduidelijk hoe in de praktijk wordt omgegaan met de koop-aanneming en of een koop-aanneming het beste instrument is om de fiscale besparing realiseren? Er is veel geschreven over de toepassing van de koop-aanneming en het relateerde Don Bosco-arrest. Het is bekend dat twee onderdelen van een dezelfde fiscale eenheid BTW niet gescheiden kunnen leveren in een koop-aanneming, maar onduidelijk is hoe ver het onderdeel gescheiden gaat en wat dit betekent in de relatie tussen de projectontwikkelaar en aannemer.

Pas recent is de share deal een breed gedragen transactievorm op de Nederlandse vastgoedmarkt. De share deal lijkt aanzienlijk te verschillen met de asset deal, in specifiek de gescheiden koop-aanneming. Onduidelijk is of en in welke transacties de share deal de voorkeur heeft boven een gescheiden koop-aanneming.

1.3 Doelstelling

Het doel van deze scriptie is allereerst om op basis van de wet- en regelgeving en rechtspraak kennis en inzicht te krijgen in de gescheiden koop-aanneming en share deal. Vervolgens kunnen op basis hiervan de verschillen en overeenkomsten in kaart worden gebracht en de vraag worden beantwoord welk fiscaal voordeel kan worden bereikt. Daarnaast wordt onderzocht hoe en waarom de marktpartijen deze structuren gebruikt en zo ja, wat zij poogt te bereiken. De uitkomsten kunnen worden gebruikt om te beoordelen of (in bepaalde gevallen) de share deal een geschikter instrument is dan de koop-aanneming om het fiscale voordeel te bereiken.

1.4 Onderzoeksvragen

De hoofdvraag is of en in hoeverre de gescheiden koop-aanneming (praktisch) houdbaar is en of de share deal een waardig alternatief is voor de gescheiden koop-aanneming bij het realiseren van een fiscale besparing?

Deze vraag kan worden beantwoord middels de volgende deelvragen:

- i. Wat is op basis van de wetgeving en regelgeving, rechtspraak en literatuur de gescheiden koop-aanneming? Wanneer is sprake van een *gescheiden* koop-aanneming?
- ii. Welke andere transactievormen leiden tot de fiscale besparingen? En zo ja, hoe werken deze transactievormen?
- iii. Hoe wordt in de rechtspraak en literatuur geoordeeld over de gescheiden koop-aanneming? Wanneer is sprake van een *gescheiden* koop-aanneming?

- iv. Hoe kijkt de praktijk (de projectontwikkelaar, adviseur en belegger) aan tegen de gescheiden koop-aanneming en de share deal?
- v. Is de share deal een waardig alternatief voor de fiscale besparing en zo ja in welke gevallen?

1.5 Methoden en leeswijzer

Voor dit onderzoek wordt gebruikt gemaakt van juridisch onderzoek met een kwalitatief karakter. Het onderzoek is tweeledig; allereerst wordt gekeken naar de fiscaal-juridisch basis van de gescheiden koop-aannemingsovereenkomst en andere transactievormen, in het bijzonder de share deal. Dit onderzoek wordt verricht aan de hand van de wetgeving, regelgeving en rechtspraak.

Het tweede onderdeel bestaat uit kwalitatief onderzoek. Op basis van interviews wordt gekeken of en hoe partijen in de praktijk voormelde instrumenten inzetten en tegen welke praktische bezwaren en/of juridisch beperkingen wordt aangelopen.

1.6 Relevantie

In Nederland bestaat er een aanzienlijk tekort aan woningen. De fiscale besparing die gerealiseerd kan worden door een gescheiden koop-aanneming dan wel share deal leidt tot een aanzienlijk prijsdruk welke vervolgens voor een stimulans van de woningbouw zou kunnen zorgen. Over de gescheiden koop-aanneming is wel redelijk wat geschreven, maar niet zozeer de (praktische) bezwaren waar ondernemers tegen aan lopen bij de toepassing hiervan. Zowel de fiscale motieven als de vraag of een share deal een beter instrument is om die fiscale besparing te bewerkstelligen zijn nog niet of nauwelijks besproken in de literatuur.

1.7 Afbakening

Om deze scriptie leesbaar te houden, beperkt deze scriptie zich tot de gescheiden koop-aanneming en in het bijzonder het element gescheiden en het element praktisch gebruik. Elementen zoals het bouwterrein, een nieuw vervaardigd vastgoed en het tijdstip van levering komen wel aan de orde als onderdeel van de gescheiden koop-aanneming en share deal, maar de discussies die op deze gebieden spelen worden niet zelfstandig geanalyseerd. Daarnaast zal deze scriptie zich beperken tot de BTW en de OVB gevolgen. De gevolgen voor de VPB en de juridische gevolgen van met name de share deal worden wel aangestipt maar niet zelfstandig geanalyseerd.

1.8 Leeswijzer

Allereerst worden de relevante bepalingen in de wet- en regelgeving toegelicht zodat ook de niet-fiscale lezer een goed overzicht krijgt van het onderwerp. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 besproken wat de transactievormen (gescheiden) koop-aanneming en share deal inhouden

en welke partijen hierbij betrokken zijn. Daarna wordt aan de hand van de rechtspraak en literatuur toegelicht wanneer sprake (zou moeten zijn) (is) van een gescheiden koop-aanneming en wat de aandachtspunten zijn. Hoofdstukken 5 en 6 bevatten onderzoek, door middel van semi-gestructureerde interviews, naar de vraag hoe de praktijk tegen voormelde transactievormen aankijkt en waarom en wanneer deze transactievormen wel en niet worden gebruikt. Tenslotte bevat hoofdstuk 7 de conclusies van het onderzoek, de aanbevelingen en een reflectie.

2 THEORETISCH KADER

Dit hoofdstuk behandelt de relevante bepalingen van de Wet OB en de WBR. Daarnaast wordt nader ingegaan op het Vastgoedbesluit waarin de gescheiden koop-aanneming nader uiteen wordt gezet en het Samenloopbesluit waarin de samenloopvrijstelling OVB nader uiteen wordt gezet. Hierbij dient te worden opgemerkt dat alleen de bepalingen worden besproken die relevant zijn in het licht van de (gescheiden) koop-aanneming en de share deal. Dit geeft tevens een goede afbakening van deze scriptie.

2.1 Relevante bepalingen Wet OB

Er zijn een aantal wettelijke bepalingen die elke specifieke onderdelen van de gescheiden koop-aanneming belichten. Dat zijn, op volgorde van behandeling in de Wet OB, artikel 3 het belastbaar feit, artikel 7 ondernemerschap en fiscale eenheid, artikel 11 vrijstellingen en artikel 13 verschuldigheid.

2.1.1 3-1-c Wet OB

In artikel 3-1-c Wet OB is bepaald dat de oplevering van onroerende zaken door de vervaardiger, veelal de aannemer, een levering van een goed is:

‘Leveringen van goederen zijn:

[..]

c. De oplevering van onroerende zaken door degene die de zaken heeft vervaardigd met uitzondering van andere onbebouwde terreinen dan bouwterreinen [..].’

Bij de gescheiden koop-aanneming wordt de opdrachtgever veelal door natrekking automatisch eigenaar van de nieuwe onroerende zaak op haar terrein waardoor de vervaardiger (aannemer) geen eigendom kan overdragen. Dit artikel is in het leven geroepen om deze handeling als belaste levering voor de heffing van BTW te kunnen beschouwen. De levering vindt plaats bij het moment van oplevering door de aannemer.

2.1.2 Artikel 7 Wet OB

Artikel 7 wet OB gaat over ondernemerschap. Twee onderdelen kunnen van belang zijn bij het element ‘gescheiden’ van de gescheiden koop-aanneming. Artikel 7-2-b wet OB bepaalt dat het exploiteren van vastgoed in beginsel leidt tot ondernemerschap voor de heffing van BTW:

‘b. exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.’

Bij de verkoop en koop van onroerend goed kan de vraag opkomen of er sprake is van ondernemerschap. Deze eerste hobbel moet genomen worden om überhaupt in de heffing van BTW te komen. Voor deze scriptie wordt er vanuit gegaan dat in ieder geval de grondeigenaar/projectontwikkelaar, de SPV en de aannemer als ondernemers kwalificeren.

Bij een gescheiden koop-aanneming mogen de grondeigenaar en de aannemer niet zodanig verbonden zijn dat zij als één ondernemer voor de heffing van BTW worden beschouwd. Artikel 7-4 wet OB bepaalt dat ondernemers die financieel, organisatorisch en economisch zijn verweven als één ondernemer voor de heffing van BTW worden beschouwd:

'[...] ondernemer zijn [...] in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig zijn verweven, dat zij een eenheid vormen [...] als één ondernemer aangemerkt [...].'

2.1.3 Artikel 11 Wet OB

In artikel 11 wet OB zijn de vrijstellingen opgenomen en de uitzonderingen op de vrijstellingen die zien op de levering van onroerende zaken:

'1. Onder bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen voorwaarden zijn van de belasting vrijgesteld:

a. de levering van onroerende zaken en van rechten waaraan deze zijn onderworpen, met uitzondering van:

1°. de levering van een gebouw of een gedeelte van een gebouw en het erbij behorend terrein vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming, alsmede de levering van een bouwterrein;'

Zoals besproken is het doel van de gescheiden koop-aanneming vaak om de levering van de grond met de bestaande bebouwing buiten de heffing van BTW te houden omdat de koper de BTW niet kan aftrekken. Voor het slagen van de gescheiden koop-aanneming is het dus essentieel dat de levering van de grond met bebouwing is vrijgesteld onder artikel 11-1-a Wet OB en niet onder de uitzondering op de vrijstelling als bedoeld in artikel 11-1-a-1 wet OB. Twee zaken zijn hierbij van belang: (i) de bebouwing op de grond moet langer dan twee jaar voor het eerst in gebruik zijn genomen en (ii) de grond plus bebouwing mag niet als bouwterrein kwalificeren.

Naar aanleiding van HvJ rechtspraak is met ingang van 2017 het concept bouwterrein opgenomen in de Wet OB. In artikel 11-6 wet OB wordt onder bouwterrein verstaan:

'onbebouwde grond die kennelijk bestemd is om te worden bebouwd met een of meer gebouwen.'

Op basis van de voormelde tekst van de wet zou pas sprake moeten zijn van een bouwterrein als alle bebouwing verwijderd is. In dat geval is het evident dat geen sprake is van de levering van een oud gebouw, maar van de levering van een bouwterrein. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat dit iets genuanceerder ligt.

2.1.4 Artikel 13 Wet OB

Artikel 13 Wet OB gaat over het tijdstip wanneer de BTW is verschuldigd. Voor deze scriptie is met name artikel 13-1 Wet OB van belang:

'De belasting wordt verschuldigd:

- a. in gevallen waarin ingevolge de artikelen 34b tot en met 35 een factuur moet worden uitgereikt, op het tijdstip van de uitreiking of, indien deze niet tijdig plaatsvindt, het tijdstip waarop zij uiterlijk had moeten geschieden tenzij sprake is van een dienst waarover de belasting op grond van artikel 12, tweede lid, verschuldigd is door de afnemer van deze dienst, in welk geval de belasting verschuldigd wordt op het tijdstip waarop de dienst wordt verricht;*
- b. in andere gevallen op het tijdstip waarop de levering of de dienst wordt verricht.'*

Uit artikel 3 Wet OB volgt dat de oplevering van onroerende zaken een levering van een goed is voor de heffing van BTW. In de praktijk zal de aannemer per gerealiseerde milestone een voorschotnota in rekening brengen aan de opdrachtgever. Uit artikel 13 Wet OB volgt dat deze voorschotnota reeds onderhevig is aan de heffing van BTW.

2.2 Relevante bepalingen WBR

Er zijn een aantal wettelijke bepalingen in de WBR die relevant zijn voor de gescheiden koop-aanneming en de share deal. Dat zijn, op volgorde van behandeling in de WBR, artikel 2 belastbaar feit, artikel 4 fictieve onroerende zaken, artikel 15-1 de samenloopvrijstelling en artikel 16 de belastingschuldige.

2.2.1 Artikel 2-1 WBR

In Nederland is OVB verschuldigd over de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken. Artikel 2 -1 WBR luidt als volgt:

'onder de naam overdrachtsbelasting wordt een belasting geheven ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen.'

Niet alleen de verkrijging van juridisch eigendom is belast maar ook de verkrijging van economisch eigendom volgt uit artikel 2-1 WBR.

2.2.2 Artikel 4 WBR

Niet alleen de verkrijging van onroerende zaken is belast met OVB maar ook in beginsel de verkrijging van zogenoemde vastgoedrechtspersonen. In artikel 4 WBR is bepaald dat:

'Als zaken als bedoeld in artikel 2 worden mede aangemerkt (fictieve onroerende zaken):

- a. aandelen in een rechtspersoon, waarvan de bezittingen op het tijdstip van de verkrijging of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar grotendeels bestaan of hebben bestaan uit onroerende zaken en tegelijkertijd ten minste 30% van de*

bezittingen bestaat of heeft bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken, mits de onroerende zaken, als geheel genomen, op dat tijdstip geheel of hoofdzakelijk dienstbaar zijn of waren aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken;'

Een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld kapitaal kwalificeert derhalve als een vastgoedlichaam indien de bezittingen van die rechtspersoon ten tijde van de verkrijging van de aandelen of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar:

- grotendeels (>50%) bestaan, of binnen het referentiejaar hebben bestaan, uit al dan niet in Nederland gelegen onroerende zaken; en tegelijkertijd ten minste 30% van de totale bezittingen bestaat, of binnen het referentiejaar heeft bestaan, uit in Nederland gelegen onroerende zaken (bezitseris); en
- hoofdzakelijk (>70%) dienstbaar zijn, of binnen het referentiejaar waren, aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken (doeleis).

Een verkrijging van de aandelen in een vastgoedlichaam is alleen belast met Nederlandse OVB voor zover (i) meer dan 1/3e van het aandelenbezit van de rechtspersoon verkregen wordt of (ii) de verkrijger samen met verbonden partijen (groepsvennootschappen of familieleden) meer dan 1/3 van de aandelen in het vastgoedlichaam bezit.

2.2.3 Artikel 15-1-a en artikel 15-6 WBR

De artikelen 15-1-a en 15-6 WBR bevatten de samenloopvrijstelling:

'Onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden is van de belasting vrijgesteld de verkrijging:

a. krachtens een levering als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel a, onder 1°, van de Wet op de omzetbelasting 1968 of een dienst als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel b, slotalinea, van die wet ter zake waarvan omzetbelasting is verschuldigd, tenzij het goed als bedrijfsmiddel is gebruikt en de verkrijger de omzetbelasting op grond van artikel 15 van de Wet op de omzetbelasting 1968 geheel of gedeeltelijk in aftrek kan brengen;'

Met deze artikelen wordt beoogd dubbele belastingheffing te voorkomen. Het artikel ziet specifiek op de verkrijging van bouwterreinen en nieuw vervaardigde zaken die minder dan 6 maanden voor het eerst in gebruik zijn genomen. In paragraaf 2.1.3 is besproken dat de levering van deze zaken zijn uitgezonderd van de BTW vrijstelling en derhalve van rechtswege zijn belast met BTW. De wetgever heeft het redelijk gevonden om voor deze verkrijgingen een vrijstelling voor de OVB toe te kennen. Opgemerkt zij hierbij nogmaals dat partijen bij een gescheiden koop-aaneming juist veelal uit de toepassing van de samenloopvrijstelling willen blijven.

