

**Erasmus Universiteit Rotterdam**

**Nadruk Verboden**

**Erasmus School of Economics**

**Masterscriptie**



**Naam:** Janwillem den Hollander

**Examenummer:** 332859

**Begeleidster:** Dr. Y.M. (Yvonne) Tigelaar-Klootwijk

**Plaats:** Rotterdam

**Datum:** 29-01-2015

# Inhoudsopgave

## Hoofdstuk 1: Inleiding

- 1.1 Aanleiding tot het onderzoek p. 3
- 1.2 Probleemstelling en toetsingskader p. 4
- 1.3 Indeling p. 5

## Hoofdstuk 2: De bedrijfsopvolgingsregeling

- 2.1 Inleiding p. 7
- 2.2 Achtergrond van de BOR p. 7
- 2.3 Voorwaarden voor toepassing van de BOR p. 8
  - 2.3.1 Kwalificerend ondernemingsvermogen p. 8
  - 2.3.2 Bezitsvereiste p. 10
  - 2.3.3 Voortzettingsvereiste p. 11
- 2.4 Doel en strekking p. 12
- 2.5 Kritiek op de regeling p. 14
- 2.6 Nadere beschouwing van de BOR p. 18
- 2.7 Conclusie/samenvatting p. 20

## Hoofdstuk 3: WuO, ROW of Beleggen

- 3.1 Inleiding p. 22
- 3.2 Bron van inkomen p. 22
- 3.3 Rangorderegeling p. 25
- 3.4 Inkomen uit sparen en beleggen p. 26
- 3.5 Winst uit onderneming p. 27
  - 3.5.1 Voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven p. 27
  - 3.5.2 Rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming p. 28
  - 3.5.3 Medegerechtigdheid p. 29
  - 3.5.4 Begrip onderneming p. 30
- 3.6 Afbakening box 1 en box 3 p. 31
- 3.7 Afbakening winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid p. 33
  - 3.7.1 Duurzaamheid en aard van de organisatie p. 34
  - 3.7.2 Aantal opdrachtgevers p. 35
  - 3.7.3 Debiteuren- en ondernemingsrisico p. 36
  - 3.7.4 De winstverwachting p. 37
- 3.8 Conclusie/samenvatting p. 37

## Hoofdstuk 4: Jurisprudentie

- 4.1 Inleiding p. 39
- 4.2 Resultaat uit overige werkzaamheid p. 39
- 4.3 Beleggen p. 40
- 4.4 Winst uit onderneming p. 55
- 4.5 Conclusie/samenvatting p. 67

## Hoofdstuk 5: Observaties en aanbevelingen

- 5.1 Inleiding p. 69
- 5.2 Observaties p. 69
  - 5.2.1 Arbeid moet persoonlijk zijn verricht p. 69
  - 5.2.2 Aard en omvang van de werkzaamheden in relatieve samenhang beoordelen p. 72

5.2.3	Arbeid-plus moet leiden tot meer rendement	p. 74
5.2.4	Met de term rendement wordt bedoeld op zowel bruto- als nettorendement	p. 75
5.2.5	Omvang vastgoedportefeuille is van ondergeschikt belang	p. 77
5.2.6	Ervaring en expertise kunnen leiden tot een hogere kwaliteit van de werkzaamheden	p. 80
5.3	Aanbevelingen	p. 82
5.3.1	Inleiding	p. 82
5.3.2	Rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid	p. 83
5.3.3	Efficiency-aspect	p. 84
5.3.4	Ondernemingsbegrip opnemen in de wet	p. 85
5.3.5	Richtlijnen geven door middel van een besluit	p. 87
5.4	Conclusie/samenvatting	p. 94

**Hoofdstuk 6: Conclusie en samenvatting** p. 96

**Bronnenlijst**

Kamerstukken	p. 101
Jurisprudentie	p. 101
Literatuur	p. 102
Overig	p. 104

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1. Aanleiding tot het onderzoek

Sinds 1 januari 2002 kennen we in de successiewet de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR). Deze regeling is in het leven geroepen om bij vererving of schenking de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Het rapport betreffende het voorstel van wet tot wijziging van de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) omschreef dit als volgt: „De schenk- en erfbelasting mag vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid geen bedreiging vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.”<sup>1</sup>

De BOR is in de wet terug te vinden in de artikelen 35b t/m 35f SW 1956. De kern van de regeling staat opgenomen in artikel 35b SW 1956 en zegt kort samengevat dat indien ondernemingsvermogen wordt verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging er een voorwaardelijke vrijstelling wordt verleend van 100% over de eerste €1.045.611 en 83% over het meerdere. Daar het een ruime vrijstelling betreft rust er voor ondernemers die hun bedrijf overdragen een enorm belang in het feit of ze kwalificeren voor deze regeling. Voor de “normale” onderneming, waarbij het voor iedereen duidelijk is dat er een onderneming wordt gedreven, zal dit geen problemen opleveren.

Een probleem doet zich echter met name bij de verhuurders van vastgoed. Verhuur van vastgoed kwalificeert in beginsel namelijk niet voor de status van onderneming. Daarbij meegenomen het feit dat het bij vastgoed vaak om hele grote bedragen gaat laat zich het belang van de kwalificatie van onderneming wel raden. Langzamerhand leek er enigszins duidelijkheid te zijn over de kwalificatie van de verhuur van vastgoed. Deze verhuur werd in beginsel niet gezien als het drijven van een onderneming, omdat er niet meer dan normaal vermogensbeheer werd uitgeoefend. Echter, zijn er eind 2013 en begin 2014, twee uitspraken<sup>2</sup> geweest waarbij de twee Gerechtshoven opnieuw olie op het vuur hebben gegooit. In deze uitspraken was er volgens het Hof namelijk wel sprake van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed. Vervolgens kwam Rechtbank Zeeland-West-Brabant eind 2014 met een uitspraak<sup>3</sup> waarin zij oordeelde dat er geen onderneming werd gedreven met de verhuur van onroerende zaken, maar

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

<sup>2</sup> Zie Hof Den Haag 20 december 2013, nr. 12/00757, *V-N 2014/8.22* en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, *V-N 2014/19.18*.

<sup>3</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR 2015/364*.

dat er sprake was van beleggen. Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>4</sup> kwam eind 2014 eveneens tot de conclusie dat er sprake was van beleggen bij de verbouwing en verhuur van een appartementencomplex.

Deze vier uitspraken hebben in de praktijk een hoop stof doen opwaaien en heeft de kwalificatie voor het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed weer volop in de belangstelling gezet. In de periode rondom en na deze uitspraken zijn er dan ook meerdere artikelen verschenen waarin auteurs meer duidelijkheid hebben proberen te scheppen over de vraag wanneer er een onderneming wordt gedreven bij de verhuur van onroerende zaken. Ondanks dit alles is er nog steeds geen duidelijkheid en blijft het een interessant thema.

Daar het dus bij lange na niet aanstonds duidelijk is of de verhuur van vastgoed wel of niet kwalificeert voor de status van onderneming wil ik in deze scriptie onderzoeken waar de grens ligt om te kwalificeren als onderneming. Om als onderneming aangemerkt te worden moet er in ieder geval sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer, maar wat is “normaal vermogensbeheer” nu precies? Bovendien wil het nog niet zeggen dat er sprake is van een onderneming indien er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, want het is ook mogelijk dat dit onder resultaat uit overige werkzaamheid valt. Welke vorm van arbeid moet de belastingplichtige hiervoor verrichten en speelt de omvang van de vastgoedportefeuille ook nog een rol in de kwalificatie? Dergelijke vragen zullen aan de basis liggen van mijn onderzoek.

## *1.2 Probleemstelling en toetsingskader*

In de inleiding heb ik reeds het belang aangegeven voor belastingplichtigen om bij de verhuur van vastgoed een onderneming te drijven. Daarbij heb ik opgemerkt dat voor het drijven van een onderneming er sprake moet zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Wat precies (meer dan) normaal vermogensbeheer is ga ik in deze scriptie onderzoeken, waarbij ik vervolgens zo nauwkeurig mogelijk grenzen probeer aan te geven wanneer een belastingplichtige een onderneming drijft bij de verhuur van vastgoed. Het voorgaande leidt tot de volgende probleemstelling:

***Kunnen er grenzen worden aangegeven waarbij de verhuur van vastgoed in het licht van de BOR als onderneming wordt gekwalificeerd?***

---

<sup>4</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, nr. 13/00869, V-N *Vandaag* 2014/2674.

De probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wat houdt de BOR in en hoe werkt deze uit? (hoofdstuk 2)
- Wat is het onderscheid tussen winst uit onderneming, beleggen en resultaat uit overige werkzaamheid? (hoofdstuk 3)
- Welke criteria zijn volgens de jurisprudentie maatgevend voor de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed? (hoofdstuk 4)
- Welke conclusies kunnen er getrokken worden aan de hand van de literatuur en jurisprudentie die gebruikt kunnen worden bij de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed? (hoofdstuk 5)
- Op welke manier zou de onduidelijkheid bij belastingplichtigen, met betrekking tot de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed, (deels) weggenomen kunnen worden? (hoofdstuk 5)

Voor deze thesis is het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting van groot belang, daar er voor de kwalificatie van een onderneming voor de BOR wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting. De jurisprudentie die ik aanhaal in hoofdstuk 3 is naar mijn mening de belangrijkste jurisprudentie die omtrent de problematiek bij de verhuur van onroerende zaken is geweest. Ik heb deze jurisprudentie geselecteerd door middel van verwijzingen uit de literatuur en andere jurisprudentie. Daarnaast heb ik de Kluwer Navigator en de website van het NDFR nauwkeurig doorzocht op relevante jurisprudentie. Dit heb ik gedaan door middel van terugverwijzingen uit recentere jurisprudentie en door zoektermen in te vullen die veel gebruikt worden bij de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken.

### *1.3. Indeling*

Mijn scriptie bestaat uit zes hoofdstukken waarbij ik op een zo gedetailleerd en overzichtelijk mogelijke wijze beschrijf wanneer de verhuur van vastgoed kwalificeert als onderneming. In hoofdstuk twee behandel ik de achtergrond en de werking van de BOR. In hoofdstuk drie geef ik aan wat het onderscheid tussen winst uit onderneming, beleggen en resultaat uit overige werkzaamheid is. In hoofdstuk vier komt het jurisprudentieonderzoek aan bod waarin ik de

belangrijkste<sup>5</sup> uitspraken en arresten behandel. Aan de hand van deze uitspraken en arresten kom ik tot enkele observaties die gebruikt kunnen worden bij de beoordeling of er sprake is van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Deze observaties komen aan de orde in hoofdstuk 5, alsmede een aantal aanbevelingen die er voor zouden kunnen zorgen dat er meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid komt en dat een deel van de kosten voor de praktijk en de belastingdienst worden weggenomen. Ik rond mijn scriptie af met hoofdstuk zes waarin ik een samenvatting en conclusie heb opgenomen.

---

<sup>5</sup> Hiermee bedoel ik de jurisprudentie die ik het meest relevant acht voor mijn onderzoek.

## **Hoofdstuk 2: De Bedrijfsopvolgingsregeling**

### *2.1. Inleiding*

In dit hoofdstuk licht ik de BOR nader toe. Met dit hoofdstuk plaats ik de problematiek rond de kwalificatie van onderneming in het perspectief van de BOR en geef ik het belang van de regeling aan. Dit doe ik aan de hand van de volgende deelvraag:

- *Wat houdt de BOR in en hoe werkt deze uit?*

Om te beginnen behandel ik de achtergrond van de BOR alvorens ik de werking en het doel van de regeling aan de orde stel. Vervolgens ga ik in op de kritiekpunten op de regeling die in de literatuur worden aangehaald. Tot slot sta ik kort stil in hoeverre de BOR volgens de literatuur doeltreffend en doelmatig is.

### *2.2. Achtergrond van de BOR*

De BOR is in 2002 in de wet opgenomen. De regeling stelde destijds 30% van het overgedragen ondernemingsvermogen vrij van schenk- of erfbelasting<sup>6</sup>. Dit was een verhoging van 5% ten opzichte van de soortgelijke regeling in de invorderingswet, waarbij slechts 25% werd vrijgesteld<sup>7</sup>. Hierbij waren de waarden van quota, vergunningen, concessies en andere dispensaties van publiekrechtelijke niet in de waarde van de verkrijging meegerekend. Deze werden namelijk in zijn geheel vrijgesteld van successie- en schenkingsrecht. Het percentage van 30 is in de loop der tijd nog verder opgeschroefd. Op 1 januari 2005 werd het verhoogd naar 60% en op 1 januari 2007 naar 75%<sup>8</sup>.

Op 1 januari 2010 is de BOR ingrijpend gewijzigd. De nieuwe regeling had ten doel om de oude BOR eenvoudiger, evenwichtiger en toegankelijker te maken<sup>9</sup>. De nieuwe BOR is opgenomen in artikel 35b SW 1956. In het vijfde lid van genoemd artikel zijn drie voorwaarden te onderscheiden waaraan dient te worden voldaan alvorens een belastingplichtige gebruik mag maken van de regeling. Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in de artikelen 35c, 35d en 35e SW 1956. Er dient sprake te zijn van ondernemingsvermogen, er dient voldaan te worden aan de bezitstermijn en de verkrijger moet zich houden aan de voortzettingseis. Deze drie voorwaarden

---

<sup>6</sup> Artikel 35c, lid 2 SW 1956, tekst 2001.

<sup>7</sup> Artikel 26, lid 6 IW 1990, tekst 1997.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 767 nr. 44 p. 3.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.



licht ik in paragraaf 2.3 toe. Indien aan de drie voorwaarden is voldaan wordt de eerste 1.045.611 euro aan ondernemingsvermogen vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. Het meerdere wordt voor 83% vrijgesteld. Voor het deel waarover wel schenk- of erfbelasting verschuldigd is kan beroep op uitstel van betaling gedaan worden<sup>10</sup>. Het uitstel van betaling wordt voor een periode van tien jaren verleend mits zich geen situatie voordoet zoals vermeld in artikel 25, lid 12 van de Invorderingswet 1990 (hierna: INV 1990).

De vrijstelling zoals die hierboven wordt beschreven wijkt af van het voorstel van de Staatssecretaris van Financiën waarin een vrijstelling van 90% van het ondernemingsvermogen werd geopperd<sup>11</sup>. De verhoging van het vrijstellingspercentage zou een eind maken aan de signalen van de maatschappelijke organisaties die aangaven dat de toenmalige faciliteit als belemmerend werd ervaren<sup>12</sup>. De rechtvaardigheid van deze regeling komt in paragraaf 2.4 uitgebreid aan de orde.

