



De activiteiten van een makelaar zijn belast met BTW, de activiteiten van een assurantiebemiddelaar vallen daarentegen onder een vrijstelling. BTW-belaste activiteiten geven recht op aftrek van voorbelasting terwijl een vrijgestelde ondernemer geen BTW kan aftrekken of verrekenen. Een ondernemer die dus zowel makelaardijactiviteiten ontplooit als bemiddelt bij het tot stand komen van verzekeringen, kan niet alle voorbelasting verrekenen. De aftrekbare BTW wordt in dergelijke situaties meestal bepaald op basis van de verhouding belaste omzet ten opzichte van de totale omzet. In die gevallen dat het werkelijk gebruik van goederen of diensten aanzienlijk afwijkt van de omzetverhouding, mag de aftrek worden bepaald op basis van het werkelijk gebruik.

In een zaak waar het Gerechtshof in Arnhem zich onlangs over heeft gebogen, was sprake van een makelaar/assurantiebemiddelaar die een nieuw pand had laten bouwen en een deel van de BTW wilde aftrekken. De omzetverhouding was 58% belast en 42% vrijgesteld. Echter, er waren vijf medewerkers die uitsluitend makelaarswerkzaamheden verrichten en één medewerker die als assurantiebemiddelaar werkte. Met andere woorden, de ene assurantiebemiddelaar genereerde 42% van de totale omzet. Zowel de makelaars als assurantiebemiddelaars hadden eigen werkkamers. In totaal werden 147 m<sup>2</sup> gebruikt voor de makelaarsactiviteiten, 16 m<sup>2</sup> voor

assurantiebemiddeling en 197 m<sup>2</sup> werd voor beide activiteiten gebruikt. De makelaar/assurantiebemiddelaar vond dat aftrek op basis van de omzetverhouding aanzienlijk afweek van het werkelijk gebruik. Probleem was echter dat 197 m<sup>2</sup> van het pand gebruikt werd voor zowel belaste als vrijgestelde prestaties. De adviseur van belanghebbende had voorgesteld om de BTW-aftrek die toerekenbaar was aan deze vierkante meters te bepalen op grond van de omzetverhouding, maar dat de BTW die toerekenbaar was aan de vierkante meters die door de makelaars werden gebruikt volledig kon worden afgetrokken en geen aftrek toe te staan voor de BTW die toerekenbaar was aan de vierkante meters van de assurantiebemiddelaar. Zowel belastingdienst als Rechtbank Arnhem waren het hiermee niet eens, want zo oordeelde men het werkelijk gebruik van het pand was niet objectief en nauwkeurig bepaalbaar. In een arrest uit februari 2006 had de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat het werkelijk gebruik objectief en nauwkeurig bepaalbaar moet zijn.

Het Gerechtshof in Arnhem dacht daar toch anders over. Het werkelijk gebruik van 147 m<sup>2</sup> door de makelaars en 16 m<sup>2</sup> door de assurantiebemiddelaar was volgens het Hof objectief en nauwkeurig bepaald en kwam niet overeen met de omzetverhouding. Het Hof oordeelde dat het niet noodzakelijk is dat het gebruik van het hele pand objectief en nauwkeurig kan worden bepaald. Toerekening op basis van het werkelijk gebruik is ook mogelijk met betrekking tot enkele objectief en nauwkeurig te onderscheiden gedeelten van het pand. Op de overige gedeelten van het pand die gemengd werden gebruikt, kan vervolgens de aftrek worden bepaald op grond van de omzetverhouding. Voor de makelaar/assurantiebemiddelaar had dat tot gevolg dat 72% van de BTW op de bouw van het pand kon worden afgetrokken!

Een voor de praktijk belangrijke uitspraak, hoewel op dit moment nog niet bekend is of de staatssecretaris van Financiën in cassatie gaat tegen deze uitspraak. Situaties als hierboven beschreven komen natuurlijk veel vaker voor en het is goed te weten dat het werkelijk gebruik ook kan worden toegepast op objectief en nauwkeurig te onderscheiden gedeelten. Helemaal verassend is dat misschien ook weer niet, want grote kantoorpanden kennen dit probleem ook. Als de bovenste verdieping door een vrijgestelde ondernemer wordt gehuurd en de verdiepingen daaronder door belaste ondernemers, komt er niemand op het idee dat de aftrek bepaald wordt op basis van de omzetverhouding. Toch worden entree, liften en trappenhuizen ook gebruikt door de vrijgestelde huurders! Dit is overigens door de adviseurs ook tijdens de zitting bij de rechtbank ingebracht, maar dat argument werd toen terzijde geschoven.

Aftrek op grond van het werkelijk gebruik, kan dus vaker toegepast worden dan we wellicht dachten en kan tot aanzienlijk prettiger uitkomsten leiden.