2.2.4 Artikel 16 WBR

In artikel 16 WBR is bepaald dat de OVB geheven wordt van de verkrijger.

2.3 Relevante bepalingen Vastgoedbesluit

Onderdeel 4.2 van het Vastgoedbesluit bevat de enige specifieke toelichting vanuit de overheid op de (gescheiden) koop-aanneming.

Het besluit bevat een goedkeuring dat onder bepaalde voorwaarden de juridische levering van grond en de bouw van een nieuwe onroerende zaak binnen het regime van een koop-aanneming tot 1 januari 2016 als afzonderlijke prestaties kunnen worden behandeld.

Deze goedkeuring is geïntroduceerd om reeds aangegane koop-aanneming buiten de werking van het HR arrest van 22 maart 2013, nr. 12/02180 (naar aanleiding van het Don Bosco-arrest) te houden. De HR heeft namelijk bepaald dat bij een koop-aanneming de handelingen van de aannemer met betrekking tot de overdracht van de grond en de bouw van een appartement tezamen als één prestatie moeten worden beschouwd, en wel als de belaste levering van een onroerende zaak op het moment van oplevering.

Door dit arrest is een einde gekomen aan de mogelijkheid om de grondlevering buiten de heffing van BTW te houden, in de situatie waarin de grondlevering en de bouw van een nieuwe onroerende zaak door dezelfde belastingplichtige plaatsvinden..

Expliciet valt hieruit af te lezen dat de gescheiden koop-aanneming nog zou moeten werken, mits de grondeigenaar en aannemer geen fiscale eenheid BTW vormen.

2.4 Relevante bepalingen Samenloopbesluit

Onderdeel 2.1.4 van het Samenloopbesluit behandelt de gevolgen van het HR arrest van 22 maart 2013, nr. 12/02180, voor de toepassing van de samenloopvrijstelling bij koop-aanneming. Zoals besproken onder 2.3 heeft de HR geoordeeld dat bij een koop-aanneming de door één ondernemer verrichte handelingen met betrekking tot de overdracht van de grond en de bouw van een appartement tezamen als één prestatie voor de heffing van BTW moeten worden beschouwd.

Uit het verwijzingsarrest van het Don Bosco-arrest van de HR op 10 juni 2011, nr. 41.510bis9, blijkt dat in een Don Bosco situatie beslissend voor de BTW kwalificatie van de levering/aanneming de staat van het terrein is dat uiteindelijk door de verkoper aan de koper is/wordt opgeleverd. Voor de BTW is het tijdstip van oplevering beslissend.

Voor de OVB is het tijdstip van verkrijging de juridische eigendomsoverdracht. Bij een gescheiden koop-aanneming zal dan vaak nog sprake zijn van oudbouw voor de heffing van BTW.

Volgens het Samenbesluit kan de samenloopvrijstelling van artikel 15 WBR ook toegepast worden bij de juridische verkrijging ondanks dat op grond van het Don Bosco-arrest nog geen sprake zal zijn van een prestatie voor de BTW.

2.5 Tussenconclusie

De wet OB en (met name) het Vastgoedbesluit geven redelijke handvatten over het gebruik van de gescheiden koop-aanneming en share deal. Veel inzicht in de nuances die relevant zijn voor het gebruik voormelde transactievormen zijn geven deze wet- en regelgeving echter niet. In hoofdstuk 4 wordt daarom nader ingegaan op de rechtspraak en literatuur die hopelijk meer inzicht geven in de nuances bij het gebruik van de transactievormen gescheiden koop-aanneming en share deal. Eerst zullen echter de transactievormen (gescheiden) koop-aanneming en share deal nader worden besproken in hoofdstuk 3.

3 TRANSACTIEVORMEN

Om een vastgoedobject over te dragen zijn er ruwweg twee contractuele vormen: (i) via een overdracht van de activa, de zogenoemde asset deal. Of via een overdracht van aandelen, de zogeheten share deal. In dit hoofdstuk worden twee transactievormen van de asset deal besproken, de koop-aanneming en de gescheiden koop-aanneming en de transactievorm share deal. De achtergrond en werking van deze structuren worden besproken alsmede de relevante betrokken partijen.

3.1 Koop-aannemingsovereenkomst?

3.1.1 Achtergrond

Het merendeel van de nieuwbouwwoningen in Nederland worden verkocht middels een koop-aanneming, tenminste als de koper een particulier is. Dit is een overeenkomst tussen de projectontwikkelaar en de koper (zie figuur 1) die zowel de levering van de grond als de bouw van de woning bevat. Het model wordt vaak overeengekomen met de garantie- en waarborgregeling van het Garantie Instituut Woningbouw. Er zijn vele vormen van koop-aanneming, maar deze scriptie beperkt zich tot de situatie die het meeste voorkomt; de verkoper heeft een grondpositie en bereidt (met behulp van adviseurs) een ontwerpplan voor de bouw van één of meer woningen. Als het plan eenmaal gereed is dan wordt het op de markt gebracht. Veelal wordt gestart met de bouw als een bepaald percentage is voorverkocht. De juridische levering kan op een aantal momenten plaatsvinden. De meest voorkomende momenten zijn: (i) voor of tijdens de sloopfase, (ii) voor of tijdens start bouw en (iii) bij oplevering nieuwbouw.



Figuur 1: Schematisch weergave betrokken partijen koop-en aannemingsovereenkomst

3.1.2 Betrokken partijen

Koper

Dit is de opdrachtgever, verkrijger, degene met wie de koop-aanneming wordt gesloten en die de nieuwbouwwoning verkrijgt.

Projectontwikkelaar

Dit is de professionele partij die de grondpositie heeft of verkrijgt, een plan ontwikkelt en de bouw van de woning voor zijn rekening neemt. Dit kan in de praktijk een ondernemer,

aannemer of ontwikkelaar zijn. De projectontwikkelaar kan een bouwende ontwikkelaar of een ontwikkelende bouwer zijn, maar kan ook de opdracht tot bouw aan een andere partij zoals een aannemer geven zoals hieronder schematisch weergegeven in figuur 2. Dat laatste maakt de transactie wel iets complexer, maar zolang de afspraken tussen partijen goed worden vastgelegd, zou dit fiscaal niet een verschil moeten maken..



Figuur 2: Schematisch weergave betrokken partijen koop-en aannemingsovereenkomst separate aannemer

Bank

De transactie wordt veelal (deels) gefinancierd middels vreemd vermogen. Ten behoeve van de positie van de bank wordt doorgaans de transactiestructuur voorgelegd aan de bank en besproken tussen de adviseurs van de bank en de beleggers. Zeker als de juridisch levering voor de sloop plaatsvindt en de bank de financiering verricht, zal de bank bij een (gescheiden) koop-aanneming een groot belang hechten aan de aanneemovereenkomst en de verstrekte garanties en zekerheden.

Gemeente

Bij een (gescheiden) koop-aanneming kan het zo zijn dat de grond (met of zonder bestaande bebouwing) in eigendom of in erfpacht vooraf door de projectontwikkelaar wordt verkregen van de gemeente. In dat geval zal ook de gemeente een positie moeten nemen hoe de levering aan de projectontwikkelaar kwalificeert voor de heffing van BTW. In een eigendomssituatie zal dit vaak redelijk eenvoudig te bepalen zijn als er een bouwterrein of bestaande bouw wordt geleverd. Het wordt gecompliceerder als er voorafgaand aan de levering werkzaamheden door de projectontwikkelaar worden verricht of na levering door de gemeente. Bij een overdracht van een erfpacht kan daarnaast nog de discussie spelen of sprake is van een levering of een dienst voor de heffing van BTW.

Belastingdienst

De belastingdienst gaat uiteindelijk over de toepassing en de handhaving van de wet- en regelgeving. Een onjuiste toepassing van de regels kan leiden tot een naheffing met eventuele boetes en rentes. Daarnaast kan de belastingdienst vooraf zekerheid geven over de fiscale gevolgen van een bepaalde transactie. In hoofdstuk 6 zullen de uitkomsten van de interviews worden besproken en zal ook specifiek worden ingegaan op de vraag of en wanneer in de praktijk dergelijke afstemming plaatsvindt.

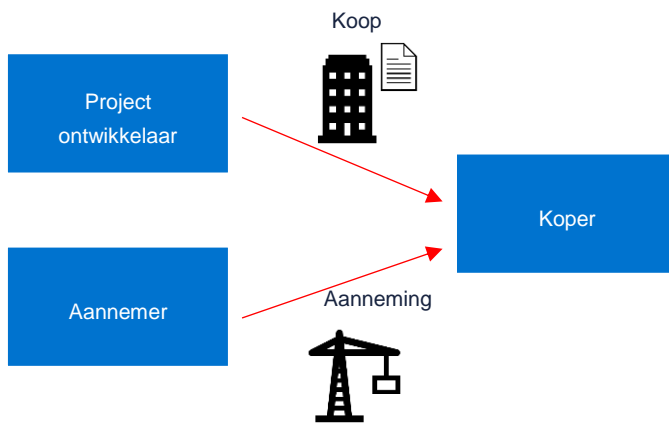
3.2 Gescheiden Koop-aanneming

3.2.1 Achtergrond

De gescheiden koop-aanneming is in feite een koop-aannemingsovereenkomst waarbij de koop- en aanneemdienst door twee verschillende partijen plaatsvindt aan een koper. Zoals besproken is dit vaak ingegeven door fiscale motieven. Al hoewel de aanneemovereenkomst wordt gesloten tussen de koper en de aannemer, wordt de aannemer veelal door de projectontwikkelaar geselecteerd. Ook zijn er vaak afspraken tussen de projectontwikkelaar en de aannemer, met name op het gebied van risicoverdeling, niet-verkochte woningen en winst.

Ook bij de gescheiden koop-aanneming zijn er verschillende momenten waarop de juridische levering van de grond (of nieuwe appartementsrecht) kan plaatsvinden: (i) voor of tijdens de sloop en (ii) voor of tijdens start bouw. Theoretisch gezien bestaat het derde moment, levering tijdens of na oplevering, alleen zal dan geen sprake meer zijn van een gescheiden koop-aanneming omdat de aanneemdienst (aan de projectontwikkelaar) immers al is voltooid. De niet-verkochte woningen blijven in de praktijk vaak bij de projectontwikkelaar tot dat een koper is gevonden.

De gescheiden koop-aanneming is in figuur 3 schematisch weergegeven.



Figuur 3: Schematisch weergave betrokken partijen gescheiden koop-en aannemingsovereenkomst

3.2.2 Betrokken partijen

Koper

Dit is de opdrachtgever, verkrijger, degene met wie de koop-aanneming wordt gesloten en die de nieuwbouwwoning verkrijgt.

Projectontwikkelaar

Dit is de professionele partij die de grondpositie heeft of verkrijgt en een plan ontwikkeld en deze vervolgens met plan aan de koper verkoopt. Voor de start van de sloopwerkzaamheden zal de projectontwikkelaar een aannemer selecteren.

Aannemer

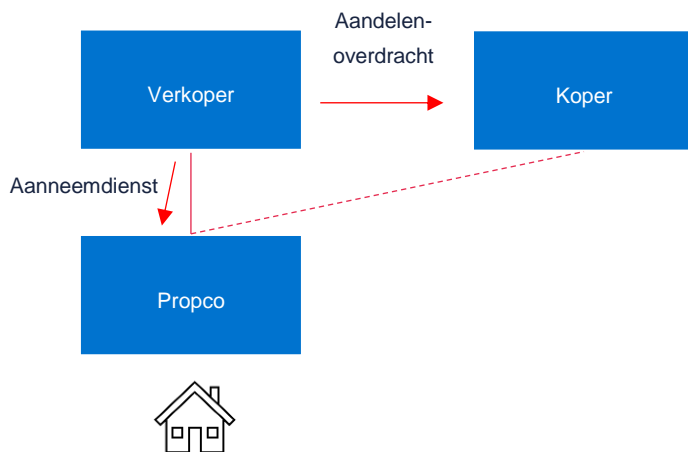
Dit is de partij die verantwoordelijk is voor de bouw van de nieuwbouwwoning. Waar de projectontwikkelaar meestal verantwoordelijk en aansprakelijk is tot de verkrijging van de vergunning / verkoop aan de koper, neemt de aannemer deze aansprakelijkheid en/of verantwoordelijkheid na de levering over richting de koper.

3.3 Share deal

3.3.1 Achtergrond

Bij een share deal of overdracht van de aandelen verkopen de bestaande aandeelhouders hun aandelen of belang in de onderliggende vennootschap. Hierdoor verandert enkel de identiteit van de aandeelhouder. Het onderliggende vastgoed verandert dus niet van eigenaar. Ook het gebruik van de share deal is vaak ingegeven door fiscale motieven.

De share deal is in figuur 4 schematisch weergegeven.



Figuur 4: Schematisch weergave betrokken partijen share deal

3.3.2 Betrokken partijen

Verkoper

De verkoper is de verkopende aandeelhouder. Dit is vaak de projectontwikkelaar, degene die de PropCo heeft opgezet en de grondpositie heeft in gebracht in de PropCo.

Koper

De koper is degene die de aandelen in de PropCo verkrijgt. In de praktijk komen twee momenten van verkrijging voor: (i) voor start bouw (zogenoeten forward funding) en (ii) bij oplevering (zogenoeten turnkey).

PropCo

Dit is de entiteit die het vastgoed houdt en het contract met de aannemer heeft afgesloten inzake de bouw van het nieuwbouwobject. De PropCo is vaak specifiek opgezet voor een bepaald project.

Aannemer

In de praktijk vindt de aanneemdienst plaats door ofwel de verkoper (bouwende ontwikkelaar of ontwikkelende bouwer) of een separate aannemer.

Bank

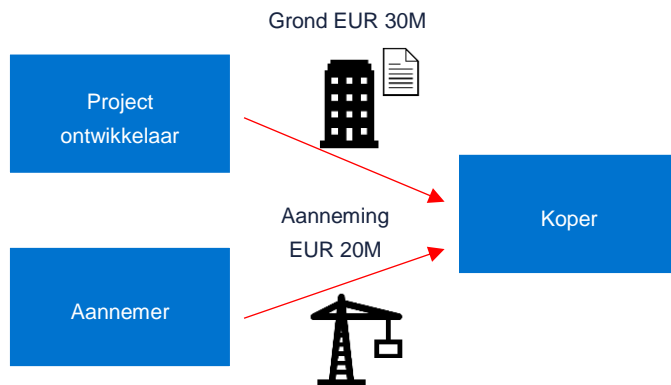
Bij een share deal is het de vraag op welk niveau de financiering plaatsvindt, bij de PropCo of bij de koper. In eerste instantie zal de financiering van de aandelen in de PropCo plaatsvinden bij de Koper waarna vervolgens een debt-push down tot de mogelijkheden behoort. Verder kunnen naast de verkrijging van de aandelen in de PropCo eventuele bestaande leningen tussen verkoper en PropCo (zogenoeten aandeelhoudersleningen) onderdeel van de transactie tussen verkoper en koper zijn.