### *2.3. Voorwaarden voor toepassing van de BOR*

Zoals ik in de vorige paragraaf heb aangehaald zijn er drie voorwaarden te onderscheiden waaraan voldaan dient te worden alvorens een belastingplichtige recht heeft op de toepassing van de BOR. Deze drie voorwaarden, te weten kwalificerend ondernemingsvermogen, het voldoen aan de bezitstermijn en het voldoen aan de voortzettingstermijn, komen in deze paragraaf aan bod.

#### *2.3.1. Kwalificerend ondernemingsvermogen*

De regeling is bedoeld voor de verkrijging van ondernemingsvermogen in het kader van een bedrijfsopvolging. Onder het verkrijgen van ondernemingsvermogen wordt verstaan een onderneming of een gedeelte daarvan als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 (artikel 35c, lid 1, onderdeel a SW 1956), een medegerechtigdheid of een gedeelte daarvan als bedoeld in artikel 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 (artikel 35c, lid 1, onderdeel b SW 1956), vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoorden als bedoeld in afdeling 4.3 met uitzondering van artikel 4.10 van de Wet IB 2001 (artikel 35c, lid 1, onderdeel c SW 1956), of onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 Wet IB 2001, mits de onroerende zaken dienstbaar zijn

---

<sup>10</sup> Artikel 25, lid 12 IW 1990.

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 2, p. 10.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 18.

aan de onderneming die door een lichaam wordt gedreven als bedoeld in onderdeel c en de verkrijger tegelijkertijd aandelen in of winstbewijzen van dat lichaam verkrijgt conform onderdeel c (artikel 35c, lid 1, onderdeel d SW 1956).

Het begrip onderneming wordt in artikel 3.2 Wet IB 2001 als volgt omschreven: *Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit één of meer ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling*. Het begrip onderneming wordt verder niet gedefinieerd in de wet. Dit wordt overgelaten aan de jurisprudentie. In het volgende hoofdstuk bij de behandeling van winst uit onderneming sta ik uitgebreid stil bij de wijze waarop in de jurisprudentie het begrip onderneming wordt ingevuld.

Een meetrek aanmerkelijk belang wordt sinds de nieuwe regeling van 2010 uitgesloten<sup>13</sup>, maar een fictief aanmerkelijk belang kwalificeert wel, daar deze, in tegenstelling tot een meetrek aanmerkelijk belang, te allen tijde voortkomt uit een echt aanmerkelijk belang<sup>14</sup>. Daarnaast zou de afrekening over een fictief aanmerkelijk belang tot liquiditeitsproblemen leiden<sup>15</sup>.

Deze argumenten klinken in mijn oren niet erg valide. Liquiditeitsproblemen kunnen zich naar mijn mening net zo goed voordoen bij een meetrek aanmerkelijk belang als bij een fictief aanmerkelijk belang. Daarnaast merkt de Christen Unie<sup>16</sup> naar mijn mening terecht op dat het mogelijk is dat een fictief aanmerkelijk belang voortvloeit uit een meetrek aanmerkelijk belang. Dit kan zich voor doen als aandelen worden verkregen krachtens huwelijksvermogensrecht. Indien één van de partners namelijk een meetrek aanmerkelijk belang had en de aandelen voor de andere (verkrijgende) partner niet op basis van de meetrekregeling als aanmerkelijk belang worden beschouwd, is er sprake van een fictief aanmerkelijk belang indien artikel 4.17 Wet IB 2001 is toegepast<sup>17</sup>. Het argument dat een fictief aanmerkelijk belang altijd voortvloeit uit een echt aanmerkelijk belang snijdt dus geen hout<sup>18</sup>. De vóór 1 januari 2010 geldende regeling had in die zin een rechtvaardiger karakter, doordat er zonder beperkingen werd aangesloten bij het aanmerkelijkbelangbegrip.

---

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 20-21.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21.

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 48.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 48.

<sup>18</sup> Mr. C.G. Dijkstra, "Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?", *WFR* 2011/725.

Aan de medegerechtigdheid van artikel 35c, lid 1, onderdeel b SW 1956 wordt conform artikel 35c, lid 2, SW 1956 de voorwaarde gesteld dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de erflater of schenker gedreven onderneming waarbij de medegerechtigdheid wordt verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.

Lid 4 van artikel 35c SW 1956 stelt nadere eisen aan preferente aandelen. De preferente aandelen kwalificeren alleen indien de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen, de omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander, ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, en de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor tenminste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b.

### *2.3.2. Bezitsvereiste*

Aan de periode voorafgaande aan de schenking en vererving worden eisen gesteld. Zo moet de erflater minimaal één jaar en de schenker minimaal vijf jaar voorafgaande aan de vererving/schenking ondernemer zijn geweest in de zin van artikel 3.4 of 3.5 Wet IB 2001 of medegerechtigde zijn geweest in de zin van artikel 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 (artikel 35d, lid 1, onderdeel a en b SW 1956). Dezelfde termijnen gelden bij een schenking of vererving van aandelen of winstbewijzen waarvoor de schenker/erflater aanmerkelijkbelanghouder was (artikel 35d, lid 1, onderdeel c SW 1956) en voor onroerende zaken die ter beschikking werden gesteld of dienstbaar waren aan de onderneming (artikel 35d, lid 1, onderdeel d SW 1956).

In artikel 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting worden enkele nuanceringen aangebracht in dit bezitsvereiste. Er wordt bijvoorbeeld ook aan de bezitsvereiste voldaan indien de erflater of schenker medegerechtigde is in de zin van artikel 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 en die medegerechtigdheid betrekking heeft op een onderneming die eerder voor rekening van erflater of schenker werd gedreven: indien de periode waarin de onderneming voor rekening

van de erflater of schenker werd gedreven ten minste één jaar, onderscheidenlijk ten minste vijf jaren bedroeg<sup>19</sup>.

De bezitsvereiste is een maatregel om oneigenlijk gebruik van de regeling te voorkomen<sup>20</sup>. Indien geen eis zou worden gesteld aan de periode voorafgaand aan de schenking van bijvoorbeeld aanmerkelijkbelangaandelen zou een belastingplichtige aanmerkelijkbelangaandelen kunnen kopen om deze aandelen in plaats van contanten binnen korte tijd te schenken aan zijn kinderen. Op deze manier zou heffing van schenkbelasting kunnen worden voorkomen.

De bezitsvereiste bij vererving, in tegenstelling tot de bezitsvereiste bij schenking, is mijns inziens een stuk discutabeler. De Wijkerslooth-Lhoëst<sup>21</sup> geeft aan dat de bezitseis bij overlijden tot een overkill kan leiden. Wanneer een belastingplichtige kort na de verkrijging van een onderneming komt te overlijden hebben de erfgenamen geen recht op de toepassing van de BOR. De vraag die gesteld kan worden is waarom er toch een bezitseis geldt in het geval van verkrijging krachtens erfrecht. Het moment van schenking kan door belastingplichtigen zelf worden bepaald, maar het moment van vererving in principe niet (uitzonderingen daar gelaten). Een antimisbruikregeling waarin staat opgenomen dat de BOR niet van toepassing is indien een onderneming is aangekocht in het zicht van overlijden lijkt mij toereikend.

### *2.3.3. Voortzettingseis*

De BOR is een zogeheten “voorwaardelijke” vrijstelling, daar de verkrijger na het verkrijgen van de vrijstelling aan de voortzettingseis moet blijven voldoen. Indien hij dit namelijk niet doet zal de vrijstelling komen te vervallen en zal belastingplichtige alsnog schenk- of erfbelasting verschuldigd zijn.

Deze voortzettingseis is opgenomen in artikel 35e SW 1956. Voor de verkrijging van een (gedeeltelijke) onderneming of een (gedeeltelijke) medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming geldt voor de verkrijger de eis dat hij gedurende een periode van minimaal vijf jaar na het overlijden of de schenking de onderneming voortzet (artikel 35e, lid 1, onderdelen a en b SW 1956). Voor de verkrijging van vermogensbestanddelen als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel c SW 1956 geldt de eis dat deze binnen vijf jaar na de verkrijging niet mogen worden

---

<sup>19</sup> Artikel 9, lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>20</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p.8.

<sup>21</sup> S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, “De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen....”, *WPNR* 2010, 6841, p.340.

vervreemd, omgezet in preferente aandelen, of de aanspraak op toekomstige winsten op een andere wijze worden veranderd en het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben mag niet ophouden winst te genieten uit (een gedeelte van) de onderneming of de medegerechtigdheid (artikel 35e, lid 1, onderdeel c SW 1956). Lid 1, onderdeel d van artikel 35e SW 1956 zegt tot slot dat ter beschikking gestelde onroerende zaken na verkrijging tenminste vijf jaar ter beschikking gesteld, of dienstbaar moeten blijven aan de onderneming.

Indien niet wordt voldaan aan de voortzettingsvereisten vervalt de voorwaardelijke vrijstelling (artikel 35b, lid 6 SW 1956). Ingevolge artikel 25, lid 12, onderdeel c INV 1990 vervalt ook het eventueel verleende uitstel van betaling over het niet-vrijgestelde gedeelte van het ondernemingsvermogen indien niet wordt voldaan aan de voortzettingsvereisten. Daarbij dient opgemerkt te worden dat voor het uitstel van betaling een termijn van tien jaar geldt in plaats van vijf jaar. De onderdelen a en b uit dat zelfde artikel zeggen voorts nog dat dit uitstel van betaling tevens vervalt bij faillissement van de belastingschuldige, of indien de belastingschuldige in de schuldsanering terecht komt.

De omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen is specifiek benoemd als verboden handeling. Dit heeft er mee te maken dat de BOR vereist dat de winstgerechtigdheid in economische zin gedurende de voortzettingsperiode niet mag afnemen<sup>22</sup>.

In artikel 10 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zijn enkele bepalingen opgenomen waarbij het voortzettingsvereiste niet wordt geschonden. Zo is het onder meer niet verboden om een niet in de vorm van een door een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gedreven onderneming met toepassing van artikel 3.65 Wet IB 2001 om te zetten in een wel in zodanige vorm gedreven onderneming, voor zover de onderneming van de vennootschap door de verkrijger wordt voortgezet<sup>23</sup>.

#### *2.4. Doel en strekking*

De kern van de bedrijfsopvolgingsregeling is dat de heffing van schenk- en erfbelasting geen belemmering mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten. In de Memorie van Toelichting wordt dit als volgt omschreven: 'Over de verkrijging van ondernemingsvermogen is de verkrijger schenk- en erfbelasting verschuldigd. De betaling van deze belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien daarvoor liquide middelen aan de onderneming moeten

---

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.46.

<sup>23</sup> Artikel 10, lid 1, onderdeel a Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

worden onttrokken. Om dit te voorkomen bestaan er bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. (...) Kern van de regeling is dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten'<sup>24</sup>. De vrijstelling beoogt daarmee kort gezegd te voorkomen dat ondernemingen gedwongen worden gestaakt of geforceerd moeten worden verkocht als gevolg van de heffing van schenk- en erfbelasting, met name indien de bedrijfsresultaten hier geen aanleiding toe geven. Dit geforceerd verkopen of staken brengt een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit met zich mee<sup>25</sup>. Om die reden kwam de staatssecretaris van Financiën in 1998 met het voorstel om door middel van twee maatregelen een bijdrage te leveren aan de continuïteit van familieondernemingen door de druk van het successierecht en het schenkingsrecht ten gevolge van de overgang van de onderneming te verminderen<sup>26</sup>. De eerste maatregel betrof een verruiming van de op dat moment reeds bestaande uitstel van betalingsregeling en de tweede maatregel betrof een voorwaardelijke vrijstelling van een gedeelte van het successie- of schenkingsrecht dat kon worden toegerekend aan het verkregen ondernemingsvermogen. Deze maatregelen liggen aan de basis van de huidige faciliteit.

Het doel van de BOR is vaker aan de orde gekomen in de parlementaire geschiedenis. Zo gaf de staatssecretaris van Financiën als argument voor de verhoging van het vrijstellingspercentage naar 50% in 2005 het volgende aan: 'Door verschillende organisaties is in de oriënterende gesprekken aandacht gevraagd voor het als een knelpunt ervaren schenkings- en successierecht bij een bedrijfsoverdracht.'<sup>27</sup> 'Gedachte daarachter is dat het schenkings- en successierecht veelal niet uit het privévermogen kan worden gefinancierd en daardoor ten laste van het eigen vermogen van een (familie-) onderneming komt. Met een verhoging van de vrijstelling tot 50% van de waarde van de onderneming wordt een aanzienlijke handreiking geboden om mogelijke liquiditeitsproblemen die zouden leiden tot een aantasting van het ondernemingsvermogen, te vermijden(...)'<sup>28</sup>.

Ook bij de voorgestelde verhoging van het percentage naar 90% - welke overigens nooit is ingevoerd - haalt de staatssecretaris van Financiën het doel van de huidige regeling en het belang van de continuïteit nog eens als volgt aan: 'De kern van de bedrijfsopvolgingsregeling is dat de heffing van schenk- en erfbelasting geen belemmering mag vormen voor reële

---

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

<sup>27</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën aan Tweede Kamer 12 juli 2004, nr. WDB 2004-420M B, "Bedrijfsoverdracht: continuïteit door fiscaliteit", V-N 2004/37.7.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 3, p. 17-18.

bedrijfsoverdrachten. Uit overleg met diverse maatschappelijke organisaties heeft mij het signaal bereikt dat de huidige faciliteit toch als belemmerend wordt ervaren. De verhoging van het vrijgestelde percentage naar 90% moet hier een eind aan maken<sup>29</sup>. In de hiervoor aangehaalde passages komt het doel van de BOR duidelijk naar voren. Of de BOR doeltreffend en doelmatig uitwerkt behandel ik in paragraaf 2.6. Alvorens ik dat doe behandel ik in de volgende paragraaf enkele kritiepunten van de BOR die in de literatuur naar voren komen.

### *2.5. Kritiek op de regeling*

De (voorwaardelijke) vrijstelling is, zoals hierboven behandeld, in de loop der jaren enorm verruimd. Een vraag die dan ook regelmatig valt is of de regeling zijn doel niet voorbij is geschoten. Daarnaast heeft ook lange tijd de vraag gespeeld of de BOR niet discriminerend is. De Hoge Raad<sup>30</sup> heeft op 22 november 2013 echter beslist dat de BOR niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en daarmee dus niet discriminerend is.

In de vorige paragraaf heb ik aangegeven dat de staatssecretaris van Financiën mogelijke liquiditeitsproblemen als rechtvaardiging aanhaalt voor de BOR. Ondanks dat de staatssecretaris van Financiën deze liquiditeitsproblemen als argument blijft aanvoeren heeft hij nooit onderzoek laten doen in hoeverre er inderdaad sprake is van liquiditeitsproblemen bij bedrijfsopvolgingen. Hoogeveen<sup>31</sup> heeft op basis van een dossieronderzoek bij de Belastingdienst onderzocht of nalatenschappen voldoende middelen bevatten om de erfbelasting te voldoen. Uit dat onderzoek, dat de jaren 2002-2005 betreft, kwam naar voren dat slechts in 31% van de gevallen sprake was van onvoldoende vrije middelen om de erfbelasting te kunnen betalen. Zoals ik al aangaf heeft Hoogeveen enkel gekeken of de nalatenschappen voldoende middelen bevatten om de erfbelasting te betalen en heeft zij niet gekeken of de voortzetters de erfbelasting uit eigen middelen konden betalen. Indien dit ook meegenomen zou worden in het onderzoek zou het percentage volgens Hoogeveen nog lager kunnen uitvallen<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 18.

<sup>30</sup> Hoge Raad 22 november 2013, nr. 13/01154, V-N 2013/59.12.

<sup>31</sup> M.J. Hoogeveen (2011), "Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling", dissertatie Tilburg University, paragraaf 14.3.2.

<sup>32</sup> M.J. Hoogeveen (2011), "Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling", dissertatie Tilburg University, paragraaf 14.3.2.4.

Hoogeveen en Vernooij<sup>33</sup> hebben in 2010, aan de hand van het financieringsmodel van Edward Altman, een evaluatie gemaakt van de huidige BOR. Uit deze evaluatie kwam onder andere naar voren dat bedrijfsoverdrachten krachtens schenking of vererving juist minder begeleiding nodig hebben dan bedrijfsoverdrachten waaraan geen schenking of vererving ten grondslag ligt. Hieruit valt af te leiden dat de wetgever de grootste faciliteiten verleent aan de groep ondernemingen die dat het minst nodig hebben. Hierdoor kan de rechtvaardiging van de faciliteit dan ook zeker in twijfel getrokken worden. Een ander kritiekpunt is dat de voortzettingseis in sommige gevallen er voor zal zorgen dat niet rendabele ondernemingen onnodig minimaal vijf jaren worden voortgezet. Indien ze deze vijf jaren namelijk niet vol maken zal de vrijstelling komen te vervallen en zal alsnog schenk- of erfbelasting verschuldigd zijn. Daarnaast geven zij aan dat de overdracht binnen de familie wordt gestimuleerd terwijl dit om bedrijfseconomische redenen niet steeds de beste opvolging is.

Hoogeveen en Vernooij zijn overigens niet de enigen die kritiek hebben geuit op de regeling. Zo merkte Stevens op dat er tot dan toe namelijk nog geen gegevens zijn waaruit blijkt dat de betaling van erf- en schenkbelasting daadwerkelijk een fiscale belemmering vormt voor de bedrijfsopvolging<sup>34</sup>. Hoogwout geeft aan dat het vreemd is dat de staatssecretaris van Financiën de hoogte van de vrijstellingen in de loop der jaren enorm heeft opgeschroefd, te weten van 25% naar 100%, zonder dat hij één keer heeft onderbouwd in welke mate de erf- en schenkbelasting daadwerkelijk een belemmering vormen voor de bedrijfsopvolging<sup>35</sup>.

Dit laatste rijmt met wat er uit de kamerstukken naar voren komt. In 2004 zeiden de staatssecretaris en minister van Financiën met betrekking tot de verhoging van het vrijstellingspercentage van 30% naar 50% het volgende: 'Desalniettemin hebben wij de indruk dat de liquiditeitsproblemen die ten gevolge van de heffing van successie- of schenkingsrecht bij bedrijfsopvolging kunnen ontstaan met deze verhoging in voldoende mate zijn weggenomen. Een verdere verhoging of zelfs een volledige vrijstelling zou, nog afgezien van de andere ongewenste neveneffecten, naar ons oordeel over zijn doel heen schieten'<sup>36</sup>. In het verlengde hiervan gaf de Raad van State aan dat de grens waarbij de faciliteit nog recht doet aan zijn doelstelling (voorkomen van continuïteitsproblemen bij de onderneming) reeds is overschreden

---

<sup>33</sup> Hoogeveen, M.J. en Vernooij, M.P.M., "Effectiviteit van de bedrijfsopvolgingsregelingen beoordeeld aan de hand van Altman", *WFR* 2010/1594.

<sup>34</sup> Stevens, S.A. (2010), De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting, *TFO* 2010/25.

<sup>35</sup> Hoogwout, T.C. (2009), "Voorstel tot wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet", *FTV* 2009/28.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 14, p.38.



bij de verhoging van 50 naar 75%<sup>37</sup>. Daarnaast zegt de Raad dat de continuïteitsdreiging die veroorzaakt zou worden door het onttrekken van liquide middelen aan de onderneming niet langer als leidende verklaring kan worden gezien voor het onbelast over laten gaan van ondernemingsvermogen<sup>38</sup>.

Het feit dat de staatssecretaris en de minister van Financiën zeiden dat een verdere verhoging (dan 50%) naar hun mening het doel van de regeling voorbij zou schieten, in combinatie met de uitspraak van de Raad van state waarin wordt gezegd dat de grens waarbij de faciliteit nog recht doet aan zijn doelstelling reeds is overschreden bij de verhoging van 50 naar 75%, spreekt naar mijn mening niet in het voordeel voor de rechtvaardiging van de huidige BOR. De BOR zoals die nu in de wet is opgenomen betreft namelijk - zoals eerder aangehaald - een voorwaardelijke vrijstelling tot wel 100% van het ondernemingsvermogen. In de volgende paragraaf ga ik nader in op de rechtvaardiging van de BOR als ik de doelmatigheid en de doeltreffendheid van de BOR behandel.

Ook Tigelaar-Klootwijk is in haar dissertatie op bepaalde punten kritisch over de BOR. Zo geeft zij aan dat ze een faciliteit bij schenking van een IB-onderneming of aanmerkelijk belang-aandelen afwijst. Naar haar mening is het niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Een schenking kan worden gepland, waardoor de schenker een bewuste keuze maakt om aanmerkelijk belang-aandelen of een onderneming te schenken. Ook als de overdrager zou beslissen om niet over te dragen indien er geen faciliteit bij schenking zou gelden, is het volgens Tigelaar-Klootwijk niet aan de overheid om in te grijpen. Het is daarbij niet relevant of er middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Het is aan de schenker om de schenkbelasting voor zijn rekening te nemen indien de begiftigde niet in staat is deze te betalen. Mocht ook de schenker daartoe niet in staat zijn kan de overdracht ook gedeeltelijk tegen schuldigerkenning plaatsvinden. Tigelaar-Klootwijk geeft vanuit een neutraliteitsoogpunt als tegenargument aan dat personen zonder een faciliteit bij schenking ertoe worden verleid om de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden. Dit verstoort de belastingheffing, hetgeen niet wenselijk is<sup>39</sup>.

Ik ben het met Tigelaar-Klootwijk eens dat het moment van schenken een bewuste keuze van de schenker is. In die zin is een faciliteit bij schenking minder gerechtvaardigd dan bij vererving.

---

<sup>37</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 3.

<sup>38</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 4, p. 3.

<sup>39</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 290-291.

Het moment van overlijden kan immers, in tegenstelling tot het moment van schenking, niet worden gepland (enkele uitzonderingen daargelaten). Toch ben ik van mening dat er geen onderscheid gemaakt moet worden tussen vererving of schenking als het gaat om de toepassing van de BOR. Belastingen moeten zo min mogelijk de keuze van belastingplichtigen verstoren. Indien er wel een vrijstelling is bij vererving, maar niet bij schenking, valt er te verwachten dat er in de praktijk (te) vaak wordt gewacht tot het moment van overlijden. Waarom zou een belastingplichtige immers schenkbelasting betalen over de schenking van een onderneming, als die zelfde onderneming nagenoeg zonder belastingheffing overgaat bij overlijden.

Burgerhart en Hoogeveen hebben in 2009 een onderzoek gedaan onder fiscalisten met de vraag of zij van mening zijn dat een ruime uitstel van betalingsregeling voldoende zou zijn om de continuïteit van de onderneming te waarborgen bij overdracht. Uit dat onderzoek bleek dat 65% van de fiscalisten aangaf dat een ruime uitstel van betalingsregeling toereikend zou zijn om de continuïteit te waarborgen<sup>40</sup>. Een kleine kanttekening die ik hierbij wil maken is dat er een subjectief aspect aan dit onderzoek zit. Fiscalisten, als belangenbehartigers van belastingplichtigen, hebben er doorgaans belang bij dat hun cliënten zo min mogelijk belasting moeten betalen. Des te opvallender is het mijns inziens dat zoveel fiscalisten pleiten voor een betalingsfaciliteit. Daarbij komt nog eens dat – indien dit subjectieve aspect inderdaad een rol heeft gespeeld - bij afwezigheid van dit subjectieve aspect het percentage mogelijkerwijs nog hoger was uitgevallen.

Jacobs<sup>41</sup> komt met een economische benadering van de belasting op erfenissen. Hij zegt dat het economisch gezien niet verstandig is om vermogen dat wordt verkregen krachtens vererving niet te belasten. Erfenissen zijn bronnen van inkomen waarvoor geen economische inspanning is verricht. Een belasting op deze verkrijgingen verstoort daarom het economische gedrag niet. Deze economische benadering zou naar mijn mening ook op moeten gaan voor schenkingen aangezien daar evenmin economische inspanning voor is verricht. Indien ik deze benadering van Jacobs vervolgens toepas op de BOR kom ik tot de conclusie dat de BOR economisch gezien geen goede faciliteit is. Erfenissen en schenkingen in de vorm van ondernemingsvermogen worden door toedoen van de BOR niet of nauwelijks belast terwijl dit economisch gezien wel wenselijk is. Economisch wenselijk zou dus zijn de erfenissen en schenkingen wel te belasten en met de opbrengsten die hieruit voortkomen het tarief van belastingen die wel versturend werken voor de economie, bijvoorbeeld belastingen op arbeid, te verlagen.

---

<sup>40</sup> Burgerhart, W.; Hoogeveen, M.J. en Egger, J.I.M. (2009), "Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; Een praktijkonderzoek", Tilburg: BDO Camps Obers.

<sup>41</sup> Jacobs, B. (2008), "De prijs van gelijkheid", Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker, p. 183.

Alles bij elkaar is er dus voldoende kritiek geuit op de BOR en zou gesteld kunnen worden dat de BOR zijn doel is voorbijgeschoten. In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in bij de behandeling van de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling.

## *2.6. Nadere beschouwing van de BOR*

Het doel van de regeling heb ik reeds in paragraaf 2.4 uitgebreid behandeld. Kort samengevat is het doel dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd voortgezet kan worden. Deze economische bedrijvigheid kan in gevaar komen omdat de schenk- en erfbelasting tot liquiditeitsproblemen kunnen leiden als de middelen om de belasting te voldoen aan de onderneming onttrokken moeten worden. Zoals beschreven in paragraaf 2.2 is, onder voorwaarden, de verkrijging van ondernemingsvermogen tot een bedrag van 1.045.611 euro geheel vrijgesteld. Daarboven geldt een vrijstelling van 83%. Voor de overige 17% van het ondernemingsvermogen wordt rentedragend uitstel van betaling verleend.

Tigelaar-Klootwijk heeft in haar dissertatieonderzoek aan de Erasmus Universiteit Rotterdam geconcludeerd dat de BOR in zijn huidige vorm doeltreffend uitwerkt als het gaat om het voorkomen dat middelen uit de onderneming moeten worden gehaald om de belasting te voldoen. Zij omschrijft dit als volgt: 'Niet kan worden ontkend dat met een vrijstellingsfaciliteit de liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing worden weggenomen. In die zin is de conclusie dat de faciliteit doeltreffend is. Dit geldt eveneens voor het gedeelte waarvoor uitstel van betaling wordt gekregen'<sup>42</sup>. Aan de andere kant geeft ze Hoogeveen gelijk dat de faciliteit niet doeltreffend is als het gaat over het punt dat de overheid een groep bevoordeelt die dat minder nodig heeft. 'Het zijn de kopers van ondernemingen die, beoordeeld op basis van de financiële positie, een faciliteit nodig hebben'<sup>43</sup>.

In het kader van doelmatigheid gaf Rijkers aan dat de BOR niet doelmatig is om het feit dat er niet aangetoond dient te worden dat daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem. Hierdoor bestaat de kans dat belastingplichtigen gebruik maken van de faciliteit ondanks dat ze deze niet nodig hebben. Dit geldt eveneens voor de invorderingsfaciliteiten van artikel 25, lid 12 en lid 13 INV 1990<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 326.

<sup>43</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 295.

<sup>44</sup> A.C. Rijkers, "Berlusconiaanse wetgeving", *NTFR* 2009/2031.

Tigelaar-Klootwijk toetst in haar dissertatie de BOR ook op doelmatigheid. Net als Rijkers haalt zij het punt aan dat belastingplichtigen gebruik kunnen maken van de BOR zonder dat er sprake is van liquiditeitsproblemen. 'Ook leidt de dubbele structuur (100% vrijstelling ondernemingsvermogen tot een bedrag van inmiddels 1.028.132<sup>45</sup> euro in combinatie met de 83%-vrijstelling voor het restant van het ondernemingsvermogen) tot ingewikkelde berekeningen'<sup>46</sup>. Voor 2001 was dit anders, want toen bedroeg de vrijstelling nog een vast percentage van het ondernemingsvermogen. De staatssecretaris van Financiën heeft in een brief aangegeven dat dat hem signalen uit de praktijk hebben bereikt dat de dubbele structuur voor problemen zorgt<sup>47</sup>. Ondanks deze signalen hebben zich sindsdien geen veranderingen voorgedaan in de dubbele structuur.

Daarnaast geeft Tigelaar-Klootwijk aan dat de beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen doelmatig is indien op het eerste gezicht duidelijk is dat er weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt volgens haar echter niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren<sup>48</sup>.

Voorts maakt volgens Tigelaar-Klootwijk de uitsluiting van verschillende aandelenbelangen (bijvoorbeeld de meetrek aanmerkelijk belangen) de regeling onnodig gecompliceerd<sup>49</sup>. Immers verkeert de belastingplichtige onnodig lang in onzekerheid of voldaan is aan het voortzettingsvereiste<sup>50</sup>. Tigelaar-Klootwijk is dan ook van mening dat de BOR in zijn huidige vorm niet doelmatig uitwerkt. Daarnaast is zij van mening dat de BOR een te ruime werking heeft omdat onder andere – zoals hiervoor aangehaald - ook van de faciliteit gebruik kan worden gemaakt indien er geen sprake is van liquiditeitsproblemen. De regeling gaat daarmee naar haar mening dan ook verder dan nodig is om het doel te bereiken. Zij vindt dat gekozen zou moeten worden voor een faciliteit die direct aansluit bij het liquiditeitsprobleem als gevolg van

---

<sup>45</sup> Dit bedrag is reeds verhoogd tot 1.045.611 euro.