3.4 Rekenvoorbeelden gescheiden koop-aanneming versus share deal

3.4.1 Uitgangspunten

BESTAAND OBJECT	Kantoorpand
VORM	Sloop- nieuwbouw woningen
VERKOOPPRIJS VON	EUR 50M
BOEKWAARDE GROND	EUR 10M
BOUWKOSTEN INCL BTW	EUR 20M
WINST VOOR BELASTING	EUR 20M
VPB TARIEF	25.8%
BTW TARIEF	21%
OVB TARIEF	8%

3.4.2 Gescheiden koop-aanneming



Het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de marktwaarde gealloceerd aan de grondwaarde is EUR 20.000.000. De projectontwikkelaar realiseert dus een boekwinst van EUR 20.000.000. Hierover is 25,8% VPB verschuldigd, dus een bedrag van EUR 5.160.000. Opgemerkt dat de boekwinst zou kunnen worden voorkomen door het vormen van een herinvesteringsreserve.

BTW

De levering van de grond plus opstallen is vrijgesteld van de heffing van BTW indien de onroerende zaak als bebouwd voor de heffing van BTW kwalificeert. De aanneemsom is belast met 21% BTW. Deze BTW zal door de aannemer in rekening worden gebracht aan de koper tenzij er een verleggingsregeling van kracht is.

OVB

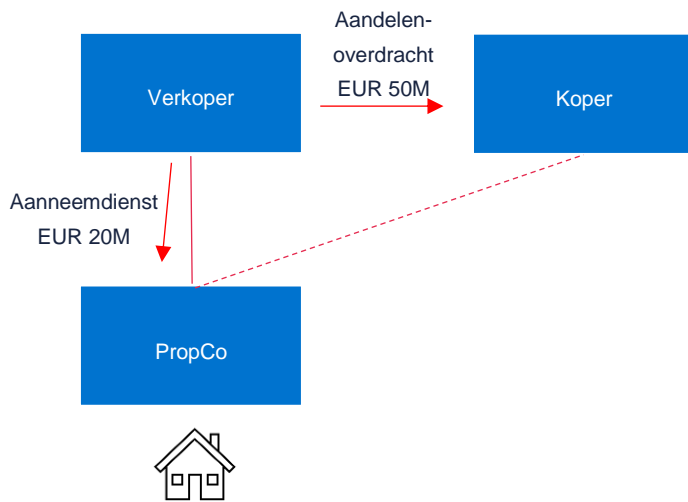
De overdracht van de grond plus bestaande opstallen is in principe belast met 8% OVB tenzij er een vrijstelling van toepassing is. De OVB is derhalve 2.400.000² (8% van de marktwaarde van de grond).

Fiscale voordeel

Het voordeel voor de projectontwikkelaar is de BTW besparing over de grond plus opstallen minus het verschuldigde OVB bedrag. Dat wil zeggen 21% minus 8% maal de grondwaarde, derhalve een bedrag van EUR 4.500.000.

² Opgemerkt is dat met de berekening van de OVB - ten behoeve van de eenvoud van dit voorbeeld – geen rekening is gehouden met het VON component.

3.4.3 Share deal



VPB

De opbrengst van de verkoop van de aandelen in de PropCo door de verkoper (lees projectontwikkelaar) is vrijgesteld van VPB op grond van de deelnemingsvrijstelling. Opgemerkt dat de heffing van VPB louter wordt uitgesteld. De VPB claim, ook wel latente belastingvoorziening genoemd, blijft aan de PropCo kleven tot het moment dat de onroerende zaak de PropCo verlaat door bijvoorbeeld een asset deal. Deze belastingvoorziening kan in beginsel worden gewaardeerd op 25.8% van EUR 20.000.000, derhalve een bedrag van EUR 5.160.000.

Verkoper en koper zullen commerciële overeenstemming moeten bereiken over de vraag of en hoe dit voordeel tussen hen wordt gedeeld. In dit voorbeeld wordt een 50/50 split gebruikt welke in de markt niet als ongebruikelijk wordt bestempeld. Dit betekent dat verkoper aan koper een korting zal verlenen van 50% van EUR 5.160.000, derhalve een bedrag van EUR 2.580.000.

BTW

Over de overdracht van aandelen is geen BTW verschuldigd. Over de aanneemsom is wel 21% BTW verschuldigd (zie ook 3.4.2).

OVB

Op de aankoop van de onroerende zaak door PropCo is 8% OVB verschuldigd. De PropCo kwalificeert als vastgoedlichaam; de verkrijging van de aandelen in PropCo is dus in beginsel belast met OVB. Echter indien op het tijdstip van de verkrijging van de aandelen de bestaande opstallen zijn gesloopt en het perceel als bouwterrein kwalificeert, kan de samenloopvrijstelling worden toegepast en is geen OVB verschuldigd.

Fiscale voordelen

Het fiscale VPB voordeel voor de verkoper is EUR 5.160.000 minus EUR 2.580.000, een bedrag van EUR 2.580.000. Het fiscale BTW voordeel is gelijk aan die van de gescheiden koop-aanneming, namelijk 21% minus 8% maal de grondwaarde, derhalve een bedrag van EUR 4.500.000.

3.5 Tussenconclusie

Al hoewel de betrokken partijen bij de verschillende transactievormen grotendeels gelijk lijken te zijn, zal de opzet en werking van de transactievorm en de rol van de betrokken partijen verschillen. Veel inzicht in de nuances die relevant zijn voor het gebruik voormelde transactievormen geeft de voormelde achtergrond niet. Een overzicht van de omschreven transactievormen is schematisch weergegeven in figuur 5.

<i>Vergelijking</i>	<i>Koop-aanneming</i>	<i>Gescheiden aanneming</i>	<i>Koop- Share Deal</i>
<i>Actoren</i>	Projectontwikkelaar en koper	Projectontwikkelaar, aannemer en koper	Projectontwikkelaar, aannemer, Propco en koper
<i>Zekerheid</i>	Gekoppeld	Gekoppeld	Gekoppeld
<i>Flexibiliteit</i>	Beperkt	Redelijk	Beperkt
<i>Fiscale besparing</i>	OVB	BTW	BTW, OVB, VPB

Figuur 5: Overzicht transactievormen.

De share deal kan dus in beginsel tot een additioneel fiscaal voordeel leiden, namelijk dat de projectontwikkelingswinst in beginsel niet wordt belast maar feitelijk wordt doorgeschoven. Dit kan tot een fiscaal voordeel leiden voor zowel de projectontwikkelaar als de belegger.

In hoofdstuk 4 wordt daarom nader ingegaan op de rechtspraak en literatuur die hopelijk meer inzicht geven in de nuances bij het gebruik van de transactievormen gescheiden koop-aanneming en share deal.

4 RELEVANTE JURISPRUDENTIE

Nu het juridisch kader is besproken en de transactievormen nader zijn toegelicht, zal in dit hoofdstuk aan de hand van de rechtspraak en literatuur de derde deelvraag worden beantwoord: *Wat is op basis van de wetgeving, regelgeving, rechtspraak en literatuur de gescheiden koop-aanneming? Wanneer is sprake van een gescheiden koop-aanneming?*

Zoals reeds in de inleiding aangestipt en in hoofdstukken 2 en 3 nader besproken lijkt het fiscale motief voor de gescheiden koop-aanneming met name te liggen in de besparing van de niet aftrekbare BTW op de grondkosten. Twee zaken lijken voor deze besparing essentieel te zijn: (i) de koop en de aanneming mogen niet als één (samengestelde) dienst kwalificeren en (ii) de juridische levering van het object moet vrijgesteld zijn van de BTW.

Zoals in hoofdstuk 2 besproken lijkt de basis van de samengestelde prestatie bij een koop-aanneming te liggen bij het Don Bosco-arrest. Na het Don Bosco-arrest zijn er nog een aantal Europese en Nederlandse arresten geweest waarin verder invulling heeft plaatsgevonden van het Don Bosco-arrest:

- i. *J.J. Komen en Zonen Beheer (C-326/11)* – levering en sloopt deels nog in gebruik zijnde gebouw;
- ii. *Woningstichting Maasdriel (C-543/11)* – levering oud gebouw + volledige sloop;
- iii. *HR 22-03-2013* - levering (aandeel in) terrein + oplevering nieuw gebouw;
- iv. *KPC Herning (C-71/18)* – meerdere leveringen van hetzelfde terrein achter elkaar.

Er wordt afgesloten met een tussenconclusie waarin de relevante elementen die uit de onder **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** behandelde rechtspraak en commentaren uit de vakstudie volgen, per element worden besproken.

4.1 Relevante beslissing van de rechterlijke macht

Het onderstaande figuur 6 geeft een overzicht van de te behandelen rechtspraak in chronologisch volgorde.



Figuur 6: overzicht rechtspraak in chronologische volgorde.

4.1.1 TC 1977 (Gescheiden) koop-aanneming³

De eerste echte uitspraak in het kader van de koop-aanneming. Dit betreft oude en inmiddels niet meer geldende jurisprudentie waar het standpunt was ingenomen dat sprake was van twee afzonderlijke prestaties voor de heffing van BTW.

Feiten

Belanghebbende (X BV) heeft een bouw- en aannemingsbedrijf en koopt een stuk onbebouwd grond om daarop een aantal woningen te realiseren. Met de kopers van deze woningen sloot belanghebbende twee overeenkomsten: (i) een koopovereenkomst met betrekking tot de maagdelijke grond en (ii) een aannemingsovereenkomst met betrekking tot de bouw van een woning. Belanghebbende heeft bij zijn aangifte BTW telkens gesteld dat er sprake is van twee leveringen, namelijk de levering van de grond en de (op)levering van de woning. De inspecteur stelt dat zowel de verkoop van de grond als de aanneming onderdeel uitmaken van één overeenkomst tot de bouw van een woning, dat belast is met BTW.

Het arrest is in figuur 7 schematisch weergegeven.



Figuur 7: Schematisch weergave TC 1977

Uitspraak tariefcommissie

Ondanks dat beide prestaties onderdeel uitmaken van hetzelfde contract en als één geheel moeten worden beschouwd, is de TC van mening dat de levering van de grond en de levering van de woning voor de BTW afzonderlijk in aanmerking te nemen prestaties zijn.

Essentie

Dit betreft een oude uitlegging met betrekking tot koop-aanneming, waarbij voor de BTW er sprake is van twee leveringen. Inmiddels is deze uitleg op basis van het Don Bosco-arrest (zie hierna) achterhaald.

Commentaar vakliteratuur

- In een noot bij een HR arrest uit 2003 meent Van Zadelhoff (2003) dat voor de kwalificatie voor de heffing van BTW enkel de feitelijke toestand op het moment van de

³ TC 15-02-1977, ECLI:NL:DETARCO:1977:AX3373 (BNB 1977/203)

levering bepalend is en dat geen rekening gehouden dient te worden met ontwikkelingen na de (juridische) levering. In paragraaf 4.1.2 blijkt dat deze uitspraak achterhaald is.

4.1.2 Don Bosco⁴

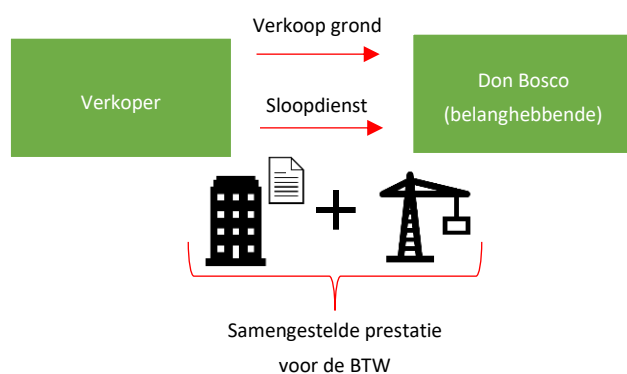
Don Bosco is het kern-arrest over de BTW behandeling van de koop-aanneming. Waar jarenlang het oordeel van de tariefscommissie in stand is gebleven, is met het Don Bosco-arrest hierin verandering gekomen. Op basis van het Don Bosco-arrest kunnen twee handelingen (levering bestaande gebouw en sloophandeling) als één prestatie voor de BTW worden aangemerkt.

Feiten

Belanghebbende Don Bosco (koper) heeft in 1998 een perceel gekocht met daarop twee oude gebouwen. Don Bosco was voornemens deze gebouwen te slopen om daar nieuwe kantoorgebouwen neer te zetten. Don Bosco had voor de sloop afspraken gemaakt met de verkoper. Verkoper zou namelijk een aannemer zoeken die voor zijn risico en rekening de bestaande bebouwing zou slopen. De sloopwerkzaamheden waren op het moment van levering van de grond reeds aangevangen.

Don Bosco is van mening dat de levering BTW belast is en dat voor de OVB de vrijstelling van toepassing is. De inspecteur denkt hier anders over en is van mening dat er wel degelijk OVB verschuldigd is. De zaak komt uiteindelijk voor de HR. De HR stelt daarop prejudiciële vragen aan het HvJ. De centrale vraag is of de levering van een gebouw dat gedeeltelijk gesloopt is met de het oog op nieuwbouw moet worden aangemerkt als een levering van een nieuw gebouw voor eerste ingebruikneming en daarmee derhalve kwalificeert als een BTW belaste levering.

Het arrest is in figuur 8 schematisch weergegeven.



Figuur 8: Schematische weergave Don Bosco

⁴ HvJ EG 19-11-2009, ECLI:EU:C:2009:722 (Don Bosco)

Oordeel HvJ

Het HvJ oordeelde dat voor de heffing van BTW, verkoper een onroerende zaak heeft geleverd en daarna diensten heeft verricht met betrekking tot de sloop van de bestaande bebouwing. Beoordeeld moet worden of de levering van de grond en de diensten met betrekking tot sloop kwalificeren als twee zelfstandige handelingen, of kwalificeren als een samengestelde handeling bestaande uit verschillende elementen. De handelingen kwalificeren als een samengestelde handeling ingeval de handelingen zo nauw met elkaar verbonden zijn dat ze objectief gezien één enkele economische ondeelbare handeling vormen, waarvan splitsing kunstmatig zou zijn.

Volgens het HvJ is er in dat geval sprake van een samengestelde handeling. De sloopwerkzaamheden en levering van de grond hebben elkaar overlapt en hadden enkel het economische doel om een terrein te leveren dat gereed was voor bebouwing. Er is daarmee sprake van één handeling, namelijk de levering van een onbebouwd terrein.

Essentie

De essentie is dat op basis van onder andere het Levob-arrest⁵ en het CPP-arrest⁶ met name vanuit het perspectief van de modale consument moet worden gekeken of levering van de grond en de 'bijkomende' sloopdienst kwalificeren als een samengestelde handeling ingeval de handelingen zo nauw met elkaar verbonden zijn dat ze objectief gezien één enkele economische ondeelbare handeling vormen, waarvan splitsing kunstmatig zou zijn. In het Don Bosco-arrest waren de handelingen zo nauw verbonden - het ging Don Bosco immers om de verkrijging van een stuk grond dat gereed was voor de bouw van een nieuw gebouw - dat sprake was van één prestatie. Namelijk de levering van een onbebouwd stuk grond.