<sup>46</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 347.

<sup>47</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2010, Kamerstukken I 2010/11, 32 504, nr. G, blz. 4.

<sup>48</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 353.

<sup>49</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 348.

<sup>50</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 349.

de overdracht voortvloeiende belasting<sup>51</sup>. Hiervoor stelt zij voor om invorderingsfaciliteiten in te voeren. Invorderingsfaciliteiten – mits juist vormgegeven – kunnen naar haar mening bij uitstek als instrument dienen om eventuele uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen<sup>52</sup>.

Een ander nadeel van de BOR schuilt in het feit dat voor de toepassing van de BOR wordt aangesloten bij het begrip ‘objectieve onderneming’. Heithuis<sup>53</sup> gaf aan dat belastingplichtigen hier op kunnen anticiperen. Het is voor een directeur-groootaandeelhouder mogelijk om in het zicht van schenking of vererving een waardevolle bv te splitsen, dan wel een holdingstructuur te ontmantelen<sup>54</sup>. Indien de directeur-groootaandeelhouder deze losse bv’s in privé houdt en dus niet door middel van een holding, kan hij meerdere malen gebruik maken van de voorwaardelijke vrijstelling van 1.045.611 euro. Op het niveau van de natuurlijk persoon wordt, in tegenstelling tot op het niveau van de holding, namelijk niet geconsolideerd.

Tot slot wil ik nog aanhalen dat enkele kritiekpunten die ik in paragraaf 2.5 heb behandeld eveneens pleiten voor de stelling dat de BOR in zijn huidige vorm niet doelmatig is. Met name de passage uit de kamerstukken waarin de staatssecretaris van Financiën en de minister zeggen dat bij de verhoging van het vrijstellingspercentage van 30% naar 50% de liquiditeitsproblemen in voldoende mate zijn weggenomen en dat een verdere verhoging naar hun oordeel het doel voorbij zou schieten, is naar mijn mening een goed voorbeeld. Op basis van die uitspraak kan worden geconcludeerd dat onnodig veel (ondernemings-) vermogen voorwaardelijk wordt vrijgesteld, waardoor de staatskas grote bedragen aan schenk- en erfbelasting misloopt.

## *2.7. Conclusie/samenvatting*

Ik heb in dit hoofdstuk de BOR behandeld aan de hand van de volgende deelvraag: *Wat houdt de BOR in en hoe werkt deze uit?* Voor de toepassing van de BOR dient een belastingplichtige zich aan een aantal voorwaarden te houden. Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in de artikelen 35c, 35d en 35e SW 1956. Zo dient er sprake te zijn van ondernemingsvermogen, er dient voldaan te worden aan de bezitstermijn en de verkrijger moet zich houden aan de voortzettingseis. Indien aan de drie voorwaarden is voldaan wordt de eerste 1.045.611 euro aan

---

<sup>51</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), “Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen”, dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 359.

<sup>52</sup> Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), “Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen”, dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 362-363.

<sup>53</sup> E.J.W. Heithuis, “Een ongelukkig amendement”, *WFR* 2010/348.

<sup>54</sup> Zie ook Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2013), “Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen”, dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam, p. 334.

ondernemingsvermogen vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. Het meerdere wordt voor 83% vrijgesteld. Voor het deel waarover wel schenk- of erfbelasting verschuldigd is kan een beroep op uitstel van betaling gedaan worden. Uitstel van betaling van tien jaren wordt verleend indien zich geen situatie voordoet zoals vermeld in artikel 25, lid 12 INV 1990.

In de loop der tijd is er voldoende aangemerkt op de BOR. De vraag of de faciliteit zijn doel niet voorbijstreeft is in mijn ogen dan ook geen loze vraag. Het doel van de regeling is om de fiscale belemmeringen weg te nemen bij bedrijfsopvolgingen krachtens schenking of vererving. Indien bij schenking of vererving belasting betaald dient te worden en er liquide middelen uit de onderneming onttrokken moeten worden, kan dit de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen.

Ik kan mezelf goed vinden in het feit dat de wetgever bedrijfsopvolgingen wil faciliteren en dat belastingheffing de bedrijfsopvolging niet in de weg mag staan. Samen met Tigelaar-Klootwijk ben ik van mening dat de huidige BOR doeltreffend is. Overigens denk ik wel dat de regeling in zijn huidige vorm wel erg riant is en daarmee zijn doel voorbyschiet. Wat mij daarbij het meest in het oog springt is het feit dat de staatssecretaris van Financiën de continuïteit van de ondernemingen als reden aanvoert, terwijl hij nooit heeft laten onderzoeken of de continuïteit van deze ondernemingen inderdaad in gevaar wordt gebracht. Daarnaast is de opmerking van de staatssecretaris en de minister van Financiën dat de BOR met een verdere verhoging dan 50% zijn doel voorbij zou schieten wel erg tegenstrijdig met de hoogte van de vrijstelling zoals we die nu kennen. De regeling is evenwel niet doelmatig om het feit dat hij onnodig gecompliceerd is door de uitsluiting van verschillende aandelenbelangen en de belastingplichtige onnodig lang in onzekerheid verkeert door de voortzettingseis.

Het feit dat de huidige regeling dusdanig riant is brengt met zich mee dat belastingplichtigen er alles aan zullen doen om bij de verhuur van onroerende zaken hun vermogen als ondernemingsvermogen, dat door de wetgever zo gunstig wordt behandeld, gekwalificeerd te krijgen<sup>55</sup>. Dit geeft gelijk het belang aan van de kwalificatie van een onderneming. De definitie van een onderneming behandel ik in het volgende hoofdstuk. Daarbij behandel ik het onderscheid tussen de verschillende inkomenscategorieën waarbinnen de verhuur van vastgoed belast kan worden.

---

<sup>55</sup> J.L.M. Gribnau, "Respect voor het recht: de koninklijke weg", *NTFR* 2013/444.

## **Hoofdstuk 3: WuO, ROW of beleggen**

### *3.1. Inleiding*

In deze thesis behandel ik de kwalificatie van de verhuur van vastgoed. Bij de verhuur van vastgoed zijn er drie bronnen van inkomen mogelijk. De verhuur van vastgoed kan namelijk kwalificeren als een belegging (box 3), als winst uit onderneming (box 1), of het valt onder de restcategorie resultaat uit overige werkzaamheid (box 1). In dit hoofdstuk geef ik op hoofdlijnen door middel van literatuur en jurisprudentie aan wat deze bronnen van inkomen inhouden. Daarbij geef ik aan wanneer inkomen tot een bepaalde bron behoort. Ik spits mij in dit hoofdstuk zo min mogelijk toe op de verhuur van vastgoed, want dat komt aan de orde in het volgende hoofdstuk waarin ik de jurisprudentie behandel. In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *Wat is het onderscheid tussen winst uit onderneming, beleggen en resultaat uit overige werkzaamheid?*

Om te beginnen behandel ik de vraag wanneer er sprake is van een bron van inkomen en behandel ik de rangorderegeling. Daarna maak ik een onderscheid tussen beleggen (box 3) en niet beleggen (box 1). Wanneer dat onderscheid duidelijk is maak ik binnen box 1 nog een onderscheid tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid. Bij de behandeling van winst uit onderneming komt de definitie van een onderneming uit de inkomstenbelasting uitvoerig aan bod. Deze definitie is voor dit onderzoek erg van belang daar het feit er voor de toepassing van de BOR in de successiewet wordt aangesloten bij de definitie van een onderneming uit de inkomstenbelasting.

### *3.2. Bron van inkomen*

Alvorens ik überhaupt een onderscheid tussen en binnen de verschillende boxen kan maken zal ik vanuit de traditionele benadering eerst moeten beoordelen of er sprake is van een bron van inkomen. Indien er namelijk geen bron van inkomen is komen we niet toe aan deze etikettering. Om te spreken van een bron van inkomen dient er aan een drietal eisen te zijn voldaan. Deze eisen betreffen de volgende:

1. Er moet sprake zijn van deelname aan het economische verkeer;
2. De belastingplichtige moet voordelen hebben beoogd;

3. Deze voordelen moeten redelijkerwijs objectief te verwachten zijn<sup>56</sup>.

De meeste activiteiten waarbij voordelen worden beoogd worden in het economische verkeer verricht. Activiteiten die geen deelname aan het economische verkeer vormen zijn activiteiten die zijn gericht op besparingen in de privé-uitgaven. Voordelen die daarmee worden behaald vallen dus niet onder de belaste inkomenssfeer. Traditionele voorbeelden van activiteiten die buiten het economische verkeer worden verricht zijn het groentetuintje voor eigen gebruik of de kapper die zijn eigen kinderen knipt<sup>57</sup>. Ook in de jurisprudentie zijn er vele arresten verschenen over de vraag of een bepaalde activiteit is verricht in het economische verkeer. Enkele voorbeelden zijn:

- Criminele activiteiten worden wel in het economische verkeer verricht<sup>58</sup>;
- Particulieren die zelf (mee-) bouwen aan een voor zelfbewoning bestemde woning verrichten dit niet in het economische verkeer, mits de bouw niet plaatsvindt in het kader van een onderneming, of in nauwe samenhang daarmee<sup>59</sup>.

Het element “voordeel beogen” tracht voordelen die hun oorsprong vinden in bijvoorbeeld liefhebberijen en vriendschaps- en familiebanden buiten aanmerking te houden van de inkomstenbelasting. Daarnaast zorgt het dat negatieve resultaten met betrekking tot liefhebberijen en hobby's niet in mindering gebracht kunnen worden. Het klassieke voorbeeld is het vriendendienstarrest<sup>60</sup>. In dat arrest verstreekte belanghebbende een goede raad aan zijn broer zonder het oogmerk daar een beloning voor te krijgen. Toen belanghebbende later toch een beloning kreeg van zijn broer was dit volgens de Hoge Raad niet belast. Een ander voorbeeld is een arrest van Hof Arnhem<sup>61</sup> waar het ging om een studente die voor haar hobby meedeed aan atletiekwedstrijden. In 1979 had zij zich verbonden aan een handelsonderneming waarbij de studente bij elke wedstrijd en dergelijke kleding moest dragen van het door die onderneming gevoerde merk. De studente kreeg hier 3.000 euro voor. Het Gerechtshof heeft geoordeeld dat dit geen bron van inkomen was, omdat de studente de sport niet bedrijft met het oogmerk geldelijk voordeel te behalen.

---

<sup>56</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, “Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014”, Kluwer: Deventer, p. 112.

<sup>57</sup> L.G.M. Stevens, “Fiscale Handboeken: Inkomstenbelasting 2001”, Kluwer: Deventer 2014, p. 94-95.

<sup>58</sup> Hoge Raad 24 juni 1992, nr. 27 327, *BNB* 1993/18.

<sup>59</sup> Hoge Raad 19 april 1978, nr. 18 805, *BNB* 1978/132.

<sup>60</sup> Hoge Raad 25 januari 1933, *B.* 5365.

<sup>61</sup> Hof Arnhem 27 juni 1983, nr. 645/1982, *BNB* 1985/9.



Het subjectieve element dat zegt dat er voordeel beoogd dient te worden lijkt in de loop der jaren aan kracht te hebben ingeboet, daar de jurisprudentie steeds meer waarde lijkt te hechten aan objectieve elementen<sup>62</sup>. Dit zien we bijvoorbeeld terugkomen in het zogenaamde proefpersonenarrest<sup>63</sup>. In dit arrest heeft de Hoge Raad beslist dat vergoedingen die worden uitgekeerd aan mensen die meewerken aan medische proeven een bron van inkomen vormen. De Hoge Raad gaf daarbij aan dat er inkomen uit andere arbeid<sup>64</sup> genoten kan worden zonder dat daarvoor handelingen zijn verricht of enige deskundigheid of hoedanigheid is vereist en dat daarvoor het beogen of verwachten van voordeel evenmin van belang is. In het later hierop steunende arrest van de Hoge Raad van 14 april 1993<sup>65</sup> geeft de Hoge Raad echter een nuancering aan deze interpretatie. Rechtsoverweging 3.3. van voornoemd arrest luidt namelijk als volgt:

*‘Het Hof heeft deze gevolgtrekking mede doen steunen op zijn oordeel dat uit het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 1990, nr. 26 142, BNB1990/329 zou volgen dat voor de vraag of voordelen uit niet in dienstbetrekking verrichte werkzaamheden en diensten zijn aan te merken als inkomsten in de zin van artikel 22, lid 1, aanhef en letter b, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, niet van belang is of met die werkzaamheden of diensten een voordeel wordt beoogd en redelijkerwijs kan worden verwacht. Zo algemeen gesteld is dit oordeel niet juist. De vraag of een belastingplichtige met door hem verrichte werkzaamheden of diensten een voordeel beoogt, en redelijkerwijs kan verwachten dat deze hem - zij het in de toekomst - positieve zuivere opbrengsten kunnen opleveren, is wel van belang als het gaat om de afgrenzing van activiteiten in de sfeer van de verwerving van inkomsten tegenover activiteiten die, als voorzienbaar blijvend verliesgevend, in de sfeer van besteding van inkomen moeten worden geplaatst. Ook is die vraag van belang bij de afbakening van belaste transacties in de vermogenssfeer tegenover louter speculatieve transacties. De vraag of een voordeel is beoogd kan daarnaast ook een rol spelen in die gevallen waarin weliswaar diensten of werkzaamheden in het economische verkeer zijn verricht doordat de belastingplichtige buiten de gezins sfeer is getreden, maar de behaalde voordelen niettemin buiten het inkomen dienen te blijven omdat zij in de persoonlijke sfeer liggen’.*

Het objectief kunnen verwachten van voordelen kan zowel gevolgen hebben voor de opbrengsten als voor de kosten. Indien het namelijk redelijkerwijs objectief niet te verwachten is

<sup>62</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, “Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014”, Kluwer: Deventer, p. 113.

<sup>63</sup> Hoge Raad 3 oktober 1990, nr. 26 142, BNB 1990/329.

<sup>64</sup> Dit is de voorganger van resultaat uit overige werkzaamheid.