Commentaar vakliteratuur

- Volgens De Wit (2011) wordt de tot voorheen juridische benadering van de HR feitelijk losgelaten. De nadruk wordt volgens De Wit gelegd in het economisch doel van de handelingen.
- Van Doesem (2011) geeft aan dat het HvJ een belang toekent aan de bedoeling van partijen in lijn met de eerdere rechtspraak (Card Protection Plan Ltd en Levob). In de literatuur wordt gesteld dat onterecht subjectieve bedoelingen van partijen worden meegenomen. Van Doesem meent echter dat dit onverlet laat dat betekening moet worden toegekend aan de inhoud van de rechtsbetrekking die partijen met elkaar aangaan wanneer de handelingen feitelijk nog niet zijn afgerond op het moment van levering. Met andere woorden de bedoeling van partijen moet wel enigszins geobjectiveerd zijn.
- In het Don Bosco-arrest waren de sloopwerkzaamheden al gestart op het moment van de juridische levering van de grond. Van der Wulp (2021) ziet echter geen reden om aan te nemen dat de uitkomst anders was geweest in het geval nog niet was gestart met de sloopwerkzaamheden. Hij baseert zich op het Levob-arrest waar de aanpassing van de software pas heeft plaatsgevonden na de overdracht van de software.

⁵ HvJ 27-10-2005, C-41/04, ECLI:EU:C:2005:649 (Levob)

⁶ HvJ 25-02-1999, C349-96, ECLI:EU:C:1999:93 (Card Protection Plan Ltd (CPP))

hier echter niet in mee en oordeelde dat de levering kwalificeerde als de levering van een oud gebouw. Volgens het HvJ wijkt deze casus af van Don Bosco-arrest waarin de levering in wezen betrekking had op een terrein met een gebouw dat met het oog op nieuwbouw door verkoper na levering volledig zou worden gesloopt. In casu echter leiden de werkzaamheden door de verkoper slechts tot gedeeltelijke sloop en was het oude gebouw ten tijde van de levering nog gedeeltelijk in gebruik. Daarnaast zouden de resterende verbouwingswerkzaamheden volledig voor rekening van koper worden uitgevoerd op het moment vanaf levering. Een levering onder dergelijke omstandigheden, waarbij de eigenlijke constructiewerkzaamheden om de onroerende zaak te verbouwen tot een nieuwe onroerende zaak na de levering door de koper zullen worden uitgevoerd, kan niet worden gekwalificeerd als de levering van een gebouw vóór eerste ingebruikneming of levering van onbebouwd terrein.

Essentie

De levering van een deels (door verkoper) gesloopt gebouw dat nog gedeeltelijk in gebruik is ten tijde van levering, en na de levering door de koper verder zal worden gesloopt en vervaardigd tot een nieuw gebouw is niet belast met BTW ten tijde van de levering. In feite worden de sloop-en verbouwingswerkzaamheden na de levering niet meegenomen in de kwalificatie van de levering.

Commentaar vakliteratuur

- Van Zadelhoff (2012) meent dat indien de verkoper na de overdracht van het winkelcentrum voor rekening en risico de vernieuwbouw zou hebben voorgezet er wel sprake zou zijn van de levering van een nieuw winkelcentrum.
- De Redactie van Fiscaal up to Date (2012) geeft aan dat volgens het HvJ geen sprake kan zijn van een van BTW vrijgestelde levering vóór eerste ingebruikname van een deels gesloopte en deels nog in gebruik zijnde onroerende zaak, wanneer de verbouwing na die levering nog door de koper moet worden uitgevoerd. Wel rijst de vraag welk element overheersend is geweest in het oordeel van het HvJ, het feit dat het pand nog in gebruik was of het feit dat de koper voor de afbouw zorgde.

4.1.4 Woningstichting Maasdriel ⁸

In het Woningstichting Maasdriel-arrest heeft het HvJ dezelfde conclusie getrokken als bij het Don Bosco-arrest. Ook hier was sprake van een koop-aanneming. Additioneel is dat het HvJ expliciet oordeelt dat de intentie van partijen - mits ondersteund door objectieve gegevens - moet worden inbegrepen in de beoordeling van de omstandigheden op het moment van levering.

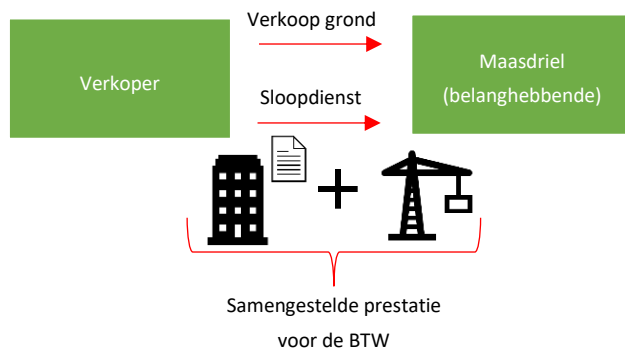
Feiten

Op 13 november 2006 koopt belanghebbende Woningstichting Maasdriel ("Maasdriel") een stuk grond met daarop een niet meer in gebruik zijnde bibliotheek met parkeerterrein. In de koopovereenkomst is afgesproken dat verkoper de grond bouwklaar zou opleveren aan

⁸ HvJ 17-01-2013, C-543/11, ECLI:EU:C:2013:20 (Woningstichting Maasdriel)

Maasdriel. Op het moment van levering was het parkeerterrein nog in gebruik, de bestrating niet verwijderd en was er nog geen bouwvergunning verleend voor de nieuwbouw. Maasdriel heeft BTW betaald over de levering van het terrein in de veronderstelling dat er sprake was van een levering van een bouwterrein. De inspecteur was echter van mening dat er sprake was van bebouwde grond en dat er daardoor OVB verschuldigd was over de levering. De HR stelde een prejudiciële vraag aan het HvJ. De vraag is of de levering van een onbebouwd terrein dat is ontstaan door sloop van daarop staande bebouwing, welke sloop is verricht met het oog op nieuwbouw, wel of niet is vrijgesteld?

Het arrest is in figuur 10 schematisch weergegeven.



Figuur 10: Schematische weergave Woningstichting Maasdriel

Oordeel HvJ

Volgens het HvJ moet bij de beoordeling of er sprake is van een BTW belaste levering van een bouwterrein niet enkel worden gekeken naar of het terrein meer voorzieningen zijn getroffen dan enkel de sloop van de bestaande bebouwing, maar moet globaal worden beoordeeld of op basis van de omstandigheden (daaronder vallen de objectieve omstandigheden, maar ook de intentie van partijen) op het moment van leveren of het terrein daadwerkelijk bestemd is om te worden bebouwd.

Essentie

Het HvJ geeft hier nadere invulling over hoe moet worden beoordeeld wat precies aan partijen wordt geleverd ingeval er afspraken tussen koper en verkoper zijn gemaakt over de sloopwerkzaamheden. In casu lijkt het erop dat er alsnog sprake is van een met BTW belaste levering, ondanks dat er ten tijde van de levering nog een parkeerterrein (welke in gebruik was) en bestrating aanwezig was op het terrein. Overigens is het voor sommigen nog steeds de vraag of een klinkerparkeerterrein als bebouwing kwalificeert.

Commentaar vakliteratuur

- Van Zadelhoff (2013) bespreekt de vraag wanneer voor de BTW geacht wordt te worden geleverd; bij de juridisch levering of bij de voltooiing van de sloopwerkzaamheden. Volgens hem geldt de visie dat de overdracht van de gebouwen niet relevant is maar dat enkel de oplevering van het onbebouwde terrein relevant is in het geval sprake is van één prestatie voor de heffing van BTW. Hij geeft verder aan dat het de aanbeveling verdient om in de Nederlandse wet op te nemen dat ook de oplevering van een niet

nieuw vervaardigd gebouw als levering kwalificeert. Volgens Zadelhoff krijgt de koper immers pas feitelijk de beschikking over het gebouw bij afronding van de (sloop)werkzaamheden.

- In zijn noot bij het arrest Woningstichting Maasdriel geeft Vettenburg (2013) aan dat het Don Bosco-arrest en dit arrest ertoe leiden dat handelingen na levering, maar aan de verkoper toe te rekenen, moeten worden meegenomen in de beoordeling van de levering.

4.1.5 HR 22-03-2013⁹

Na het HvJ heeft de HR een ommekeer gemaakt en de Don-Bosco lijn doorgetrokken op de koop-aanneming. Volgens de HR kwalificeren de handelingen onder de koop-aanneming, dat wil zeggen de levering van een appartementsrecht door verkoper aan koper met de verplichting van verkoper om deze na levering te slopen en/of nieuw gebouw te vervaardigen als één prestatie voor de heffing van BTW.

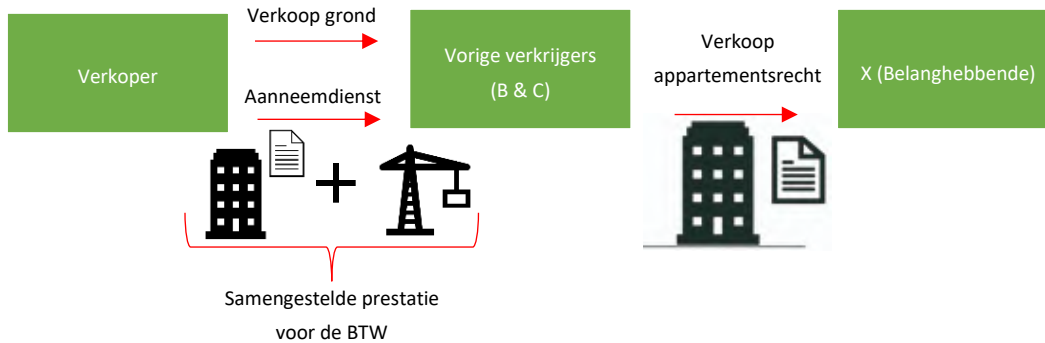
Feiten

De vorige verkrijgers (B & C) hebben op 13 juli 2007 een koop-/aanneemovereenkomst betreffende een appartementsrecht gesloten. De koop-/aanneemsom bedroeg EUR 394.000 (inclusief BTW). Bij akte van 19 oktober 2007 was het appartementsrecht aan de verkopers geleverd, waarbij zij de grondkosten van EUR 158.000 inclusief BTW (EUR 132.773 exclusief BTW) hebben betaald. Vervolgens hebben zij tot de oplevering van het appartement in termijnen EUR 236.000 inclusief BTW betaald (EUR 198.319 exclusief BTW). De verkopers konden de BTW niet in aftrek brengen. De oplevering van het appartement vond plaats op 17 juni 2009. Belanghebbende heeft op 8 juli 2009 een appartementsrecht gekocht van de vorige verkrijgers voor EUR 410.000. Levering vond plaats op 11 september 2009

In geschil is of de regeling inzake vermindering van OVB (art. 13 lid 1 WBR) bij overdracht binnen 6 maanden na de vorige verkrijging ook ziet op de betaalde grondkosten door de vorige verkrijgers. In andere woorden of de handelingen van de aannemer jegens de vorige verkrijgers met betrekking tot de grond en het appartement als een handeling voor de heffing van BTW moet worden beschouwd.

⁹ HR 22-03-2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5307

Het arrest is in figuur 11 schematisch weergegeven.



Figuur 11: Schematische weergave HR 22-03-2013

Oordeel HR

De AG oordeelt dat hier sprake zou moeten zijn van twee afzonderlijke belastbare feiten. De zaak wijkt af van het Don Bosco-arrest waar volgens de AG kennelijk het HvJ de sloopwerkzaamheden bijkomstig vond en deze prestatie zag opgaan in de totale prestatie namelijk de levering van een bouwterrein. In casu was het volgens de AG niet de bedoeling van partijen om een bouwterrein te leveren maar enerzijds de grond en anderzijds de aanneemdienst. Echter in lijn met het Don Bosco-arrest oordeelt de HR dat de handelingen van de aannemer met betrekking tot de levering van de grond en de bouw van het appartement voor de BTW als één prestatie kwalificeren.

Essentie

De HR vult in dit arrest - het principe van de samengestelde handeling met betrekking tot koop-aanneming - verder in. Indien zowel de grond als de bouw wordt gedaan door één persoon, is er sprake van één (samengestelde) handeling voor de BTW. Vindt dit echter door twee voor de BTW onderscheidende partijen plaats dan worden beide prestaties wel separaat in aanmerking genomen. Doormiddel van een gescheiden koop-aanneming blijft het mogelijk om op de levering van de grond BTW te besparen.

Commentaar vakliteratuur

- Van der Wulp (2021) meent dat de conclusie van de AG haaks op het Don Bosco-arrest staat. De AG meent dat de onderdelen van de prestaties wel los van elkaar bestaanbaar zijn, zoals volgt uit het hybride karakter van de koop-aanneming. Hij miskent daarin volgens Van der Wulp dat bij het Don Bosco-arrest ook sprake daarvan was en dat het HvJ toch heeft geoordeeld dat sprake was van één prestatie. Hij meent dat sprake is van een nauwe samenhang tussen de levering van de grond en de oplevering van een nieuw gebouw en dat het economisch doel van deze handelingen was om een nieuw gebouw te leveren.
- Volgens Van Zadelhoff (2013 2) werd in de praktijk getwijfeld of voor de heffing van BTW de juridische overdracht van de grond buiten beschouwing gelaten kon worden. Met dit arrest van de HR staat vast dat in dergelijke koop-aanneming situaties de oplevering de enige prestatie is.

4.1.6 KPC Herning¹⁰

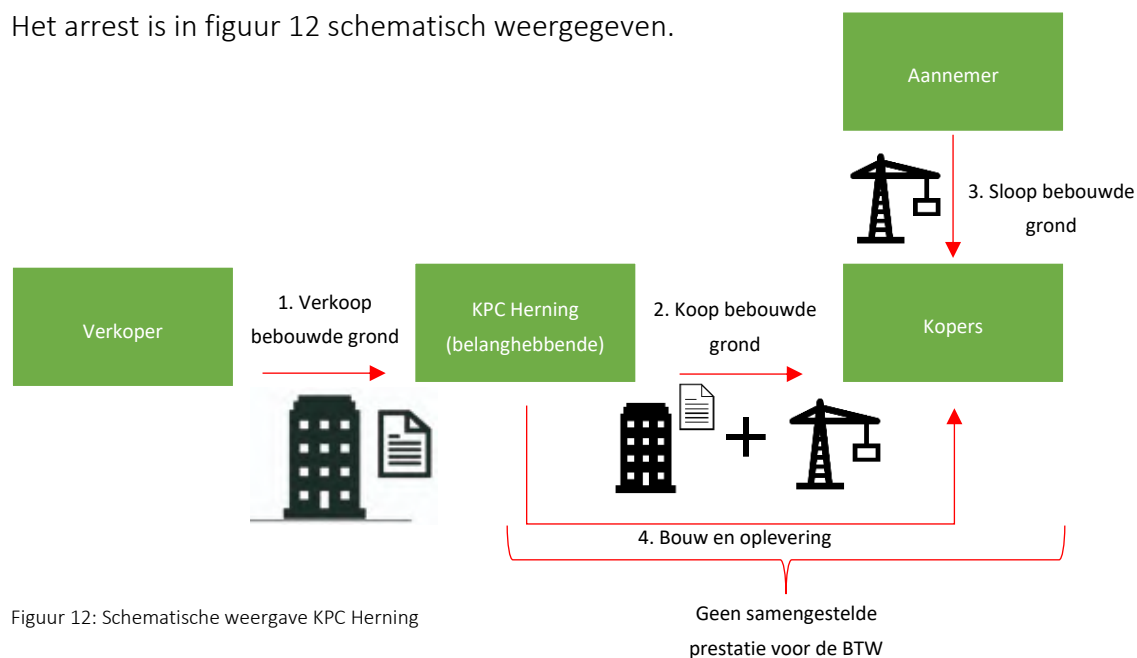
KPC Herning is het meest recente HvJ arrest inzake een koop-aanneming. Het KPC Herning-arrest vormt een aanvulling van het Don Bosco-arrest. Essentieel verschil is dat in het KPC Herning-arrest niet de verkoper maar de sloop voor rekening en risico van de koper kwam.

Feiten

KPC Herning (belanghebbende) is een Deense projectontwikkelaar en bouwonderneming. KPC Herning en een woningcorporatie wensen woningen te bouwen op een terrein met een pakhuis dat eigendom is van het havenbedrijf. In mei 2013 koopt KPC Herning een stuk grond met daarop een pakhuis van de Haven van Odense (levering 1). Het pakhuis is op het moment van levering in bedrijf. Aan de koop zijn voorwaarden verbonden. Een van de voorwaarden is dat KPC Herning met een woningcorporatie een overeenkomst moet sluiten om op het terrein sociale woningen te realiseren. Er zijn bij de koop geen voorwaarden opgenomen ten aanzien van de sloop van het pakhuis. In december 2013 verkoopt KPC Herning de grond met het pakhuis aan een woningbouwcorporatie (levering 2). Het pakhuis is op dat moment nog steeds volledig in bedrijf.

KPC Herning heeft afgesproken met de woningbouwcorporatie dat deze voor eigen kosten en risico het pakhuis op het terrein zou slopen. Vervolgens zou KPC Herning de sociale woningen ontwerpen en deze op het terrein bouwen en opleveren. KPC Herning is van mening dat de leveringen (1 en 2) van het terrein met daarop het pakhuis zijn vrijgesteld van BTW. De Deense belastingdienst is het hier niet mee eens en meent dat er sprake is van de levering van een bouwterrein, aangezien het doel van partijen is de ontwikkeling van nieuwbouw woningen. Op basis van het Don Bosco-arrest zou dan sprake moeten zijn van een BTW belaste handeling, namelijk de levering van bouwterrein. De Deense rechter legt deze vraag voor aan de het HvJ.

Het arrest is in figuur 12 schematisch weergegeven.



Figuur 12: Schematische weergave KPC Herning

¹⁰ HvJ 4-09-2019, C-71/18, ECLI:EU:C:2019:660 (KPC Herning)

Oordeel HvJ

Het HvJ oordeelt dat de leveringen en de sloop van het pakhuis kwalificeren als zelfstandige handelingen die niet kunnen worden aangemerkt als de levering van onbebouwde grond en daarmee een bouwterrein. Er is derhalve geen sprake van een voor de heffing van BTW samengestelde prestatie. Echter de handelingen zijn niet zo nauw met elkaar verbonden dat sprake is van één handeling.

Wanneer de beide transacties individueel worden beoordeeld, is geen sprake van de levering van een bouwterrein. Het feit dat het de bedoeling was om er sociale nieuwbouwwoningen te gaan realiseren doet daar niet aan af. Ten tijde van de eerste transactie was niet duidelijk of het pakhuis (dat op dat moment in bedrijf was) moest worden gesloopt voor de realisatie van sociale woningbouw. Bij de tweede transactie was het pakhuis nog steeds in gebruik en diende koper te slopen. KPC Herning was als verkoper ook op geen enkele manier betrokken bij de sloop. De sloop van het pakhuis heeft volledig voor rekening en risico plaatsgevonden van de woningcorporatie. De sloophandeling van het pakhuis staat los van de levering van het pakhuis door KPC Herning.

Essentie

Het HvJ geeft met dit arrest nadere invulling wanneer sprake is van één handeling tot het leveren van onbebouwd terrein. In casu was het verband tussen de op verschillende momenten door verschillende partijen verrichtte handelingen niet nauw genoeg om te kunnen spreken van één (samengestelde) prestatie voor de heffing van BTW zoals in het Don Bosco-arrest wel het geval was.

Commentaar vakliteratuur

- Gomes Vale Viga (2020) geeft aan dat als je van een afstand naar de casus kijkt, de handelingen van de drie partijen gezamenlijk tot doel hebben de bouw van een nieuwe woningen en (toevoeging auteur) zouden kunnen leiden tot één BTW relevante prestatie. Verder geeft hij aan dat bij zijn weten in een gescheiden koop-aanneming nog niet aan de rechter is voorgelegd in hoeverre de prestaties van samenwerkende partijen kunnen leiden tot één economische prestatie.
- Van Zadelhoff (2020) begrijpt dat er tussen de levering van KPC Herning en de sloop door de woningcorporatie en/of nieuwbouw door KPC onvoldoende verband bestaat om van één prestatie uit te gaan. Echter met betrekking tot de levering van KPC Herning en de bouw van de nieuwe woningen had Van Zadelhoff het niet gek gevonden als dat had geleid tot één prestatie. De tussentijdse sloop ziet Van Zadelhoff niet als een obstakel. Daarnaast vraagt hij zich af of tussentijds gebruik hier relevant was voor de conclusie van het HvJ.
- Volgens Van der Wulp (2021) geeft het KPC Herning-arrest aan dat bij een koop-aanneming slechts sprake kan zijn van een prestatie voor de heffing van BTW als de levering van het vastgoed door de verkoper en de sloophandelingen van de verkoper met elkaar aansluiten. Volgens hem mag er overigens wel tijd tussen beide handelingen

zitten. Het gaat er volgens hem om dat er geen andere handelingen tussen mogen zitten die niet verricht worden door verkoper of voor rekening en risico van verkoper.

4.2 Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat een koop-aanneming niet uit twee afzonderlijke prestaties voor de heffing van BTW bestaat, zijnde de levering van de grond (plus opstallen) en de sloop/aanneemdienst tot de realisatie van een bouwterrein of nieuw vervaardigd gebouw, indien:

- (i) beide handelingen worden verricht door en/of voor rekening van de verkoper aan de koper; en
- (ii) de handelingen samenhangen.

Beide handelingen verricht door dezelfde belastingplichtige (verkoper)

In de besproken arresten ging het telkens om de situatie waarin de koop-aanneming door dezelfde belastingplichtige is verricht. Al hoewel de gescheiden koop-aanneming (nog) niet door een rechter is behandeld, lijkt op basis van voormelden arresten het uitgangspunt te zijn dat dezelfde partij beide elementen van de koop-aanneming voor haar rekening dient te nemen. In het Don Bosco-arrest nam het HvJ het uitgangspunt dat *met name* twee of meer handelingen die *de belastingplichtige* levert kunnen worden beschouwd als één handeling.¹¹ De woorden *met name* sluiten niet uit dat er ook andere gevallen kunnen kwalificeren. Ook bij het KPC Herning-arrest lijkt het HvJ impliciet rekening te houden met het situatie dat ook prestaties van meerdere belastingplichtigen als één handeling kunnen kwalificeren. Zie in dit verband ook Van Doesem (2009) die aangeeft dat partijen die aan derden kenbaar maken duurzaam samen te werken, snel als eenheid te worden gezien. Hij merkt hierbij ook op dat het hierbij geen vereiste is dat zij ook onder één optreden. Hij merkt echter wel op dat het HvJ uitsluitend heeft geoordeeld in situaties dat sprake was van één dezelfde ondernemer. Uitzondering is het Part Services-arrest¹², maar dat was een misbruik situatie. Ook volgens Van Zadelhoff (2014) kan slechts sprake zijn van één BTW ondernemer indien de partijen onderling en naar buiten toe afspreken dat bepaalde economische activiteiten als één ondernemer verrichtten en deze contracten ook feitelijk worden nageleefd. Samenwerking kent ook vele vormen, gedacht kan ook worden aan bijvoorbeeld partage. Bij partage worden op voorhand de kosten verdeeld. De vraag is of bij partage een BTW ondernemer ontstaat. Markink en Zijlstra (2003) menen in beginsel van niet.

(Nauwe) samenhang

Uit het Levob-arrest blijkt dat wanneer een handeling uit een reeks elementen en handelingen bestaat, rekening gehouden dient te worden met alle omstandigheden waarin de betrokken handeling plaatsvindt.¹³ Met als doel te bepalen of het om één of meerdere prestaties voor de heffing van BTW gaat. Uit het Don Bosco-arrest volgt dat een koop-aanneming als één prestatie kan worden aangemerkt, met name, zo lijkt het HvJ te oordelen omdat:

¹¹ HvJ 19-11-2009, C-461/08, ECLI:EU:C:2009:722 (Don Bosco), ro 37.

¹² HvJ 21-02-2008, C-425/06 ECLI:EU:C:2008:108 (Part Service)

¹³ HvJ 19-11-2009, C-461/08, ECLI:EU:C:2009:722 (Don Bosco), ro 38.

- a. de door verkoper verrichtte handelingen nauw met elkaar zijn verbonden;
- b. de werkzaamheden elkaar overlappen; en
- c. de handelingen het economisch doel hadden om een terrein te leveren dat gereed was voor bebouwing.

In dit verband, zo oordeelde het HvJ, zou het kunstmatig zijn om de twee handelingen als afzonderlijke prestaties voor de heffing van BTW aan te merken.

a) Nauwe verbondenheid

Al hoewel de twee handelingen in een koop-aanneming afzonderlijk zouden kunnen worden verricht, kan het hybride karakter van de twee handelingen niet worden ontken. In dit verband zijn Gruson en Merckx (2018) ook van mening dat uit HvJ jurisprudentie valt af te leiden dat twee ondernemers één prestatie kunnen leveren. Zij menen dat er dan wel omstandigheden moeten zijn die maken dat er een onlosmakelijk verband is tussen de twee elementen van de verschillende ondernemers.

b) Overlap

Uit het KPC Herning-arrest lijkt te volgen dat indien de werkzaamheden elkaar niet overlappen er geen sprake meer is van de benodigde samenhang om tot één prestatie te komen. De vraag is of tussentijds gebruik de overlap zou kunnen verstoren. Al hoewel er bij het Levob- en het Don Bosco-arrest geen tussentijds gebruik was, lijkt op basis van de arresten Komen en Zonen Beheer en KPC Herning te volgen dat tussentijds gebruik de overlap niet persé hoeft te verbreken. Van Zadelhoff (2020) meent ook dat als tussentijds gebruik een relevant element was geweest het HvJ dat ook wel expliciet had aangegeven. Overigens mag er wel tijd tussen zitten handelingen zolang de 'keten' van handelingen niet wordt doorbroken door een handeling die op zichzelf kwalificeert als afzonderlijke prestatie voor de heffing van BTW.

c) economisch doel

Uit met name de arresten Don Bosco en Levob blijkt dat - of bepaalde handelingen hetzelfde economische doel hebben - moet worden beoordeeld vanuit de modale consument. Bij vastgoedtransacties waar koop-aanneming plaatsvindt zal het perspectief van de koper van de betreffende nieuwbouw bepalend zijn. In het Don Bosco-arrest benoemde het HvJ ook specifiek dat het de koper niet ging om de verkrijging van het terrein met de oude opstallen, dit terrein was immers voor de koper ook niet economisch bruikbaar.¹⁴

Uit het KPC-arrest lijkt te volgen dat het economisch doel niet alles bepalend hoeft te zijn. In dit arrest was het immers wel degelijk het economisch doel van de woningcorporatie (en KPC Herning) om nieuwe woningen te verkrijgen. Ook Van Zadelhoff (2020) stelt zich deze vraag. Bij KPC Herning was het de sloop van het pakhuis door de woningcorporatie die volgens het HvJ los moet worden gezien van de verkoop en daarmee feitelijk de eenheid van prestaties doorbreekt.

¹⁴ HvJ 19-11-2009, C-461/08, ECLI:EU:C:2009:722 (Don Bosco)C-461/08, ro 39

De rechtspraak geeft een redelijke mate van inzicht in de (gescheiden) koop-aanneming. De situatie dat de prestaties van twee afzonderlijke BTW ondernemers bij een koop-aanneming als één BTW prestatie worden aangemerkt is echter nog niet behandeld in de rechtspraak. De literatuur staat wel stil bij deze situatie en een aantal auteurs lijkt aan te geven dat (i) misbruik van recht en (ii) de economisch doelredenering zouden kunnen leiden tot vereenzelviging van de twee prestaties van verschillende ondernemers. In de hoofdstukken 5 en 6 wordt met behulp van interviews besproken hoe de praktijk tegen beide structuren aankijken.

5 ONDERZOEKSMETHODE KWALITATIEF

In de voorgaande drie hoofdstukken is de (gescheiden) koop-aanneming besproken aan de hand van de wet- en regelgeving, de rechtspraak en de vakliteratuur. Hierbij zijn een aantal cruciale elementen geïdentificeerd die relevant zijn voor de werking van de (gescheiden) koop-aanneming. Het theoretisch kader is hiermee redelijk omljnd. De volgende vraag is natuurlijk hoe de praktijk tegen de gescheiden koop-aanneming aankijkt. De twee volgende hoofdstukken staan in het teken van de deelvragen (iii) en (iv):

- iii. Hoe kijkt de praktijk (de projectontwikkelaar, adviseur en belegger) aan tegen de gescheiden koop-aanneming en de share deal?
- iv. Is de share deal een waardig alternatief voor de fiscale besparing en zo ja in welke gevallen?

Aan de hand van semigestructureerde interviews zullen de voormelde vragen getracht te worden beantwoord. In dit hoofdstuk zal de onderzoeksaanpak worden besproken alsmede wordt de keuze voor de geïnterviewde partijen nader toegelicht. Vervolgens worden de resultaten van de interviews besproken in hoofdstuk 6.

5.1 Onderzoeksaanpak

Gekozen is voor de kwalitatieve onderzoeksmethode interviews. De interviewtechniek bepaalt in grote mate de kwaliteit van de data en de conclusies die we hieruit kunnen trekken. Omdat het een vrij specifiek onderwerp betreft en uit hoofdstuk 4 is gebleken dat er nog weinig wet- en regelgeving en jurisprudentie beschikbaar is omtrent de fiscale aspecten van de gescheiden koop-aanneming, is voor deze scriptie gekozen voor een semigestructureerd interview. De open vragen staan wel vast, maar het interview is vrij ruim opgezet en hoeft niet in een vaste volgorde te worden afgenomen. Daarnaast heeft de geïnterviewde de gelegenheid om vragen te stellen aan de interviewer. Tevens is er de ruimte voor een discussie.

De geïnterviewden zijn met name geselecteerd op kennis en ervaring binnen de vastgoedsector. Ze hebben allen de benodigde ervaring met de (gescheiden) koop-aanneming en de share deal. De geïnterviewden kunnen in drie categorieën worden ingedeeld, de projectontwikkelaars, de adviseurs en de beleggers. Op deze manier wordt nagestreefd dat de antwoorden en conclusies die op basis van de interviews kunnen worden getrokken een zo een breed mogelijke basis/draagvlak hebben. Dit ook in het licht van het feit dat de groep van mensen met de kennis en ervaring binnen de vastgoedsector met de fiscale aspecten van de gescheiden koop-aanneming niet heel groot is. Daarnaast is deze groep gecentraliseerd bij een aantal advieskantoren (voor wat betreft de adviseurs dan). Elke categorie bestaat vervolgens uit minstens twee geïnterviewden zodat de gewenste anonimiteit kan worden gewaarborgd. De geïnterviewden zijn afkomstig van verschillende kantoren/bedrijven zodat een kantoorvisie – mocht deze aanwezig zijn - de resultaten niet beïnvloedt.