<sup>65</sup> Hoge Raad 14 april 1993, nr. 28 847, BNB 1993/203.

dat bepaalde activiteiten voordelen zullen opleveren is er geen sprake van een bron van inkomen. Hierdoor worden de eventuele opbrengsten niet belast, maar misschien nog wel belangrijker is dat de kosten niet voor aftrek in aanmerking komen. Een voorbeeld waarbij de Hoge Raad heeft geoordeeld dat belanghebbende niet redelijkerwijs kon verwachten dat zijn activiteiten in de toekomst positieve opbrengsten zouden opleveren is het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 1997<sup>66</sup>. In dit arrest ging het om een huisarts die in zijn vrije tijd een nieuwe type boot ontwikkelde. Met deze nieuwe type boot deed hij mee aan de Hiswa, ontving een subsidie en onderhield contacten met producenten. De huisarts had aanzienlijke kosten gemaakt met het ontwerpen van de nieuwe type boot. Doordat de huisarts echter totaal niet technisch of commercieel was onderlegd en hij geen specifieke kennis op het gebied van botenbouw had, heeft hij uiteindelijk geen boten verkocht. De huisarts wilde de kosten in aftrek brengen, maar de Hoge Raad heeft beslist dat het niet redelijkerwijs te verwachten was dat de activiteiten positieve opbrengsten zouden opleveren en dat er dus geen sprake was van een bron van inkomen. De huisarts mocht de kosten om die reden niet in aftrek brengen.

Voor het inkomen uit sparen en beleggen (box 3) heeft de bronvraag haar relevantie verloren. 'Uitgangspunt bij het inkomen uit sparen en beleggen is namelijk dat in beginsel alle bezittingen minus schulden van een belastingplichtige, die in economische zin waarde vertegenwoordigen, voor zover zij niet al zijn begrepen in de box voor werk en woning of aanmerkelijk-belang-box, onder de reikwijdte van de vermogensrendementsheffing vallen. Of zij ook feitelijk rendement opleveren, is daarbij niet langer van belang'<sup>67</sup>. De enige reden waarvoor de bronvraag voor box 3 nog van belang is betreft de behandeling van roerende zaken. Roerende zaken vallen niet onder de vermogensrendementsheffing indien zij voor persoonlijk gebruik of verbruik dienen. Dit is anders indien de roerende zaken als belegging dienen.

### *3.3. Rangorderegeling*

In artikel 2.14 van de Wet IB 1964 is de rangorderegeling opgenomen. Dit artikel zegt dat: *'Indien een voordeel op grond van meer dan een hoofdstuk, afdeling of paragraaf als bestanddeel, al dan niet vrijgesteld, van een van de belastbare inkomens zou kunnen worden aangemerkt, wordt het voordeel uitsluitend op grond van het eerste opgenomen hoofdstuk of de als eerste opgenomen afdeling of paragraaf aangemerkt als bestanddeel van het*

---

<sup>66</sup> Hoge Raad 8 juli 1997, nr. 32 309, *BNB* 1997/314.

<sup>67</sup> L.G.M. Stevens, "Fiscale Handboeken: Inkomstenbelasting 2001", Kluwer: Deventer 2014, p. 92.

*desbetreffende belastbare inkomen*'. Met het woord voordeel worden zowel positieve als negatieve voordelen bedoeld.

In de praktijk kunnen op bepaalde voordelen meerdere wettelijke bepalingen van toepassing zijn. Indien een bepaald voordeel kenmerken heeft van winst, maar tevens als loonbestanddeel kan worden beschouwd, zal dit voordeel op basis van de volgorde van de wet uitsluitend als winst gekwalificeerd kunnen worden. Een eenvoudig voorbeeld is de aanmerkelijkbelanghouder die een dividenduitkering ontvangt. Dit dividend voldoet zowel aan de regels voor inkomen uit aanmerkelijk belang als aan de regels voor voordelen uit sparen en beleggen. De rangorderegeling bepaalt in deze situatie dat de volgorde waarin de bepalingen in de wet zijn opgenomen doorslaggevend is en dat het dividend dus als inkomen uit aanmerkelijk belang moet worden beschouwd. De aanmerkelijkbelangaandelen behoren daardoor niet tot de grondslag van box 3.

De rangorderegeling vindt echter geen toepassing indien de wet voor bepaalde inkomsten een uitdrukkelijke regeling geeft voor de situering van inkomsten of vermogensbestanddelen. Een voorbeeld dat de auteurs van de cursus belastingrecht aanhalen is dat een overbedelingsschuld op basis van artikel 5.4, lid 1 Wet IB 2001 in box 3 is geplaatst. Daarbij is het irrelevant of die overbedelingsschuld bijvoorbeeld betrekking heeft op ondernemingsvermogen, wat namelijk zou impliceren dat de overbedelingsschuld in box 1 in aanmerking genomen zou moeten worden<sup>68</sup>.

### *3.4. Inkomen uit sparen en beleggen*

Onder de Wet IB 1964 werden de inkomsten uit privévermogen in het inkomen betrokken naar het werkelijk ontvangen bedrag. Dit inkomen werd dan belast tegen een progressief tarief. Bij de invoering van de Wet IB 2001 is er voor het inkomen uit sparen en beleggen veel veranderd. De wet maakt zich sinds die tijd los van de realiteit, doordat de inkomsten uit privévermogen worden gesteld op een forfaitair bedrag van 4% van de waarde in het economische verkeer van het vermogen. Deze vorm van belasting heffen is erg uniek in de wereld. Geen van de ontwikkelde landen kent een dergelijke forfaitaire heffing over vermogensinkomsten<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, "Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014", Kluwer: Deventer, p.98.

<sup>69</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, "Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014", Kluwer: Deventer, p.1593.

Sinds 1 januari 2010 is de terminologie als volgt: het voordeel uit sparen en beleggen wordt gesteld op 4% van de grondslag van sparen en beleggen<sup>70</sup>. Deze grondslag wordt gesteld op de rendementsgrondslag aan het begin van het kalenderjaar voor zover die rendementsgrondslag meer bedraagt dan het heffingsvrije vermogen. Het heffingsvrije vermogen is in 2014 gesteld op 1.139 euro<sup>71</sup>. De rendementsgrondslag is op haar beurt gedefinieerd in artikel 5.3, lid 1 Wet IB 2001 en luidt als volgt: De rendementsgrondslag is de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden. In lid 2 van het zelfde artikel staat vervolgens een opsomming van wat er allemaal tot de bezittingen behoort. In lid 3 staat een zelfde opsomming, maar dan voor de schulden.

Uniek aan deze vorm van heffen is dat er geen rekening wordt gehouden met het feit of er daadwerkelijk inkomsten voortkomen uit de bezittingen. Ongeacht de hoogte van de inkomsten wordt het rendement derhalve steeds krachtens wetsfictie bepaald op 4%. Het is niet mogelijk om kosten die betrekking hebben op de inkomsten in mindering te brengen op het rendement. Rendement is het verschil tussen opbrengsten en kosten, waardoor in het forfaitaire rendement geacht wordt deze kosten reeds meegenomen te zijn. Het is wel toegestaan het deel van de persoonsgebonden aftrek, dat niet in box 1 in aftrek genomen kan worden, in mindering te brengen op het forfaitaire rendement. Over het forfait van 4% wordt een vast tarief van 30% geheven. Dat houdt in dat per saldo 1,2% belasting wordt geheven over de rendementsgrondslag. Verliesverrekening is niet mogelijk, waardoor de grondslag voor sparen of beleggen niet lager kan zijn dan nihil. Tegenbewijs tegen de hoogte van het forfait is noch voor de belanghebbende, noch voor de fiscus toegestaan.

### *3.5. Winst uit Onderneming*

De definitie van winst uit onderneming is opgenomen in artikel 3.2. van de Wet IB 2001. Dit artikel zegt dat onder belastbare winst uit onderneming wordt verstaan het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit één of meerdere ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Voor de zinsnede “als ondernemer” dient gekeken te worden naar artikel 3.4 Wet IB 2001. Daar staat dat onder de term ondernemer wordt verstaan een belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.

---

<sup>70</sup> Artikel 5.2, lid 1 Wet IB 2001.

<sup>71</sup> Artikel 5.5 Wet IB 2001.

### *3.5.1. Voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven*

Dit is een term die noch uit de wet, noch uit de wetsgeschiedenis volgt, maar voortkomt uit de jurisprudentie behorende bij de Wet IB 1964. Deze jurisprudentie heeft haar belang behouden voor de huidige Wet IB 2001. Belangrijk is dat de belastingplichtige voordelen behaalt uit de onderneming. Als de belastingplichtige de voordelen rechtstreeks overmaakt aan een derde wordt de onderneming dus niet voor zijn rekening gedreven. Een dergelijk voorbeeld van een stroman kwam voor in een arrest van rechtbank Breda<sup>72</sup>.

### *3.5.2. Rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming*

De medeverbondenheidseis is bij de invoering van de Wet IB 2001 in de wet opgenomen. Het medeverbondenheidsvereiste wordt in de wetsgeschiedenis<sup>73</sup> als volgt gemotiveerd: *‘Het vereiste van rechtstreekse verbondenheid voor verbintenissen betreffende de onderneming is nieuw. Dit criterium is opgenomen om tot uitdrukking te brengen dat ondernemerschap meer betekent dan het ter beschikking stellen van kapitaal aan een onderneming. Vereist is dat de belastingplichtige tegenover zakelijke crediteuren aansprakelijk is voor de schulden betreffende de onderneming. Hierdoor zullen onder de Wet IB 2001 commanditaire vennoten in de regel niet langer als ondernemer worden aangemerkt. In beginsel zijn zij namelijk niet aansprakelijk voor schulden betreffende de vennootschap. Het zelfde geldt voor vennoten in een stille maatschap of ondermaatschap die zelf geen verbintenissen betreffende de onderneming aangaan’.*

Vóór de invoering van de medeverbondenheidseis in 2001 was er sprake van een medegerechtigheids criterium. Het was toen zeer eenvoudig om misbruik te maken van de ondernemersfaciliteiten. Door beleggende commanditaire vennoten een heel klein gedeelte van het liquidatiesaldo toe te delen konden zij gebruikmaken van de verschillende ondernemersfaciliteiten. Ook het oprichten van zogeheten man/vrouwirma’s was erg rendabel. De winst kon op die manier verdeeld worden tussen de partners wat een dubbele toepassing van ondernemersfaciliteiten met zich meebracht en daarnaast een progressiematiging.

Met “rechtstreeks” wordt bedoeld dat alleen een directe (eigen) verbondenheid voldoende is. Een voorbeeld van een verbondenheid die niet kwalificeert is een medeverbondenheid via een huwelijksgoederengemeenschap waarin belanghebbende deelgerechtigd is. In de definitie van

---

<sup>72</sup> Rechtbank Breda 11 februari 2008, nr. AWB 06/3247, V-N 2008/31.4.

<sup>73</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 97-98.

ondernemer is opzettelijk de term “wordt verbonden” opgenomen. Dit geeft aan dat het niet voldoende is dat de belastingplichtige is verbonden voor bestaande verbintenissen, maar dat de verbondenheid ook nieuwe verbintenissen moet betreffen<sup>74</sup>.

### *3.5.3. Medegerechtigdheid*

Naast de “echte” ondernemers genieten ook medegerechtigden winst uit onderneming. Volgens artikel 3.3, lid 1, onder deel a Wet IB 2001 wordt namelijk mede als winst aangemerkt: ‘de winst die de belastingplichtige, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming geniet uit een of meer ondernemingen’. Medegerechtigden zijn dus belastingplichtigen die in zekere mate deel hebben in het vermogen van een onderneming, maar die niet zijn verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Indien ze namelijk wel verbonden zouden zijn voor verbintenissen waren ze tenslotte ondernemer. Onder medegerechtigden vallen onder andere de commanditaire vennoten waarvan ik in de vorige subparagraaf heb aangegeven dat zij vanwege de medeverbondenheidseis geen ondernemers zijn.

In het reeds vervallen besluit van de staatssecretaris van Financiën van 13 februari 2001<sup>75</sup> geeft hij aan wat onder een medegerechtigde moet worden verstaan. De staatssecretaris van Financiën antwoordt op de vraag in welke situaties een belastingplichtige medegerechtigd is tot het vermogen van een onderneming in de zin van artikel 3.3, lid 2 Wet IB 2001 als volgt: ‘Een belastingplichtige is medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming ingeval hij deel uitmaakt van een samenwerkingsverband en hij bij beëindiging daarvan aanspraak heeft op teruggave van vermogensbestanddelen die destijds zijn ingebracht, of op vermogensbestanddelen die daarvoor in de plaats zijn gekomen dan wel op een vermogenswaarde die daar geheel of gedeeltelijk mee overeenkomt. Een belastingplichtige die deel uitmaakt van een samenwerkingsverband is tevens medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming ingeval hij een aanspraak heeft op (een gedeelte van) het liquidatiesaldo van het samenwerkingsverband of op de reserve in een of meer vermogensbestanddelen via de jaarwinst’. In het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 november 2011<sup>76</sup> wordt toegelicht waarom het besluit van 13 februari 2001 – samen met enkele andere besluiten – is

---

<sup>74</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, “Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014”, Kluwer: Deventer, p.145.

<sup>75</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M, BNB 2001/187.

<sup>76</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 november 2011, nr. BLKB2011/2179M, V-N 2011/62.11.

vervallen. Dit wordt als volgt omschreven: ‘Het voornaamste doel van deze besluiten was om de werking van de destijds geïntroduceerde Wet IB 2001 toe te lichten. Daarnaast is een enkele goedkeuring opgenomen. Inmiddels is de werking van deze wet genoegzaam bekend en zijn de goedkeuringen vervallen of in de Wet IB 2001 verwerkt. Ook zijn vragen en antwoorden verwerkt in nieuw uitgebrachte beleidsbesluiten of in publieksvoorlichting. De beleidsbesluiten hebben hierdoor geen functie meer en worden ingetrokken’<sup>77</sup>. Daarnaast heeft de wetgever in artikel 3.3, lid 2 Wet IB 2001 specifiek aangegeven dat het voor een medegerechtigdheid in de zin van artikel 3.3, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 niet noodzakelijk is dat betrokkene gerechtigd is in het liquidatiesaldo. Indien een gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo namelijk wel van belang zou zijn, ‘dan zou het eenvoudig mogelijk zijn om in de CV-overeenkomst op te nemen dat de commanditaire vennoot uitgesloten is van medegerechtigdheid tot de liquidatiewinst. Alsdan zou de commandiet buiten de categorie medegerechtigden vallen en dus in box 3 terechtkomen’<sup>78</sup>. Dit laatste is nu juist wat de wetgever wil voorkomen door middel van artikel 3.3.

#### *3.5.4. Begrip onderneming*

Om vervolgens het begrip “onderneming” te definiëren moet aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie, omdat de wetgever er opzettelijk voor heeft gekozen om de definitie primair aan de jurisprudentie over te laten<sup>79</sup>. De wetgever gaf als reden dat het codificeren van het ondernemingsbegrip er voor zou zorgen dat er onvoldoende recht kan worden gedaan aan concrete omstandigheden.