De interviews zijn verkennend van aard en hebben tot doel om een beeld te vormen van hoe de praktijk om gaat met de (gescheiden) koop-aanneming en de share deal. Bewust is er voor gekozen niet louter fiscalisten te interviewen zodat er ook een inzicht ontstaat hoe er buiten de fiscale wereld om wordt gedacht over de (gescheiden koop-aanneming). In **BIJLAGE I** is de interviewrichtlijn opgenomen welke als uitgangspunt heeft gediend bij de interviews. Zoals gezegd zijn de interviews semigestructureerd afgenomen om de geïnterviewde de gelegenheid te geven af te wijken van de vragen.

5.2 Projectontwikkelaars

De projectontwikkelaar is de spil in de gescheiden koop-aanneming. Het is veelal de initiatiefnemer tot de realisatie van nieuw onroerende goed. Daarnaast is het BTW voordeel in eerste instantie veelal voor de projectontwikkelaar (zie ook paragraaf 3.4). Op basis van deze twee uitgangspunten zou je ook verwachten dat het initiatief tot een gescheiden koop-aanneming vaak bij de projectontwikkelaar ligt. Het is natuurlijk de vraag of vanuit de praktijk hier ook zo over wordt gedacht. Vanuit die gedachte is er bewust gekozen om de ervaring en gedachten van de projectontwikkelaar middels een interview nader te onderzoeken. De projectontwikkelaars in kwestie zijn enerzijds van een ontwikkelende aannemer en anderzijds van een bouwende ontwikkelaar. Zodat ook het perspectief van de aannemer middels het interview in kaart kan worden gebracht.

5.3 Beleggers

Uiteindelijk is het de belegger die het product - de nieuw gebouwde onroerende zaak - afneemt. De belegger zorgt voor de vraag en kan afhankelijk van de markt (i.e., of het een kopers of verkopersmarkt is) invloed uitoefenen op het product en de opzet van de transactiestructuur. Indien de projectontwikkelaar de voorkeur heeft voor de gescheiden koop-aanneming maar de belegger kan deze structuur bijvoorbeeld niet goed incorporeren in haar structuur, dan kan – ondanks het voordeel van de gescheiden koop-aanneming – toch worden gekozen voor een andere structuur. Zoals reeds beschreven kan die andere structuur bijvoorbeeld de share deal zijn. Uit hoofdstuk 3 volgt dat de share deal namelijk niet alleen een BTW voordeel maar ook een VPB voordeel heeft. Van dit laatste voordeel kan naast de projectontwikkelaar ook de belegger profiteren. Kortom voldoende redenen om verder te onderzoeken hoe de praktijk vanuit het perspectief van de belegger kijkt naar de gescheiden koop-aanneming en de share deal als mogelijk alternatief.

5.4 Adviseurs

De adviseur is betrokken bij de advisering over de fiscale aspecten van de transactiestructuren gescheiden koop-aanneming en share deal. Het voordeel van de adviseur als geïnterviewde is dat de adviseur normaliter een divers en omvangrijk deel van de markt kan overzien. Anders dan de projectontwikkelaar en belegger dient de adviseur vaak meerdere opdrachtgevers, tenminste transactie-overschrijdend gezien natuurlijk. Hierdoor zou de adviseur een goed

beeld moeten kunnen vormen van de perspectieven, belangen en/of redenen om mee te werken aan, of initiatief te nemen voor een gescheiden koop-aanneming ofwel share deal. Om te bepalen of een gescheiden koop-aanneming of share deal wenselijk is of leidt tot een bepaald resultaat is het vaak de adviseur die een aanzet neemt tot de gewenste transactiestructuur. Dit zal veelal het geval zijn bij de projectontwikkelaar en/of beleggers die zelf minder fiscale kennis in huis hebben.

5.5 Geïnterviewden en vragenlijst

Op basis van de voorgaande criteria en overwegingen zijn in januari 2022 de volgende experts geïnterviewd:

Naam	Functie	Bedrijf	Categorie
Marieke Mentink	Directeur bouw en ontwikkeling	Dura Vermeer	Projectontwikkelaar
Anoniem	Hoofd fiscale zaken	Grote ontwikkelaar/aannemer	Projectontwikkelaar
Anoniem	Tax manager	Grote ontwikkelaar	Projectontwikkelaar
Rene van der Paardt	Tax Partner en hoogleraar belastingrecht	AKD	Adviseur
Leon Mensonidas	Tax manager / adviseur	Milestone-tax / anoniem	Adviseur / Belegger ¹⁵
Anoniem	Senior level	Annexum	Belegger

De vragenlijst is opgebouwd uit een aantal onderdelen. Deze onderdelen en de vragen onder de diverse onderdelen zijn hoofdzakelijk gebaseerd op de conclusies uit de hoofdstukken 2, 3 en 4. Nu het theoretisch kader en de fiscale analyse van de gescheiden koop-aanneming en de share deal is besproken, wordt in dit hoofdstuk besproken hoe de praktijk hier tegenaan kijkt.

De volgende onderdelen zijn vastgesteld:

- i. Algemeen
- ii. Standpunt wet- en regelgever / kennisgroep belastingdienst
- iii. Praktijk
- iv. Afstemming belastingdienst
- v. Toekomst

In het volgende hoofdstuk worden de resultaten van de interview besproken.

¹⁵ Opgemerkt dat deze geïnterviewde vanuit twee invalshoeken de vragen heeft beantwoord. Er vindt dus geen dubbel telling plaats.

6 UITKOMSTEN INTERVIEWS

6.1 Achtergrond

In dit hoofdstuk worden de uitkomsten van de interviews besproken. In het algemeen hoe de geïnterviewden vanuit de praktijk aankijken tegen de gescheiden koop-aanneming en de share deal als mogelijk alternatief.

Eerst zullen in paragraaf 6.2 de algemene bevindingen¹⁶ van de interviews worden besproken. Vervolgens worden in paragraaf 6.3 de bevindingen van de verschillende categorieën vergeleken en de categorie specifieke opmerkingen weergegeven.

Bij de wijze van verwerking is rekening gehouden met de wens van een aantal geïnterviewden om anoniem te blijven. Vanwege de beperkte groep kan de anonimiteit alleen gewaarborgd worden door unanieme antwoorden (per categorie) te beschrijven.

6.2 Algemene bevindingen

Algemeen

De vragen onder het kopje ‘algemeen’ zagen met name op de toetsing en inschatting van het aanwezige kennisniveau van de geïnterviewden over de transactiestructuren gescheiden koop-aanneming en share deal. Het mag geen verrassing zijn dat alle geïnterviewden aanzienlijke ervaring hadden met en kennis hadden van de voormelde transactiestructuren. De koop-aanneming was voor iedereen bekend, maar bleek niet door iedereen te worden toegepast. De achtergrond hiervan is dat de koop-aanneming met name in de residentiële markt wordt gebruikt, niet alle geïnterviewden werkten onder de huidige functie met deze asset class. Uit de antwoorden bleek overigens dat de gescheiden koop-aanneming wel werd gebruikt bij de overige asset classes maar dat de reden hiervoor niet zozeer fiscaal was. Bijna alle geïnterviewden waren op de hoogte van de share deal, hoewel uit de antwoorden bleek dat dit een recent opkomend fenomeen lijkt te zijn.

De geïnterviewden werd gevraagd wanneer volgens hen sprake is van een gescheiden koop-aanneming en een share deal. Het unanieme en eenduidige antwoord van de geïnterviewden was dat bij een gescheiden koop-aanneming enerzijds door partij A (de projectontwikkelaar) de grond (plus opstallen) wordt verkocht aan de koper en anderzijds de koper een aanneemovereenkomst sluit met partij B (de aannemer) ter realisatie van (nieuw) onroerend goed.

Bij de share deal is het volgens de geïnterviewden zo dat de grond (plus opstallen) wordt ingebracht door partij A (de projectontwikkelaar) in een nieuw op te richten vennootschap (de SPV ofwel PropCo) en vervolgens door de PropCo een aanneemovereenkomst wordt aangegaan met partij A of B (de aannemer).

¹⁶ De transcripten van de interviews zijn vanwege de vertrouwelijkheid niet opgenomen. De transcripten zijn bij de auteur bekend en kunnen louter en alleen na goedkeuring van de auteur en de geïnterviewden worden opgevraagd.

Standpunt wet- en regelgever en kennisgroep belastingdienst

Uit de literatuur blijkt dat er een verschil van inzicht bestaat over de koop-aanneming. Bruggeman (2010) meent bijvoorbeeld dat sprake is van een gemengde overeenkomst. Hoewel het merendeel van de geïnterviewden geen civilist was, waren alle geïnterviewden het er over eens dat het een gekoppelde overeenkomst is. Beide contracten kunnen afzonderlijk worden overgedragen maar zijn in de praktijk vaak gekoppeld in de zin dat als de koopovereenkomst wordt ontbonden de aannemingsovereenkomst ook wordt ontbonden en vice versa.

Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat de wet- en regelgever niet heel duidelijk is ten aanzien van haar standpunt over de gescheiden koop-aanneming. De geïnterviewden is daarom gevraagd hoe zij hier tegenaan kijken. Over deze vraag waren de geïnterviewden het eens, de wetgever is in het algemeen niet voldoende duidelijk. Waarover de wetgever niet duidelijk is verschillen de meningen. Het merendeel vindt het element *gescheiden* niet voldoende duidelijk verwoord.

Het WOB verzoek naar de uitspraak van de kennisgroep van de belastingdienst lijkt de enige vastlegging van het beleid van de belastingdienst te zijn, namelijk dat: *“de levering van een onbebouwd terrein, niet zijnde een bouwterrein en oplevering van een gebouw op dit terrein alleen als 1 BTW belaste prestatie worden aangemerkt dat verkoper en aannemer op zodanige manier samenwerken dat zij gezamenlijk als één ondernemer zijn of dat één van hen beide als de ondernemer jegens de koper als verkoper en als aannemer voor het geheel optreedt.”*

De geïnterviewden die op de hoogte waren van deze uitspraak, vonden dat dit niet voldoende guidance voor de praktijk geeft. Een uitspraak die tekenend is voor deze uitspraak is: *“dat zwart gelakte stuk waar vier regels over blijven, dat is geen guidance voor de praktijk”*. De meeste geïnterviewden gaven aan dat de belastingdienst worstelt met de gescheiden koop-aanneming. Zij begrepen dit ook wel vanwege het en masse gebruik van dit concept, ook in situaties waarin geen sprake meer zou moeten zijn van gescheidenheid tussen projectontwikkelaar en aannemer. Als voorbeeld werd genoemd de situatie waar projectontwikkelaar en aannemer samen optreden van het begin tot het einde van het project.

De laatste vragen van dit onderdeel zien met name op het speelveld van de koop-aanneming en of de wetgever en/of rechter meer duidelijkheid moet verschaffen over de gescheiden koop-aanneming. Tussen de geïnterviewden lijkt onenigheid te bestaan over het antwoord op deze vragen. Het ene deel vond de wetgever en regelgever weliswaar duidelijk maar vond de uitvoering van de belastingdienst niet eenduidig en gaf aan dat de rechter dit zou kunnen verduidelijken maar vroeg zich af of dit wenselijk is. De andere groep gaf aan dat het volstrekt onwenselijk is dat er geen duidelijk beleid bestaat. Volgens de geïnterviewden is dit met name voor de praktijk vervelend en kan dit leiden tot concurrentievervalsing. Hieruit blijkt dat door een deel van de praktijk de speelruimte die de arresten KPC Herning en Don bosco geven als onwenselijk wordt ervaren.

Praktijk

Zoals gezegd hebben alle geïnterviewden ervaring in de praktijk met de gescheiden koop-aanneming. De vraag is waarom en wanneer men wel en niet gebruik maakt van de gescheiden koop-aanneming. De redenen waarom er wel gebruik van wordt gemaakt lopen sterk uiteen. De ene geïnterviewde gebruikt het concept puur ten behoeve van het fiscale BTW voordeel waar het bij de andere hoofdzakelijk om de zekerheid gaat dat na de overdracht van de grond (plus opstallen) de projectontwikkelaar geen risico meer loopt. Het fiscale BTW voordeel wordt dan als bijkomstig beschouwd. Overigens wordt volgens de geïnterviewden de gescheiden koop-aannemingsovereenkomst niet alleen gebruikt bij de asset class residentieel maar ook voor commerciële projecten. Aangezien het fiscale BTW voordeel niet opgaat bij de meeste commerciële projecten kan de conclusie inderdaad getrokken worden dat de gescheiden koop-aanneming niet louter fiscaal is gedreven.

In het kader van het element samenwerking, zijn de geïnterviewden de vragen gesteld wanneer zij en in welke mate van samenwerking tussen de projectontwikkelaar en de aannemer zij menen dat geen sprake meer is van een gescheiden koop-aanneming. In het algemeen geven de geïnterviewden aan dat pas bij een fiscale eenheid BTW tussen de projectontwikkelaar en de aannemer geen sprake meer is van een gescheiden koop-aanneming. Echter bij het doorvragen naar bijvoorbeeld de componenten risico- en winstverdeling tussen projectontwikkelaar en aannemer, erkent een deel van de geïnterviewden dat bij een zodanige samenwerking tussen aannemer en projectontwikkelaar sprake kan zijn van een samengestelde prestatie voor de heffing van BTW. Dat wil zeggen dat er geen sprake meer is van een afzonderlijke koop en aanneming. De antwoorden lopen uiteen van: *“alle risico discussies en verrekeningen moeten via de koper lopen”* tot *“Op het moment dat de verkoper echt alles regelt”*. Met andere woorden “er mag geen enkele manier van samenwerking zijn” tot “de samenwerking kan vrij ver gaan tenzij de ene partij alle verantwoordelijkheid op zich neemt”.

Ook het naar buiten optreden wordt genoemd door een deel van de geïnterviewden. Dit ligt meer in de lijn van het WOB verzoek, de jurisprudentie en literatuur. Pas als beide partijen zodanig naar buiten optreden dan is er geen sprake meer van gescheidenheid tussen projectontwikkelaar en aannemer. Als voorbeeld wordt genoemd de billboards op de locatie van de bouw waarop de bouw-ontwikkelcombinatie wordt genoemd. Ook is door een deel van de geïnterviewden de stroppenpot genoemd. Een stroppenpot is veelal een - in een overeenkomst vastlegde afspraak - waarin de projectontwikkelaar afsprekt een deel van zijn winst te storten in een stroppenpot waaruit de aannemer eventuele tegenvallende kosten kan betalen. Volgens de geïnterviewden zou dit niet moeten leiden tot een zodanige samenwerking, tenzij de afdracht in de stroppenpot zodanig is dat feitelijk de winst tussen projectontwikkelaar en aannemer wordt verdeeld.

De laatste vragen van dit onderdeel zien op share deal en wat de voornaamste voor- en nadelen zijn voor de praktijk. De meest voorkomende resultaten (in willekeurige volgorde) zijn schematisch weergegeven in onderstaande figuur 13.

	Voordelen		Nadelen
1	Fiscale OVB/BTW voordeel	1	Risico's ten aanzien van het verleden
2	Separate financiering	2	Kosten
3	Voorkeur bank	3	Implementatie en complexiteit
4	Cleane exit	4	Minder vraag
5	Fiscale VPB voordeel	5	Inpassing fiscale structuur koper

Figuur 13: overzicht meest voorkomende antwoorden inzake voor- en nadelen share deal.