Uit de vele jurisprudentie die in het verleden voorbij is gekomen valt de volgende vuistregel te definiëren voor het begrip onderneming: ‘Een duurzame organisatie die erop is gericht met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen’<sup>80</sup>. Essers heeft het ondernemingsbegrip echter beduidend ruimer uitgelegd. Aan de hand van een analyse van de jurisprudentie omschrijft hij de term onderneming als volgt: ‘zelfstandige duurzaam bedoelde activiteiten, gericht op een risicodragende deelneming aan het economische verkeer’<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 november 2011, nr. BLKB2011/2179M, V-N 2011/62.11, punt 2.

<sup>78</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, “Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014”, Kluwer: Deventer, p.164.

<sup>79</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 92-93.

<sup>80</sup> Zie onder andere Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 722, BNB 1981/299.

<sup>81</sup> Essers, P.H.J. (2004), In: “*Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen*”, Kluwer: Deventer, onderdeel 2.1.2.2.

Opvallend is dat Essers het oogmerk heeft losgelaten. Uit de jurisprudentie blijkt dan ook dat het oogmerk in de meeste gevallen irrelevant is. Het is mogelijk dat er sprake is van een onderneming zonder dat de belastingplichtige deze intentie had. Een bekend voorbeeld komt van Hoge Raad 27 februari 2009<sup>82</sup> waarbij belanghebbende als hobby had het zoeken van botten van mammoeten. Uiteindelijk had belanghebbende zoveel botten gevonden dat hij er een heel skelet van kon bouwen en dit skelet heeft hij vervolgens verkocht. Ondanks dat hij nooit de intentie heeft gehad om een onderneming te drijven heeft de Hoge Raad toch beslist dat er hier sprake is van een onderneming.

Hof Amsterdam<sup>83</sup> heeft in 1998 een uitgebreid overzicht gegeven van criteria waaraan kan worden getoetst of er sprake is van een onderneming. Enkele punten zijn de duurzaamheid van de organisatie, omvang van de werkzaamheden, grootte van de brutobaten, het continuïteitsstreven, de verwachting omtrent de voordelen, het risico, de bekendheid naar buiten toe, het aantal opdrachtgevers en de investeringen die worden verricht. Uiteraard dient niet per definitie aan alle criteria te worden voldaan, maar de samenhang van alle criteria bepaalt of er sprake is van een onderneming. Dit zal sterk afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden.

### *3.6. Afbakening box 1 en box 3*

Alvorens ik de grens tussen resultaat uit overige werkzaamheid en winst uit onderneming kan aangeven dien ik eerst een onderscheid te maken tussen box 1 en box 3. Op deze manier kan ik beleggen abstraheren en daarna binnen box 1 een onderscheid maken tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid. Dit onderscheid is met name van belang bij de vervreemding en verhuur van activa, in het bijzonder onroerende zaken. Zoals reeds eerder besproken is de kwalificatie namelijk van belang indien het onroerend goed wordt overgedragen in verband met het recht op toepassing van de BOR.

Dit is echter niet de enige reden waarom de afbakening van box 1 en box 3 van belang kan zijn. Werkelijke waardeinstijgingen van onroerend goed zijn in de ondernemings sfeer (box 1) namelijk belast, terwijl de waardeinstijgingen van onroerend goed in de particuliere sfeer (box 3) tegen een forfaitair rendement worden belast. Een ander verschil is dat de werkelijke voordelen die voortkomen uit dit onroerend goed in box 1 worden belast tegen een progressief tarief, terwijl in box 3 het forfaitair rendement van 4% wordt belast tegen een proportioneel tarief van 30%.

---

<sup>82</sup> Hoge Raad 27 februari 2009, nr. 07/11414, *V-N*2009/18.27.

<sup>83</sup> Hof Amsterdam 16 januari 1998, nr. 96/5387, *V-N*1998/20.10.



Daar staat echter tegenover dat ondernemers in box 1 gebruik kunnen maken van allerlei ondernemersfaciliteiten. Box 3 kent dergelijke faciliteiten niet. Voor met name erg rendabele onroerende zaken kan het dus voordelig zijn om in box 3 belast te worden.

Om het onderscheid aan te geven tussen het drijven van een onderneming en beleggen wordt in de literatuur gesproken over een kennelijk streven om eigen arbeidskracht, eigen capaciteiten of eigen relaties mede rendabel te maken<sup>84</sup>. De stelregel die uit de jurisprudentie naar voren komt is dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid die de eigenaar zelf verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke bij normaal vermogensbeheer opkomend rendement te boven gaat<sup>85</sup>. In het volgende hoofdstuk komt deze stelregel uitgebreid aan bod. Hierbij geef ik aan welke eisen er gesteld worden aan de aard en omvang van de arbeid, de omvang van de vastgoedportefeuille en de hoogte van het rendement. Er kan in ieder geval gesteld worden dat het louter verhuren van vastgoed zonder enige arbeid die het rendement laat toenemen niet leidt tot meer dan normaal vermogensbeheer.

Of er sprake is van het drijven van een onderneming of van beleggen wordt objectief beoordeeld. Volgens de Hoge Raad<sup>86</sup> heeft het feit dat het vermogen door middel van een VOF wordt geëxploiteerd geen invloed op de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Onroerend goed kan ook als productie-inrichting worden beschouwd. In die gevallen kan er toch sprake zijn van een onderneming, ondanks het feit dat er niet of nauwelijks arbeid wordt verricht. In de jurisprudentie komt een voorbeeld aan de orde met betrekking tot de exploitatie van een windturbine. Een belanghebbende liet op zijn eigen grond een windturbine bouwen. Een stichting zorgde namens belanghebbende dat alles geregeld werd. Zo regelde de stichting de benodigde vergunningen, de bouw van de windturbine en zorgde de stichting dat er een afnemer werd gevonden voor de opgewekte energie. De elektriciteit die de windturbine zou gaan opwekken werd op voorhand voor een periode van tien jaar verkocht aan een afnemer. Het onderhoud aan de windturbine werd uitbesteed aan een onderhoudsbedrijf. Kortom belanghebbende verrichtte nauwelijks arbeid in de bouw en de exploitatie van de windturbine. Als ik de stelregel 'indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door

---

<sup>84</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, "Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2014", Kluwer: Deventer, p.134.

<sup>85</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319, r.o. 3.4.

<sup>86</sup> Hoge Raad 7 maart 1951, *B.* 8963.

middel van arbeid die de eigenaar zelf verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke bij normaal vermogensbeheer opkomend rendement te boven gaat' aanleg tegen de casus zou ik geneigd zijn te zeggen dat er sprake is van normaal vermogensbeheer en dat de windturbine tot de grondslag van box 3 behoort. Toch heeft de Hoge Raad<sup>87</sup> beslist dat er sprake was van een onderneming en dat de voordelen die voortkwamen uit de windturbine progressief belast dienden te worden in box 1. De Hoge Raad vond namelijk dat er sprake was van een productie-inrichting en dat de voordelen die voortkwamen uit de windturbine anders van aard waren dan wanneer belanghebbende de windturbine had verhuurd.

### *3.7. Afbakening winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid*

Nu ik het onderscheid tussen box 1 en box 3 kort heb behandeld moet er binnen box 1 nog een onderscheid worden gemaakt tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid. Het belang voor dit onderscheid zit hem niet in de bepaling van het resultaat van de activiteiten, daar krachtens artikel 3.95 Wet IB 2001 het resultaat wordt bepaald alsof de werkzaamheid een onderneming vormt, maar in de toegang tot de ondernemersfaciliteiten. De meeste van deze faciliteiten zoals de investeringsaftrek, de MKB-winstvrijstelling<sup>88</sup>, de ondernemersaftrek, de BOR en de oudedagsreserve staan namelijk niet open voor resultaatgenieters.

Om te beoordelen of een activiteit andere inkomsten uit arbeid<sup>89</sup> of winst uit onderneming is, dient volgens de Hoge Raad<sup>90</sup> onder meer gelet te worden op de volgende criteria<sup>91</sup>:

- De duurzaamheid en de omvang van de werkzaamheden;
- De grootte van de brutobaten;
- De winstverwachting;
- Het lopen van risico;
- De beschikbare tijd;
- De bekendheid die naar buiten aan de werkzaamheden wordt gegeven;
- Het aantal opdrachtgevers; en

---

<sup>87</sup> Hoge Raad 23 april 2010, nr. 08/04843, *BNB* 2010/244.

<sup>88</sup> Voor terbeschikkingstellingen in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 bestaat er een soort MKB-winstvrijstelling in de vorm van een TBS-vrijstelling waarbij 12% van de winst wordt vrijgesteld.

<sup>89</sup> Dit is de voorganger van resultaat uit overige werkzaamheid.

<sup>90</sup> Hoge Raad 21 april 1993, nr. 28 189, *V-N* 1993/1507.

<sup>91</sup> Zie ook de eerder aangehaalde uitspraak: Hof Amsterdam 16 januari 1998, nr. 96/5387, *V-N* 1998/20.10.

- Het spraakgebruik.

De criteria die het meest voorkomen in de literatuur en jurisprudentie, die ik daarmee het meest relevant acht voor de beoordeling of er sprake is van winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid, behandel ik in de volgende subparagrafen.

### *3.7.1. Duurzaamheid en aard van de organisatie*

Een belangrijk criterium voor de afbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheid en winst uit onderneming is de duurzaamheid van de activiteiten en van de organisatie, doordat deze eis uitsluitend bij de bron winst uit onderneming wordt gesteld<sup>92</sup>. Van Dijck<sup>93</sup> gaf in 1976 het belang van dit criterium al aan door te stellen dat de grenslijn tussen onderneming en andere arbeid zijns inziens niet gezocht moet worden in de aard van de werkzaamheden, maar in het ontbreken van andere ondernemingskenmerken, zoals de duurzaamheid van de organisatie van kapitaal en arbeid of in de onbelangrijkheid van de organisatie, zodat maatschappelijk niet van een onderneming gesproken kan worden.

Het feit dat de duurzaamheidseis louter wordt gesteld bij de bron winst uit onderneming kunnen voordelen verkregen uit meer incidentele arbeid niet tot die bron behoren. Een voorbeeld uit de jurisprudentie waar duurzaamheid een rol speelt is het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2009<sup>94</sup>. In dit arrest ging het om een belanghebbende die vijf commissariaten vervulde bij beursgenoteerde bedrijven. Hij besteedde voor zijn werkzaamheden ongeveer 20 tot 25 uur per week, hij had een kantoorruimte gehuurd en werd 26 uur per week ondersteund door een secretaresse. In dit arrest kwamen de criteria duurzaamheid en het lopen van risico terug. De Hoge Raad heeft op basis van deze criteria dan ook beslist dat belanghebbende een onderneming dreef.

Opgemerkt dient te worden dat duurzaamheid niet hetzelfde is als langdurig. Het is mogelijk dat een activiteit als onderneming wordt gezien terwijl op voorhand al vaststaat dat deze binnen een beperkte periode zal plaatsvinden. Te denken valt aan een feest, beurs of tentoonstelling<sup>95</sup>. Duurzaamheid wordt getoetst aan de hand van de intentie van de belastingplichtige op het moment dat de werkzaamheden aanvangen. Het is dus goed mogelijk dat een belastingplichtige

---

<sup>92</sup> R.M. Freudenthal, 'Resultaat uit overige werkzaamheden', *Fiscale Monografieën* 103, paragraaf 3.2.4.

<sup>93</sup> J.E.A.M. van Dijck, "Vermogensbeheer", *WFR* 1976/141.

<sup>94</sup> Hoge Raad 29 mei 2009, nr. 07/10538, *BNB* 2009/219.

<sup>95</sup> R.M. Freudenthal, 'Resultaat uit overige werkzaamheden', *Fiscale Monografieën* 103, paragraaf 3.3.2.

bij de aanvang van de activiteiten een duurzame voortzetting had beoogd, maar dat toch op zeker moment de activiteiten worden beëindigd. In een dergelijk geval is er toch sprake van duurzaamheid<sup>96</sup>.

### *3.7.2. Aantal opdrachtgevers*

Uit de jurisprudentie blijkt dat het aantal opdrachtgevers tot veel discussie kan lijden bij de kwalificatie van een onderneming. Zo heeft Hof 's-Gravenhage<sup>97</sup> beslist dat studenten die door middel van een VOF de meldkamer van een beveiligingsbedrijf bemanden geen onderneming drijven. In rechtsoverweging vier van dit arrest oordeelt het Gerechtshof dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij getracht heeft het aantal opdrachtgevers, dat sinds de oprichting van de VOF bestaat uit één opdrachtgever, uit te breiden. Tevens is er naar het oordeel van het Gerechtshof geen sprake van debiteurenrisico, daar van wanbetaling nimmer sprake is geweest.

In het hiervoor besproken arrest heeft het Gerechtshof geoordeeld dat bij één opdrachtgever geen sprake is van een onderneming, echter wil dat niet zeggen dat dit nooit het geval is. Andere kenmerken van het drijven van een onderneming kunnen dit compenseren. Een voorbeeld vinden we in een arrest van Hof 's-Hertogenbosch<sup>98</sup>. Een chauffeur die voorheen in loondienst melk van de boeren naar de melkfabriek van zijn werkgever bracht heeft zelf een tankauto gekocht om de melk te vervoeren. Hij blijft louter voor dezelfde opdrachtgever melk vervoeren en heeft geen intentie dit voor meerdere opdrachtgevers te doen, gezien hij aan deze ene opdrachtgever voldoende werk heeft om fulltime te kunnen werken. Tot zover is het arrest nagenoeg identiek aan het arrest uit de vorige alinea. Toch heeft het Gerechtshof in deze zaak anders beslist. Door de omvang van de investering van belanghebbende en het feit dat hij een volledige dagtaak heeft aan deze werkgever is het Gerechtshof tot het volgende oordeel gekomen: “De omstandigheid ten slotte dat belanghebbende voor één opdrachtgever werkt, vormt, mede gelet op de mogelijkheid die belanghebbende heeft om voor meerdere opdrachtgevers te werken en het feit dat hij reeds een volle dagtaak heeft, onvoldoende grond voor de conclusie dat belanghebbende geen onderneming drijft.”

---

<sup>96</sup> Hoge Raad 11 januari 1989, nr. 25 392, *BNB* 1989/63.

<sup>97</sup> Hof 's-Gravenhage 6 december 1994, *V-N* 1994/1305.

<sup>98</sup> Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 1986, *V-N* 1986/2439.

### 3.7.3. *Debiteuren- en ondernemersrisico*

In een arrest van Hof Arnhem<sup>99</sup> ging het om een accountant die werkzaamheden verrichtte voor met name één werkgever. Belanghebbende liep naar het oordeel van het Gerechtshof geen debiteurenrisico, de opbrengsten waren negatief en het was niet te verwachten dat deze resultaten in de loop der tijd beter zouden worden. Ook in dit arrest valt op te merken dat wederom het ontbreken van debiteurenrisico aanleiding is voor de gerechtelijke instanties om te oordelen dat geen sprake is van het drijven van een onderneming. In gelijke zin werd geoordeeld door de Hoge Raad<sup>100</sup> inzake een wederverkoper van tijdschriften. Naar het oordeel van de Hoge Raad was het debiteurenrisico in vergelijking met de omzet zo klein was dat er geen sprake kon zijn van een onderneming.

Ondanks het feit dat in veel arresten het debiteurenrisico als zwaarwegend argument wordt gehanteerd bij de beoordeling of er een onderneming wordt gedreven, wil het echter nog niet zeggen dat indien er geen debiteurenrisico wordt gelopen er per definitie geen onderneming is. In een arrest van de Hoge Raad<sup>101</sup> was er bijvoorbeeld geen sprake van debiteurenrisico, maar liep de belastingplichtige door de door hem afgesloten agentuurovereenkomsten een dusdanig ondernemersrisico dat de Hoge Raad niet anders kon doen dan concluderen dat belanghebbende wel degelijk een onderneming dreef.

Ook in de arresten van Hof Leeuwarden<sup>102</sup> en de Hoge Raad<sup>103</sup> bleek het ondernemersrisico van doorslaggevend belang te zijn. In beide arresten was er namelijk niet voldoende aannemelijk gemaakt dat belanghebbende ondernemersrisico liep, waardoor er naar het oordeel van het Gerechtshof c.q. de Hoge Raad geen sprake kon zijn van het drijven van een onderneming.

---

<sup>99</sup> Hof Arnhem 11 september 2002, *V-N* 2003/6.14.

<sup>100</sup> Hoge Raad 2 maart 1983, nr. 20 749, *BNB* 1983/117.

<sup>101</sup> Hoge Raad 1 februari 1995, nr. 29 863, *BNB* 1995/80.

<sup>102</sup> Hof Leeuwarden 31 maart 2006, *V-N* 2006/40.1.5.

<sup>103</sup> Hoge Raad 26 januari 2007, nr. 42 519, *BNB* 2007/127.

### *3.7.4. De winstverwachting*

In de beginfase van activiteiten wordt er nog niet erg veel gewicht toegewezen aan de omvang van de omzet en de arbeidsuren die omzet genereren. Een lage omzet hoeft de kwalificatie van onderneming in de beginfase dus nog niet in de weg te staan als daar bijvoorbeeld grote investeringen en winstverwachtingen tegenover staan<sup>104</sup>.

### *3.8. Conclusie/samenvatting*

In dit hoofdstuk heb ik de volgende deelvraag behandeld: *Wat is het onderscheid tussen beleggen, winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid?* Om deze vraag te beantwoorden heb ik de definities winst uit onderneming, resultaat uit overige werkzaamheid en inkomsten uit sparen en beleggen uiteen gezet. Hierbij heb ik aangegeven dat te allen tijde eerst geconcludeerd moet worden of er sprake is van een bron van inkomen. Indien dit zo is dient er beoordeeld te worden wat voor soort bron van inkomen het is. Daarbij is de rangorderegeling van belang, want deze geeft aan dat indien inkomsten kenmerken hebben van meerdere bronnen van inkomen zij in aanmerking genomen moeten worden bij de bron van inkomen die als eerste in de wet staat opgenomen, tenzij hier in de wet expliciet een uitzondering voor is gemaakt.

Vervolgens heb ik de verschillende bronnen nader toegelicht waarna ik het onderscheid tussen box 3 (inkomen uit sparen en beleggen) en box 1 (winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid) heb aangegeven. Dit onderscheid is volgens de literatuur gelegen in het feit of er een kennelijk streven is om eigen arbeidskracht, eigen capaciteiten of eigen relaties mede rendabel te maken. In de jurisprudentie wordt er gekeken of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Deze term licht in het volgende hoofdstuk nader toe als ik de jurisprudentie met betrekking tot de verhuur van vastgoed behandel. Tot slot heb ik binnen box 1 het onderscheid aangegeven tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid waarbij de criteria duurzaamheid en aard van de organisatie, het lopen van (debiteuren- en ondernemers-) risico en het aantal opdrachtgevers in de jurisprudentie een prominente rol spelen.

---

<sup>104</sup> Hoge Raad 4 mei 2012, nr. 11/02959, *BNB* 2012/206.

Zoals aangegeven in paragraaf 3.6 speelt het onderscheid tussen box 1 en box 3 met name bij de verhuur van activa en dan voornamelijk bij de verhuur van onroerend goed. Dit onderscheid heb ik zo oppervlakkig mogelijk proberen te behandelen vanuit de literatuur, omdat ik in hoofdstuk vier aan de hand van de jurisprudentie hier specifiek op in zal gaan. Het onderscheid tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid lijkt vooral beoordeeld te moeten worden aan de hand van het aantal opdrachtgevers, het debiteurenrisico, het ondernemersrisico en de duurzaamheid van de activiteiten. Er is geen rangorde tussen de verschillende criteria, maar duurzaamheid en ondernemingsrisico zijn wel begrippen die naar mijn mening zwaar meegewogen moeten worden in de beoordeling of sprake is van een onderneming.

## **Hoofdstuk 4: Jurisprudentie**

### *4.1. Inleiding*

In het vorige hoofdstuk heb ik een onderscheid gemaakt tussen de verschillende inkomensbronnen tot welke de verhuur van vastgoed kunnen behoren. Daarbij heb ik aangegeven dat in de jurisprudentie de term “meer dan normaal vermogensbeheer” leidend is voor de kwalificatie van de verhuur van vastgoed. Wat de term “meer dan normaal vermogensbeheer” nu precies inhoudt en waar de grenzen liggen probeer ik in dit hoofdstuk te verduidelijken. Hiervoor heb ik alle relevante jurisprudentie ingedeeld per inkomensbron. Net als in het vorige hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen resultaat uit overige werkzaamheid, beleggen en winst uit onderneming.

De deelvraag die ik in dit hoofdstuk behandel luidt als volgt:

- *Welke criteria zijn volgens de jurisprudentie maatgevend voor de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed?*

### *4.2. Resultaat uit overige werkzaamheid*

*Hoge Raad 8 mei 1979<sup>105</sup>*

De echtgenote van belanghebbende huurde een herenhuis, waarvan zij 2 á 3 gemeubileerde kamers onderverhuurde aan derden. Zij droeg zorg voor de schoonmaak van de kamers, zij maakte de bedden op en zij zorgde dat het linnengoed werd gewassen. Aan deze activiteiten verrichtte zij ongeveer 1000 arbeidsuren per jaar. Het Hof oordeelde dat belanghebbende weliswaar had gesteld dat zijn echtgenote 1000 arbeidsuren besteedde aan de door haar verhuurde kamers, maar dat voor de hand ligt dat zij die werkzaamheden verrichtte in combinatie met de werkzaamheden voor haar gezinshuishouding, zodat niet exact viel vast te stellen hoeveel arbeidsuren zij juist aan de verhuurde kamers besteedde. Hieruit leidde het Hof af dat de aan de verhuurde kamers besteedde arbeid een verlengstuk vormde van haar

---

<sup>105</sup> Hoge Raad 8 mei 1979, nr. 17 297, *BNB* 1974/147.



huishoudelijke werkzaamheden en niet een onderdeel vormde van een op winst gerichte organisatie. De Hoge Raad deed de zaak af door te zeggen dat deze oordelen van feitelijke aard zijn en daardoor in cassatie niet op hun juistheid kunnen worden getoetst.

*Hof 's-Gravenhage 17 november 1986<sup>106</sup>*

Belanghebbende huurde een woning waarin hij 6 kamers verhuurde aan derden. De opbrengsten gaf hij aan als winst uit onderneming. Het Hof besliste echter dat er helemaal geen sprake was van een onderneming doordat naar maatschappelijke opvattingen en volgens het spraakgebruik het bestaan van een onderneming in het geval als het onderhavige niet kan worden aangenomen. Het Hof achtte namelijk niet aannemelijk dat dat met vorenbedoelde onderverhuring arbeid van relatief grote betekenis is gemoeid in vergelijking met de arbeid die belanghebbende in zijn dienstbetrekking diende te verrichten.

4.3. *Beleggen*

*Hof Amsterdam 9 mei 1974<sup>107</sup>*

De vader van belanghebbende was eigenaar van twee kruidenierszaken waarvan hij de eerste in 1954 en de tweede in 1956 staakte. De panden werden sinds die tijd verhuurd aan de zoon van belanghebbende. De werkzaamheden van de vader van belanghebbende bestonden vanaf het moment van staking louter uit het innen van huren en het opdracht geven aan derden om onderhouds- en herstelwerkzaamheden uit te voeren aan de panden. Toen de vader van belanghebbende in 1971 overleed was de vraag of de meerwaarde in de panden tot de sterftewinst gerekend diende te worden. De inspecteur was van mening dat de panden nog steeds tot een onderneming behoorden, maar het Hof Amsterdam besliste het tegendeel. Naar de mening van het Hof bleek uit de gedragingen van de vader van belanghebbende dat de wijze van exploitatie van de panden in 1956 een zodanige verandering hebben ondergaan, dat sindsdien niet meer van de exploitatie van een bedrijf kon worden gesproken. De wijze waarop de vader de panden in de jaren tussen staking en overlijden heeft behandeld in zijn aangifte was volgens het Hof niet van belang, aangezien de wil van de eigenaar niet beslissend is.

De staatssecretaris van Financiën heeft aan belanghebbende medegedeeld dat hij afziet van het instellen van beroep in cassatie. In dat bericht verwees de staatssecretaris van Financiën naar een arrest van de Hoge Raad uit 1958<sup>108</sup> waarin werd gezegd dat “voor het antwoord op de vraag

---

<sup>106</sup> Hof 's-Gravenhage 17 november 1986, nr. 3312/85, V-N1987/1073.

<sup>107</sup> Hof Amsterdam 9 mei 1974, nr. 653/73, BNB1974/250.

<sup>108</sup> Hoge Raad 21 mei 1958, nr. 13 574, BNB1958/212.

of een eigenaar de hem toebehorende huizen zodanig exploiteert, dat de exploitatie als uitoefening van een bedrijf in den zin van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 is aan te merken, niet beslissend is de wil van dien eigenaar, doch uitsluitend de wijze van exploitatie”.

In voornoemd arrest ging het om een belanghebbende die jarenlang panden exploiteerde in vorm van een onderneming, maar deze exploitatie op enig moment wilde overbrengen naar zijn privévermogen. Daarbij heeft de Hoge Raad beslist dat de wil van belanghebbende niet van belang is, maar dat het uitsluitend gaat om de wijze van exploitatie. Belanghebbende heeft niet aangetoond dat zich feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die een onttrekking van de panden aan het ondernemingsvermogen zouden kunnen rechtvaardigen. De Hoge Raad geeft in dit arrest dus aan dat voor het bepalen of er op enig moment sprake is van het drijven van een onderneming bij het exploiteren van vastgoed, er op dat moment aan de hand van de feiten en omstandigheden beoordeeld moet worden of er een onderneming wordt gedreven en dat de wil van de belanghebbende daarbij niet van belang is. Dit arrest zou ik willen beschouwen als één van de eerste bouwstenen voor de vaststelling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed.

*Hoge Raad 29 mei 1974<sup>109</sup>*

Belanghebbende verhuurde 4 a 5 kamers en twee bovenwoningen aan derden en een aantal kamers aan zijn broer. Voorts had belanghebbende ten doel het naastgelegen pand te kopen en het aantal kamers uit te breiden tot 24. De werkzaamheden behelsden niet veel meer dan het innen van huur, het zorgen voor nieuwe huurders, het onderhoud van het pand en het toezicht op het gebruik, alsmede eventueel de vernieuwing van stoffering en meubilering. De waarde van het pand wordt op 150.000 gulden gesteld.

De Hoge Raad deed dit arrest vrij eenvoudig af door te zeggen dat de omvang van belanghebbendes werkzaamheden die, welke bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk zijn, niet in die mate overtroffen dat van het drijven van een onderneming kon worden gesproken. Hierbij doet belanghebbendes bedoeling niet ter zake aangezien de feiten en omstandigheden niet wettigden om van het drijven van een onderneming te spreken. Dit lijkt mij een juiste conclusie, daar belanghebbende niet meer arbeid verrichtte dan gebruikelijk wordt geacht voor iemand die zijn vermogen beheert. Het feit dat hij 6 jaar later alsnog 24 kamers ging verhuren doet mijns inziens hier niet aan af. Wellicht zou vanaf dat moment wel gesproken konden worden van het drijven van een onderneming, maar dat is wederom afhankelijk zijn van de

---

<sup>109</sup> Hoge Raad 29 mei 1974, nr. 17 346, *BNB* 1974/177.

feiten en omstandigheden op dat moment. Wat vaststaat is dat op het moment waarop de aanslag betrekking had geen sprake kon zijn van het drijven van een onderneming.

*Hoge Raad 3 november 1982<sup>110</sup>*

Belanghebbende is samen met een makelaar in onroerend goed en een registeraccountant een VOF aangegaan met als doel de exploitatie van onroerende goederen. Er werd in totaal voor ongeveer een half miljoen gulden geïnvesteerd in de aankoop en de verbouwing van drie verschillende panden. De vennoten kochten zelf de panden, gingen leningen aan voor de financiering, zochten huurders, inden de huren en hielden de administratie bij. Belanghebbende stelde tijdens de zitting dat hij en zijn medevennoten door het aangaan van de vennootschap onder firma tot uitdrukking hebben gebracht dat zij een onderneming wilden stichten en juist niet als beleggers gezamenlijk privévermogen wilden beheren. Daarnaast stelde belanghebbende dat het rendement hoger is dan ingeval van vermogensbeheer, omdat zij het beheer niet hebben opgedragen aan een makelaarskantoor maar dit zelf hebben verricht en daardoor geen beheerslonen of commissies hebben betaald. Dit rendement werd naar de mening van belanghebbende tevens verhoogd door het feit dat de vennoten in het bezit zijn van behoorlijke kennis en ervaring op het gebied van het drijven van een onderneming en bij uitstek deskundig moeten worden geacht inzake aan- en verkoop van onroerende goederen.

De Hoge Raad oordeelde echter dat er geen sprake is van een onderneming omdat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt dat de werkzaamheden van de vennoten zich onderscheiden van de werkzaamheden van een vergelijkbare belegger in privévermogen. Daarbij geeft de Hoge Raad aan dat 'de omstandigheid dat de eigenaren van onroerend goed hun werkzaamheden met betrekking tot de exploitatie van dat goed gezamenlijk en geregeld in vennootschappelijk verband verrichten zonder meer niet meebrengt dat de bedoelde exploitatie plaatsvindt in een organisatie van kapitaal en arbeid welke als een onderneming is aan te merken'. Uit het arrest blijkt tevens dat naar het oordeel van het Hof Leeuwarden de wijze van financieren niet van belang is, 'aangezien het geenszins ongebruikelijk is, dat beleggers in onroerende goederen hun beleggingen gedeeltelijk financieren met geldleningen onder hypothecair verband'.