Voordelen

Volgens de geïnterviewden is de share deal veelal fiscaal gedreven, zowel vanuit de VPB, BTW als de OVB. Zeker vanuit de BTW gezien kan het als een alternatief gelden voor de gescheiden koop-aaneming omdat er over de verkoop van de aandelen in beginsel geen BTW verschuldigd is. Dat wil zeggen dat de belegger niet te maken krijgt met niet aftrekbare BTW over de grond (plus bestaande opstallen). De aanneemovereenkomst zal uiteraard wel onderhevig zijn aan BTW welke niet aftrekbaar zal zijn voor de woningbelegger. Ook wordt door een aantal van de geïnterviewden de separate financieringsmogelijkheid en de wens van de bank om een share deal te doen genoemd. Omdat het vastgoed en het contract zich in de PropCo bevinden, heeft de bank een bepaalde controle over het pand (middels het hypotheekrecht) en de aandelen (middels het pandrecht). Tenslotte leidt een share deal volgens twee geïnterviewden tot een cleane exit: *“je bent in één keer van je structuur af”*.

Nadelen

De implementatie en de complexiteit worden als voornaamste nadelen gegeven door de geïnterviewden. Zeker als sprake is van een mixed use gebouw betekent dit dat vooraf heel goed nagedacht moet worden over de structuur en dat de praktijk vaak leert dat er pas in het zicht van een transactie over wordt nagedacht. In dat laatste geval dient er volgens een aantal geïnterviewden vaak een complexe herstructurering plaats te vinden om gebruik te kunnen maken van een share deal. De kosten van adviseurs wordt daarnaast ook gegeven als een nadeel van de share deal. Volgens één van de geïnterviewden dient daarom een share deal pas de voorkeur bij zeer grote transacties waar het VPB voordeel aanzienlijk is. Tenslotte geven de geïnterviewden aan dat de share deal niet altijd (vanuit de belegger gezien) is in te passen in de structuur, bijvoorbeeld als gevolg van het speciale fiscale regime van de belegger (e.g., FBI). Hoewel beleggers volgens de geïnterviewden bij voorkeur een asset deal wensen, zien zij wel in de afgelopen jaren een kentering in de markt. Door enerzijds een gebrek aan product en anderzijds een groot share deal-only aanbod van de projectontwikkelaar, zien de betrokkenen doorgaans risico-averse beleggers ook de stap naar de share deal maken.

Afstemming

Het een-na-laatste onderdeel ziet op de vragen rondom de afstemming met de belastingdienst. Afstemming is normaliter een mogelijkheid om zekerheid vooraf te krijgen over de fiscale gevolgen van een bepaalde transactie. De vraag is of en waarom hier wel of niet gebruik door wordt gemaakt in de praktijk en of de gewenste zekerheid over de fiscale uitwerking van de gescheiden koop-aanneming wel verkregen kan worden van de belastingdienst.

De antwoorden op de vraag hoe er tegen de afstemming van de gescheiden koop-aanneming wordt aangekeken lopen ver uiteen. De antwoorden zijn in grofweg drie categorieën in te delen:

- i. altijd afstemming;
- ii. raamwerk met de belastingdienst afgesproken en alleen afstemming in specifieke gevallen;
- iii. geen afstemming.

De redenen om wel af te stemmen zijn volgens de geïnterviewden vooral omdat men als grote partij geen risico wil lopen en geen discussie achteraf wil krijgen. Bij een aantal grote partijen zijn raamwerken besproken met de belastingdienst en is de noodzaak minder aanwezig om op transactieniveau af te stemmen, mits de transactie uiteraard binnen het raamwerk valt. De geïnterviewden geven aan dat redenen om niet af te stemmen zijn dat de afstemming tijd en geld kost en dat de ervaring is dat de belastingdienst niet altijd een (positief) antwoord geeft. De algemene tendens lijkt te zijn dat de mate van afstemming verband houdt met de grootte en het risicoprofiel van de belastingplichtige.

Welke elementen van de gescheiden koop-aanneming worden dan afgestemd? Elementen die meerdere malen terugkomen zijn: kwalificatie bestaande opstellen op het moment van juridisch levering en of de verbouwing/transformatie resulteert in een nieuwe vervaardigd goed. Met name het eerste element is kenmerkend voor het behalen van het fiscale BTW voordeel van de gescheiden koop-aanneming. Als de grond (plus opstellen) als bouwterrein kwalificeert dan is er geen fiscaal voordeel meer te behalen (zie ook 3.4.2). Opmerkelijk is dat het element *gescheiden* door de geïnterviewden niet is afgestemd (afgezien van het raamwerk). Aangezien dit een belangrijk element is zou je verwachten dat dit vaak wordt afgestemd. Redenen om dit niet af te stemmen bleken tweeledig; (i) zolang geen fiscale eenheid bestaat zou er geen discussie moeten zijn, en (ii) het raamwerk geeft reeds een kader voor samenwerkende partijen. Dat laatste is met name een raamwerk dat ziet op de bouw- en ontwikkelmaatschappijen waarin binnen het concern zowel sprake was van een aanneemtak als een ontwikkeltak. Zolang de ontwikkeltak niet meer dan X% bezit in het samenwerkingsverband (het ontwikkelvehikel) kan onder bepaalde voorwaarden de aanneemtak van hetzelfde concern de aanneemdienst verrichten zonder dat de gescheiden koop-aanneming als één prestatie voor de heffing van BTW wordt aangemerkt. Deze afspraken zien onder andere op bouwbegeleiding, stropenpot, risico-verdeling en/of functiescheiding tussen de ontwikkel en de bouw tak.

Het aantal negatief beoordeelde rulingverzoeken was overigens volgens de geïnterviewden minimaal. Opgemerkt zij dat dit in het licht moet worden gezien van het feit dat alle

geïnterviewden werkten met of voor grote marktpartijen die een korte verbinding met de belastingdienst hadden.

Toekomst

Het laatste onderdeel ziet op de toekomstbestendigheid van de gescheiden koop-aanneming.

Uit de beantwoording van de vorige vragen blijkt dat:

- (i) een bepaalde samenwerking tussen de projectontwikkelaar en de aannemer waarin partijen als joint venture partners, dan wel
- (ii) de situatie dat de projectontwikkelaar zodanig de voortrekkersrol neemt niet alleen in de levering van de grond (plus bestaande opstallen) maar ook in het ontwerp en (begeleiding tot) de realisatie van de nieuw te bouwen onroerende zaak,

kan leiden tot één prestatie.

Daarnaast kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat de economisch realiteit een bepaalde rol kan spelen. De geïnterviewden geven aan (zonder een fiscaal waarde oordeel te geven) dat de koper louter geïnteresseerd is in de nieuw op te leveren onroerende zaak en daar een vaste prijs voor betaalt. De stelling zou ingenomen kunnen worden dat vanuit de koper gezien één prestatie aan hem wordt verricht. Zover willen de geïnterviewden echter niet gaan.

Zoals gezegd zijn er meerdere niet-fiscale redenen voor de toepassing van de gescheiden koop-aanneming. Een belangrijke reden is dat de projectontwikkelaar geen risico en verantwoordelijkheid wil lopen na de levering van de grond (plus opstallen). Uiteraard worden er afspraken gemaakt tussen de projectontwikkelaar en de aannemer, maar volgens een groot deel van de geïnterviewden zou er - zolang dat twee partijen allebei verantwoordelijk zijn voor hun 'deel' van de overeenkomst - geen sprake moeten zijn van één prestatie. Er wordt genoemd dat alleen de geregistreerde samenwerkingen die naar buiten optreden of waar één partij fungeert als 'stroman' niet zouden moeten werken. De perceptie van de koper is volgens de meesten niet bepalend zolang voormelde situaties niet optreden. Ook komt naar voren dat zelfs in samenwerkingsverbanden het element 'gescheiden' gewaarborgd kan worden zolang de winst- en verliesrekening gescheiden is, aparte prognoses en doelstellingen aanwezig zijn.

6.3 Vergelijking tussen de verschillende categorieën en specifieke opmerkingen

Met behulp van coderen is er een vergelijking gemaakt tussen de antwoorden van de projectontwikkelaars, adviseurs en beleggers op de verschillende vragen. Onderstaande figuur 14 geeft een overzicht van de resultaten.

Vergelijking	Projectontwikkelaars	Adviseurs	Beleggers
<i>Concept gescheiden koop-aanneming</i>	Twee partijen en geen fiscale eenheid	Twee partijen en geen fiscale eenheid	Twee partijen en geen fiscale eenheid
<i>Gemengde of gekoppelde overeenkomst</i>	Gekoppeld	Gekoppeld	Gekoppeld
<i>Wetgever voldoende transparant?</i>	Extern niet / intern wel	Ja	N/a
<i>Moet er meer duidelijkheid komen?</i>	ja, vanuit concurrentieoogpunt	wellicht intern	geen belang wellicht toe naar een eenduidig systeem
<i>Speelruimte wenselijk?</i>	Niet onwenselijk alleen wel de onduidelijkheid	Ja, economisch meest voordelige weg kunnen kiezen	Transparanter systeem zou de voorkeur moeten hebben
<i>Waarom gebruik gescheiden koop-aanneming</i>	Zekerheid, risicoverdeling en fiscaal voordeel	Fiscaal voordeel	Hangt van type transactie af
<i>Asset classes</i>	Alle	Woningen , vrijgesteld vastgoed	Alle
<i>Mate van samenwerking geen 'gescheidenheid'</i>	Winst afspraken en risicoverdeling tussen verkoper en koper	Naar buiten optreden en winst- en risico afspraken	Als projectontwikkelaar betrokken blijft tot oplevering
<i>Share deal alternatief?</i>	Ja, maar bepaalde gevallen	Ja	Ja
<i>Voordelen share deal</i>	Cleane exit, fiscaal voordeel	Fiscaal voordeel	Korting koopprijs, bankable
<i>Nadelen share deal</i>	Implementatie en kosten	Incorporatie fiscale structuur koper	Incorporatie fiscale structuur en complexiteit en risico's
<i>Afstemming</i>	Altijd	Hangt af van risicobereidheid belastingplichtige en type afstemming	Afstemming gewenst
<i>Waarom afstemming</i>	Nieuwe casus	Zekerheid	Geen risico, zekerheid
<i>Waarom geen afstemming</i>	Als het binnen het raamwerk valt of eerder gelijke casus afgestemd	Kans op negatieve rulling en timing	Geen belang
<i>Toekomstbestendigheid</i>	Geen eenduidig antwoord	Bestendig economische prevaleert	tenzij doel Helderheid gewenst

Figuur 14: overzicht antwoorden interviews diverse categorieën

Transparantie wet- en regelgever

Ten aanzien van het standpunt van de wet- en regelgever is de algemene tendens dat er meer duidelijkheid moet komen over het concept de gescheiden koop-aanneming. Al hoewel dit concept tot een fiscaal voordeel kan leiden - waar volgens de projectontwikkelaars en adviseurs gretig van gebruik wordt gemaakt -, is duidelijkheid gewenst. Met name vanuit een concurrentie oogpunt. Er wordt namelijk gezegd dat vooral veel kleinere partijen de gescheiden koop-aanneming oprekken en dat verregaande afspraken worden gemaakt. Hoewel het de belegger niet de direct raakt, geven de beleggers aan naar een eenvoudiger systeem te willen.

Gebruik gescheiden koop-en aanneming

Over het gebruik van de gescheiden koop-aanneming verschillen de projectontwikkelaars en de adviseurs. De adviseurs geven als hoofdreden het behalen van het fiscale voordeel, terwijl de projectontwikkelaars aangeven dat bij de gescheiden koop-aanneming ook geen risico wordt gelopen na de levering van de grond (plus opstallen). De belegger heeft daarentegen de voorkeur voor een turn-key transactie omdat zij pas hoeft te financieren bij oplevering. Wel geeft de belegger aan dat het grote voordeel van een gescheiden koop-aanneming is dat bij grote projecten de belegger grote invloed kan uitoefenen op de aannemer nu de projectontwikkelaar niet meer betrokken is. Zo kan volgens de belegger de kwaliteit van de bouw beter worden gemonitord dan bij een turn-key transactie.

Daarnaast verschillen de projectontwikkelaars en de beleggers enerzijds en de adviseurs anderzijds over het gebruik van de gescheiden koop-aanneming bij de verschillende assetclasses. De achtergrond lijkt voort te vloeien uit het feit dat de adviseurs het fiscale BTW voordeel kenmerkend vinden voor de toepassing van het voormelde concept en dat dit voordeel in beginsel niet behaald kan worden bij commercieel vastgoed. Daarnaast is het zo dat de voornaamste reden voor de projectontwikkelaars is dat zij na de levering geen risico's meer lopen. Dit geldt natuurlijk voor alle asset classes.

Gebruik share deal

Ook hier zit er een verschil tussen de projectontwikkelaars en de adviseurs met betrekking tot het doel van het gebruik. Het fiscale voordeel blijkt niet altijd de overwegende factor te zijn voor de projectontwikkelaar. De belegger daarentegen lijkt steeds meer de voordelen van een share deal te onderkennen, mits het gebruik van de share deal überhaupt mogelijk is. Een belangrijke reden om niet mee te werken is de incorporatie in de fiscale structuur. Een asset kan eenvoudiger worden opgenomen in een bestaande structuur dan een SPV/PropCo. Bij fiscale beleggingsinstellingen is het fiscale (VPB) voordeel in beginsel zelfs non-existent voor de belegger.

7 CONCLUSIE, REFLECTIE EN AANBEVELINGEN

In het laatste hoofdstuk wordt aan de hand van de beantwoording van de deelvragen, uiteindelijk de hoofdvraag beantwoord. Daarnaast worden er op basis van het onderzoek aanbevelingen gedaan. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een reflectie en suggesties voor vervolgonderzoek.

7.1 Conclusie

Centraal staat in deze scriptie de vraag in hoeverre de gescheiden koop-aannemingsovereenkomst (praktisch) houdbaar is en of de share deal een waardig alternatief is voor de gescheiden koop-aanneming bij het realiseren van een fiscale besparing.

Eerst is gekeken naar de theoretische uitwerking van de gescheiden koop-aanneming. De basis van de gescheiden koop-aanneming alsmede de beoogde fiscale besparing van de gescheiden koop-aanneming is duidelijk. Door de levering van de grond (plus opstallen) en de aanneemdienst tot de constructie van de nieuwbouw door verschillende BTW ondernemers (projectontwikkelaar versus aannemer) te laten plaatsvinden, kan er een fiscaal voordeel worden behaald als de levering van de grond (plus opstallen) in de OVB plaatsvindt en niet in de BTW. Uitgangspunt voor het fiscale voordeel is dat de uiteindelijke koper geen aftrek van BTW heeft, bijvoorbeeld bij woningbouw, zorgvastgoed en of commerciële bouw bestemd voor vrijgesteld gebruik (e.g., banken, verzekeraars), en dus beter niet-aftrekbare OVB (8%) dan niet-aftrekbare BTW (21%) kan incasseren. Uit de wet- en regelgeving volgt dat in beginsel de levering van de grond (plus opstallen) door de projectontwikkelaar en de aanneemdienst door de aannemer afzonderlijk voor de BTW heffing moeten worden behandeld. Naast de fiscale eenheid BTW, is dit alleen anders als de projectontwikkelaar en de aannemer op een zodanige manier samenwerken dat zij (i) één BTW ondernemer zijn of (ii) één van hen beide als BTW ondernemer jegens koper voor het geheel optreedt. In de wet- en regelgeving blijft de invulling van deze criteria achterwege.

Om te kunnen beoordelen of de share deal een waardig alternatief zou kunnen zijn voor de fiscale besparing van de gescheiden koop-aanneming is gekeken naar de mogelijke fiscale besparingen van een share deal. Twee eigenschappen en mogelijk een derde eigenschap van de share deal zouden voor een gelijk dan wel groter fiscaal voordeel kunnen zorgen dan bij de gescheiden koop-aanneming. Het fiscale BTW voordeel van de gescheiden koop-aanneming kan ook bij de share deal worden gerealiseerd door het feit dat in principe geen BTW op de verkoop van de aandelen zit. Daardoor kan BTW druk op de grond (plus opstallen) worden voorkomen. Een bijkomend voordeel van de share deal is dat de opbrengst van de verkoop van aandelen is vrijgesteld van VPB en onder de deelnemingsvrijstelling kan vallen, in tegenstelling tot de opbrengst van de projectontwikkelaar onder de gescheiden koop-aanneming, welke belast is met VPB. De derde eigenschap van de share deal is dat de verkoop van aandelen vrijgesteld kan zijn van OVB door de toepassing van de samenloopvrijstelling dan wel in het geval dat geen van de kopers een belang van 1/3 of meer verkrijgen dan wel uitbreiden. Een tweetal kanttekeningen zijn wel dat bij een share deal de BTW op de transactiekosten in

principe niet aftrekbaar is en dat de koper veelal een korting zal bedingen voor de VPB latentie die hij middels de aandelen overneemt. Resumerend zou een share deal dus tot een groter fiscaal voordeel kunnen leiden dan de gescheiden koop-aanneming.

De wet- en regelgeving ten aanzien van de gescheiden koop-aanneming is vrij duidelijk, maar duidelijkheid over de nuances – met name de vraag wanneer de twee BTW prestaties (levering van de grond en de aanneemdienst) gescheiden dienen te worden beoordeeld – is niet veel vastgelegd. In deze scriptie is onderzocht of de rechtspraak en literatuur daar wel duidelijkheid over geven.

Geconcludeerd kan worden dat een koop-aanneming niet uit twee afzonderlijke prestaties voor de heffing van BTW bestaat, zijnde de levering van de grond (plus opstallen) en de sloop/aanneemdienst tot de realisatie van een bouwterrein of nieuw vervaardigd gebouw, indien:

- (i) beide handelingen worden verricht door en/of voor rekening van de verkoper aan de koper; en,
- (ii) de handelingen samenhangen, wat is het geval is als:
 - de door verkoper verrichtte handelingen nauw met elkaar zijn verbonden;
 - de werkzaamheden elkaar overlappen; en
 - de handelingen het economisch doel hadden om een terrein dat gereed was voor bebouwing of nieuwbouw te leveren.

De situatie dat de prestaties van twee afzonderlijke BTW ondernemers bij een koop-aanneming als één BTW prestatie worden aangemerkt is nog niet behandeld in de rechtspraak. De literatuur staat wel stil bij deze situatie en een aantal auteurs lijkt aan te geven dat (i) misbruik van recht en (ii) de economisch doelredenering zouden kunnen leiden tot vereenzelviging van de twee prestaties van verschillende ondernemers.

In de wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur lijkt voldoende fundament te zijn voor de toepassing van de gescheiden koop-aanneming en share deal en de realisatie van bijbehorende fiscale voordelen. Cruciaal voor de beantwoording van de centrale vraag is uiteraard hoe de praktijk tegen beide transactiestructuren aankijkt.

Allereerst blijkt dat het gebruik van de gescheiden koop-aanneming niet altijd fiscaal is geënceneerd. De transactiestructuur wordt met name ook gebruikt omdat de projectontwikkelaar geen risico wenst te lopen ten aanzien van de bouw, en dus na de levering van de grond plus opstallen haar gelden wil verkrijgen en verdere aansprakelijkheden bij de aannemer wenst te leggen. Bij de ontwikkeling van woningen speelt hoofdzakelijk het fiscale voordeel een grote rol, waarbij veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de gescheiden koop-aanneming. De vrijheid die de rechtspraak geeft om te kiezen voor route A (twee prestaties) of B (één prestatie) wordt als prettig ervaren. In de praktijk kijkt men kritischer aan tegen het ontbreken van duidelijkheid over de vraag wanneer afspraken tussen de projectontwikkelaar en de aannemer kunnen leiden tot samenvoeging van beide prestaties. In het algemeen is de praktijk het erover eens dat contractuele afspraken, mits deze worden nageleefd, niet zouden

moeten leiden tot gezamenlijk ondernemerschap. Dit is anders als de afspraken, in het bijzonder op het vlak van risico en winst, zodanig zijn vormgegeven dat geen sprake meer is van twee prestaties voor de heffing van BTW. Er is geen consensus over wanneer dat het geval zou moeten zijn, maar gesteld zou kunnen worden dat een 50/50 winst en risico verdeling tussen projectontwikkelaar en aannemer zou kunnen leiden tot het samentrekken van de prestaties. Dit geldt voor stille en naar buiten optredende samenwerkingsvormen, hoewel het naar buiten optreden als één ondernemer (richting de kopers) vanuit een BTW perspectief de zaak zou kunnen bespoedigen.

Vanuit een fiscaal perspectief wordt een share deal de laatste jaren door de praktijk steeds meer omarmd. Wel zijn er een aantal nadelen die de praktijk er van kunnen weerhouden gebruik te maken van de share deal. Vanuit de projectontwikkelaar zijn dat met name de kosten en administratieve handelingen die nodig zijn om de structuur gereed voor de verkoop te maken. Voor de belegger is het vanwege haar ondernemings- of fondsstructuur niet altijd mogelijk om de PropCo op te nemen in haar structuur en zijn soms aanvullende handelingen nodig.

Samenvattend is het antwoord op de hoofdvraag: ja, de gescheiden koop-aannemingsovereenkomst is houdbaar en wordt in de praktijk veelvuldig gebruikt. De share deal is zeker een alternatief voor de gescheiden koop-aanneming maar alleen in bepaalde gevallen. Vanwege onder meer de handelingen en kosten van uitvoering van de share deal, is de share deal met name bij een groot te realiseren fiscaal voordeel een alternatief voor de gescheiden koop-aanneming. Daarnaast kan de share deal een oplossing bieden in de gevallen waarbij de bouwende ontwikkelaar en/of ontwikkelende bouwer zowel de levering van de grond (plus opstallen) als de aanneemdienst in eigen beheer wenst te houden.

7.2 Aanbeveling

Duidelijk is dat als de project ontwikkelaar en de aannemer in een fiscale eenheid BTW zitten, de koop-aanneming niet meer gescheiden kan plaatsvinden. De onduidelijkheid zit samenwerking tussen partijen die niet in een fiscale eenheid BTW zitten maar wel verregaande afspraken – specifiek op het gebied van winst- en risicoverdeling - hebben gemaakt en/of meerdere projecten met elkaar doen, anders gezegd een duurzame relatie met elkaar hebben. Nu bestaan er afspraken met de grotere projectontwikkeling/aanneemcombinaties, maar de markt zou gebaat kunnen zijn met meer duidelijkheid bij welke samenwerking de gescheiden koop-aanneming haar toepassing wel of niet verliest. De vraag is in welke vorm deze duidelijkheid moet komen. Enerzijds is het wachten totdat de rechtspraak duidelijkheid verschaft, anderzijds zou er een leidraad kunnen komen vanuit de belastingdienst waarin staat welke vormen van samenwerking gebruik kunnen maken van de gescheiden koop-aanneming. Gedacht kan worden aan een zogeheten safe harbour regeling; afspraken tussen partijen die aan bepaalde voorwaarden voldoen worden geaccepteerd.

7.3 Beperkingen onderzoek

De resultaten van dit onderzoek moeten in het licht van de volgende beperkingen van het onderzoek worden gezien:

- De groep van geïnterviewden is relatief klein. Naast de beperkte tijd is de achtergrond hiervan dat het onderzoek met name is gebaseerd op de wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur. Uiteraard had een grotere groep kunnen leiden tot meer betrouwbare resultaten;
- De subgroepen projectontwikkelaars bestonden uit de grotere ontwikkelaars. Interessant is ook om te zien hoe de kleinere ontwikkelaars aankijken tegen het gebruik van de gescheiden koop-aanneming;
- Naast de categorieën projectontwikkelaars, adviseurs en beleggers had er ook voor gekozen kunnen worden om de afgevaardigden van de banken en gemeenten mee te nemen in het kwalitatieve onderzoek. Uit hoofdstuk 3 blijkt dat gemeenten en banken een grote rol kunnen spelen bij het gebruik de transactievormen gescheiden koop-aanneming en share deal.
- Het onderzoek is met name fiscaal ingestoken. Uit het kwalitatieve onderzoek bleek echter dat ook andere zaken een rol spelen bij de toepassing van de voormelde transactiestructuren.

7.4 Vervolgonderzoek

De resultaten van dit onderzoek hebben tot inzichten maar ook tot nieuwe vragen geleid. De volgende onderwerpen kunnen mogelijk verder worden onderzocht:

- Essentieel bij het behalen van het fiscale BTW voordeel bij de gescheiden koop-aanneming is dat op het tijdstip van levering de grond plus opstallen als bestaande bouw voor de heffing van BTW kwalificeert. Interessant om te onderzoeken zou kunnen zijn wanneer tijdens de sloop van de bestaande opstallen nog sprake kan zijn van bestaande bouw; Zie in dit verband ook de recente conclusie van AG Ettema¹⁷.
- Welke (niet) economische voor- en nadelen een rol spelen bij de toepassing van de gescheiden koop-aanneming en share deal;
- Of en zo ja in hoeverre de gescheiden koop-aanneming als misbruik van recht zou kunnen kwalificeren;
- Uit de HvJ-rechtspraak lijkt te volgen dat het tijdstip voor de heffing van BTW het moment is dat de macht om als eigenaar te beschikken overgaat, derhalve het juridisch leveringsmoment. De HR lijkt echter het standpunt in te nemen dat bij een koop-aanneming waarbij beide handelingen als één prestatie kwalificeren, het tijdstip voor de heffing van BTW de oplevering is. Nader onderzoek zal moeten uitblijken of de HR zich op het juiste pad beweegt.

¹⁷ HR 3-01-2022, ECLI:NL:PHR:2022:7 nr. 21/02407

7.5 Reflectie

Mijn oorspronkelijke idee was om een niet-fiscaal onderwerp te kiezen, ik heb immers deze studie niet zozeer gekozen voor de verrijking van mijn fiscale kennis maar juist de om meer inzicht te krijgen in de ontwikkelingen en aandachtspunten die spelen in de vastgoedmarkt als geheel. Toch ben ik achteraf blij dat ik voor dit onderwerp heb gekozen. Het ligt dichtbij mijn dagelijkse werkzaamheden en heeft mij ook veel marktkennis opgeleverd.

Met name de resultaten uit het kwalitatieve onderzoek hebben mij nieuwe inzichten opgeleverd, bijvoorbeeld meer inzicht in de redenen vanuit de belegger om een fiscale structuur wel of niet af te stemmen met de belastingdienst. Het waren zeer interessante en leuke gesprekken die mij hebben geholpen om een betere adviseur te worden. En niet geheel onbelangrijk, deze gesprekken zorgden voor de motivatie om deze scriptie tot een goed einde te brengen!

8 BRONNEN

Literatuur

- Bruggeman, E.M. (2010). *De Koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*. Stichting Instituut voor Bouwrecht.
- De Wit, W. (2011). *Zaak Don Bosco. Levering van terrein en (reeds aangevangen) sloop van daarop staand gebouw vormen één handeling, te weten de levering van een onbebouwd terrein*. BNB. 2011(14).
- Gomes Vale Viga, M.D.C. (2020). *Hof van Justitie EU 4-9-2019 met noot*. FED. 2020(5).
- Gruson, J., Merckx, M.M.W.D. (2018). *Twee zielen, een prestatie – In de praktijk is er in toenemende mate sprake van samenwerking tussen verschillende BTW-ondernemers*. MBB. 2018(35).
- Markink, G.B., Zijlstra, P.F. (2003). *BTW bij samenwerking*. BTW-bulletin. 2003(14).
- Redactie Fiscaal up to Date (2012). *J.J. Komen en Zonen Beheer*. Futd. 2012-1837.
- Van der Wulp, M.D.J. (2021). *Vastgoedtransacties in de Europese BTW*. FM. 169.
- Van Doesem, A.J. (2009). *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*. FM. 133. P. 419 ev.
- Van Doesem, A.J. (2011). *Don Bosco-kloon: De staat waarin en de omstandigheden waaronder een terrein uiteindelijk door de koper is opgeleverd, bepaalt of het terrein een bouwterrein is*. FED. 2011(78).
- Van Zadelhoff, B.G. (2003). *Levering tijdens sloop*. BNB. 2003(193).
- Van Zadelhoff, B.G. (2012). *Zaak Komen. Vrijstelling van BTW voor levering van gedeeltelijk gesloopte en gedeeltelijk nog in gebruik zijnde onroerende zaak tijdens vernieuwbouw*. BNB. 2012(289).
- Van Zadelhoff, B.G. (2013). *Zaak Woningstichting Maasdriel. Bouwterrein. Feitelijke omstandigheden en intentie partijen bij levering onbebouwde grond beslissend voor bestemming*. BNB. 2013(85).
- Van Zadelhoff, B.G. (2013 2). *HR 22 maart 2013 met noot, nr. 12/02180*. BNB. 2013(133c).
- Van Zadelhoff, B.G. (2014). *HR 11 april 2014 met noot, nr 12/02808*. BNB. 2014/151.
- Van Zadelhoff, B.G. (2020). *Don Bosco of non Bosco; BTW-bouwterrein of niet*. WFR. 2020(149).
- Vettenburg, P.D. (2013). *Richtlijn 2006/112/EG – Art. 135 lid 1 onder k jo. art. 12 lid 1 en 3 – Onbebouwde grond – Bouwterrein – Begrippen – Sloopwerkzaamheden met oog op toekomstige bebouwing – BTW vrijstelling*. BR. 2013(58).

Jurisprudentie

HvJ

- HvJ 25-02-1999, C349-96, ECLI:EU:C:1999:93 (Card Protection Plan Ltd (CPP))
- HvJ 27-10-2005, C-41/04, ECLI:EU:C:2005:649 (Levob)
- HvJ 21-02-2008, C-425/06 ECLI:EU:C:2008:108 (Part Service)

- HvJ 19-11-2009, C-461/08, ECLI:EU:C:2009:722 (Don Bosco)
- HvJ 12-07-2012, C-326/08, ECLI:EU:C:2012:461 (J.J. Komen en Zonen Beheer)
- HvJ 17-01-2013, C-543/11, ECLI:EU:C:2013:20 (Woningstichting Maasdriel)
- HvJ 4-09-2019, C-71/18, ECLI:EU:C:2019:660 (KPC Herning)

HR

- HR 22-03-2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5307
- Conclusie AG - HR 3-01-2022, ECLI:NL:PHR:2022:7 nr. 21/02407

TC

- TC 15-02-1977, ECLI:NL:DETARCO:1977:AX3373

9 BIJLAGEN

BIJLAGE I – Relevante Wet- en regelgeving integraal

BIJLAGE II – Interview richtlijn