Ik ben van mening dat dit een belangrijk arrest is doordat de Hoge Raad enkele belangrijke rechtsregels heeft geschreven. De Hoge Raad zegt namelijk dat het voor de kwalificatie van een onderneming niet relevant is dat het onroerend goed door middel van een vennootschap wordt

---

<sup>110</sup> Hoge Raad 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB* 1982/239.

geëxploiteerd. Daarnaast blijkt dat de wijze van financiering niet van belang is doordat het niet ongebruikelijk is dat beleggers (een deel van) hun investering in onroerend goed financieren met een (hypothecaire) lening.

De casus in dit arrest is nagenoeg identiek aan de casus uit het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 1981<sup>111</sup> welke in de volgende paragraaf (winst uit onderneming) uitgebreid aan bod komt. In beide arresten is namelijk sprake van vennoten die door middel van een vennootschap onder firma onroerend goed exploiteren. De vennoten in de twee arresten verrichten nagenoeg identieke werkzaamheden en beschikken beide over specifieke vaardigheden die van pas komen bij de exploitatie van het onroerend goed. In het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 1981 heeft de Hoge Raad echter beslist dat er wel degelijk sprake was van een onderneming terwijl de Hoge Raad in het hiervoor besproken arrest tot de conclusie kwam dat er geen onderneming werd gedreven door belanghebbende. Een verschil zou wellicht gevonden kunnen worden in de grootte van de vastgoedportefeuille. In het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 1981 was namelijk sprake van een portefeuille van ongeveer 1,7 miljoen gulden, terwijl in het arrest uit 1982 (slechts) sprake was van een vastgoedportefeuille van een half miljoen gulden. Zoals ik reeds heb aangegeven komt het arrest van de Hoge raad van 7 oktober 1981 in de volgende paragraaf nog uitgebreid aan bod wanneer ik de bron winst uit onderneming behandel. Daarbij geef ik tevens aan waarom ik van mening ben dat de Hoge Raad in beide arresten verschillend heeft beslist.

#### *Hoge Raad 2 november 1983<sup>112</sup>*

Belanghebbende heeft samen met een medevennoot een vennootschap onder firma opgericht welke als doel heeft het verkrijgen, exploiteren, huren, verhuren en vervreemden van onroerende goederen. De vennootschap onder firma heeft een fabriekscomplex gekocht ter waarde van 616.000 euro en vervolgens verhuurd. Belanghebbende heeft voor een bedrag van 40.000 euro herstellingen uitgevoerd aan het onroerend goed. Verder heeft belanghebbende weinig arbeid verricht aan het onroerend goed. Het feit dat belanghebbende de intentie had om het fabriekscomplex af te breken en een nieuw complex te laten bouwen was voor de Hoge Raad niet voldoende om te spreken van een onderneming. Belanghebbende heeft naar de mening van de Hoge Raad niet met feiten aangetoond dat zij dit voornemen had. Het feit dat het fabriekscomplex in vennootschappelijk verband werd geëxploiteerd doet hier, in lijn met het

---

<sup>111</sup> Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, *BNB* 1981/299.

<sup>112</sup> Hoge Raad 2 november 1983, nr. 22 063, *BNB* 1983/330.

vorige arrest, niet aan af. Evenmin is het van belang dat het aandeel van de medevennoot krachtens artikel 2, lid 5, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 deel uitmaakte van het ondernemingsvermogen van die vennoot.

In dit arrest zien we dat de Hoge Raad wederom aangeeft dat het niet van belang is dat het onroerend goed door middel van een vennootschap onder firma wordt geëxploiteerd. Nieuw aan dit arrest is dat de Hoge Raad aangeeft dat indien een medevennoot van belanghebbende een aandeel heeft in de firma, welk aandeel krachtens fictie voor de vennootschapsbelasting (hierna: VPB) wordt beschouwd als ondernemingsvermogen, geen belang speelt bij de vraag of belanghebbende een onderneming drijft.

#### *Hoge Raad 1 februari 1995<sup>113</sup>*

Belanghebbende verkocht een horecagelegenheid met dertien garages en vier appartementen voor een bedrag van 1,4 miljoen gulden. Tot 1983 exploiteerde belanghebbende zelf de snackbar en verhuurde de garages en de appartementen aan derden. Doordat belanghebbende met de exploitatie van de snackbar een onderneming dreef rekende hij de verhuurde garages en appartementen evenwel tot zijn ondernemingsvermogen. Vanaf 1983 is hij gestopt met het exploiteren van de snackbar en heeft hij het gehele onroerend goed verhuurd aan derden. De Hoge Raad concludeerde, in tegenstelling tot het Hof, dat belanghebbende zijn activiteiten in het kader van de exploitatie van onroerende zaken vanaf 1983 duurzaam zodanig heeft beperkt dat deze vanaf dat moment niet méér inhielden dan hetgeen met betrekking tot deze goederen voortvloeit uit normaal vermogensbeheer. Daarnaast concludeerde zij dat het Hof ten onrechte heeft beslist dat het belanghebbende vrijstond de verhuurde garages en appartementen tot zijn ondernemingsvermogen te rekenen, doordat het Hof ten aanzien van de verhuurde garages en appartementen op geen enkele wijze motiveerde dat sprake zou zijn van een bedrijfsmatige exploitatie.

Of de Hoge Raad terecht heeft geconcludeerd dat er sinds 1983 geen sprake is van het drijven van een onderneming kan ik aan de hand van de gegevens in dit arrest niet zeggen. Er staat namelijk niet vermeld wat de werkelijke activiteiten van belanghebbende inhielden. Als de activiteiten van belanghebbende niet meer inhielden dan het louter verhuren van de onroerende zaken aan derden is dit naar mijn mening een terechte uitspraak.

#### *Hoge Raad 29 mei 1996<sup>114</sup>*

---

<sup>113</sup> Hoge Raad 1 februari 1995, nr. 29 807, *BNB* 1995/79.

Belanghebbende heeft vier panden gekocht en deze vervolgens voor veel geld verbouwd. De kosten van de aankoop en de verbouwing tezamen bedroegen ongeveer 2,2 miljoen gulden. Nadat de verbouwing gereed was werden de panden, welke op dat moment bestonden uit kamers, winkels en appartementen, verhuurd aan derden. Belanghebbende droeg na de verbouwing zorg voor de verhuur door het innen van huren, het oplossen van problemen met huurders en het schoonhouden van de hal, het trappenhuis en de keuken van een van de panden. Het Hof had in eerste aanleg geoordeeld dat 'mede gelet op de aan de panden door de verbouwing aangebrachte veranderingen van aard en inrichting en op de omstandigheid dat de aankoop van de panden werd gefinancierd met een hypothecaire geldlening, belanghebbende met de door haar ter zake van de verbouwing verrichte, omvangrijke arbeid beoogde voordelen uit de panden te behalen, welke het aan een belegger in zodanige zaken normaliter opkomende rendement te boven gaat en dat daaruit volgt dat er geen sprake is van beleggen'<sup>115</sup>.

De Hoge Raad geeft echter aan dat 'voor de beantwoording van de vraag of de huuropbrengsten van de panden voor belanghebbende inkomsten uit vermogen, dan wel inkomsten uit een onderneming vormde, slechts van belang is of aard en omvang van de door haar ter zake van de verhuur verrichte werkzaamheden, nadat de verbouwing was voltooid, al dan niet meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is'. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het Hof en verwijst het geding naar het Gerechtshof Arnhem ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest.

Belangrijk aan dit arrest is dat de Hoge Raad aangeeft dat er een splitsing gemaakt moet worden tussen de verbouwing van de panden en de verhuur van de panden die naderhand plaatsvindt. In deze casus kan ik mij goed voorstellen dat de Hoge Raad dit heeft beslist doordat er inderdaad eerst panden worden aangekocht en verbouwd, alvorens er gestart zal worden met de verhuur van de panden. Op het moment dat de verbouwing klaar is zou er onder de huidige wetgeving mogelijk een sfeerovergang kunnen plaatsvinden van box 1 naar box 3.

De Hoge Raad geeft dus duidelijk aan dat de twee activiteiten, te weten de verbouwing en de verhuur, gesplitst moeten worden, maar daarmee heeft de Hoge Raad naar mijn mening echter nog niet behandeld hoe dit zou uitwerken als belanghebbende gelijktijdig met de verbouwing ook enkele panden verhuurt. Moet er dan alsnog een splitsing gemaakt worden, of gaat de verhuur van de panden dan op in de verbouwwerkzaamheden? De werkzaamheden met

---

<sup>114</sup> Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232.

<sup>115</sup> Ontleend aan Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232, r.o. 3.3.

betrekking tot de verhuur van de panden blijven in die situatie namelijk identiek aan de werkzaamheden die na de verbouwing van de panden plaatsvond. Naar mijn mening kunnen in een dergelijk geval de huurinkomsten toch onder winst uit onderneming geschaard worden, omdat de verbouwingswerkzaamheden en de werkzaamheden met betrekking tot de verhuur dan samengenomen mogen worden en het geheel van werkzaamheden een onderneming kunnen vormen. De situatie waarbij de werkzaamheden achter elkaar plaatsvinden is anders, omdat zich dan op enig moment een wijziging voordoet in de werkzaamheden en zowel voor als na de wijziging beoordeeld dient te worden of er sprake is van een onderneming.

*Hof Arnhem 22 augustus 1997<sup>116</sup>*

Deze uitspraak vloeit voort uit het verwijzingsarrest van de Hoge Raad van 29 mei 1996 dat hiervoor is opgenomen. In het verwijzingsarrest heeft de Hoge Raad beslist dat de verbouwingswerkzaamheden niet meegenomen moeten worden bij de beoordeling of er sprake is van een onderneming in het jaar waarin deze verbouwwerkzaamheden zijn afgerond en er louter werkzaamheden worden verricht met betrekking tot de verhuur van de panden. Het Hof heeft beslist dat deze werkzaamheden, welke inhielden het innen van huren, het oplossen van problemen met de huurders en het schoonhouden van de hal, het trappenhuis en de keuken van één van de appartementen, gebruikelijk zijn bij normaal vermogensbeheer. De schoonmaakwerkzaamheden hebben, gelet op de aard en omvang daarvan, niet meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Om die reden kon er volgens het Hof geen sprake zijn van het drijven van een onderneming.

Doordat de werkzaamheden zeer gebruikelijk zijn bij de verhuur van vastgoed ben ik van mening dat dit een weinig baanbrekende uitspraak is. Ik vind het echter wel noemenswaardig dat ondanks de omvang van de vastgoedportefeuille, welke om en nabij de 2,2 miljoen gulden bedraagt en er zowel kamers, appartementen als winkels worden geëxploiteerd, geen sprake is van het drijven van een onderneming. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat de omvang van de vastgoedportefeuille niet erg relevant is voor de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming en dat arbeid veruit de belangrijkste component is in de beoordeling.

*Hof 's-Gravenhage 8 december 2009<sup>117</sup>*

---

<sup>116</sup> Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707.

<sup>117</sup> Hof 's-Gravenhage 8 december 2009, nr. BK-09/00033, V-N 2010/23.12.

Belanghebbende exploiteert een administratiekantoor welke zich volgens de bedrijfsomschrijving bezig houdt met het beheer, de verhuur en de administratie van onroerende zaken. In totaal verhuurde het administratiekantoor elf panden en twee garageboxen. Belanghebbende heeft de huurinkomsten jarenlang tot de winst van het administratiekantoor gerekend, welke winst duurzaam negatief is. Vanaf 1998 wenste de inspecteur de inkomsten uit de verhuur van de panden niet langer als winst uit onderneming aan te merken. In 2003 verkocht belanghebbende een pand en wilde de inspecteur de meerwaarde belasten in box 1 als winst uit onderneming.

Het Hof heeft de zaak in het voordeel van belanghebbende beslecht door te oordelen dat er inderdaad geen sprake is van een onderneming. De bewijslast lag bij de inspecteur doordat zij stelde dat er sprake was van een onderneming. De inspecteur heeft naar het oordeel van het Hof niet aannemelijk gemaakt dat de verrichte arbeid door belanghebbende ter zake van de verhuurde panden qua aard en omvang normaal vermogensbeheer te boven ging. Het staat vast dat belanghebbende het onderhoud aan de panden zelf verrichtte, maar dat wil nog niet zeggen dat de werkzaamheden daardoor meer bedragen dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

*Hof Leeuwarden 29 januari 2010<sup>118</sup>*

Belanghebbende is in het bezit van een vijftal woningen, welke hij heeft onderverdeeld in 27 kamers die hij verhuurde aan studenten. De huurders van de kamers zorgden zelf voor het klein onderhoud en droegen (meestal) een nieuwe huurder aan bij vertrek, waardoor belanghebbende niet actief huurders hoefde te zoeken. De huurprijs werd vastgesteld aan de hand van een vast puntensysteem inclusief een opslag voor gas, water, elektriciteit en andere lasten. Belanghebbende bezocht de woningen gemiddeld slechts één keer per jaar.

Deze zaak is naar mijn mening een schoolvoorbeeld van een belanghebbende die zijn vermogen belegt in panden en geen werkzaamheden verricht die normaal vermogensbeheer te boven gaan. De arbeid die belanghebbende in deze zaak verrichtte was zo minimaal dat er naar mijn mening zeker geen sprake kon zijn van een onderneming. Zelfs het zoeken naar andere huurders had hij uitbesteed aan de huurders zelf. Het is mijns inziens dan ook geen verrassing dat het Hof in deze zaak heeft beslist dat er geen sprake is van het drijven van een onderneming doorat 'de aard en omvang van de werkzaamheden die belanghebbende verricht in tijdsbeslag erg beperkt zijn en dus het normaal actief vermogensbeheer niet te boven gaan'.

<sup>118</sup> Hof Leeuwarden 29 januari 2010, nr. 09/00033, V-N 2010/28.13.



*Rechtbank Haarlem 22 november 2010<sup>119</sup>*

In deze uitspraak ging het om belanghebbende kinderen die aanmerkelijk belang aandelen verkregen in een b.v. van hun overleden vader, welke b.v. zich onder andere bezig hield met het exploiteren van onroerende zaken. In het geding was of de b.v. met het exploiteren van de onroerende zaken een onderneming dreef voor de toepassing van de BOR. De belanghebbenden haalden aan dat hun vader ruim twintig jaar actief is geweest als makelaar en dat hij na zijn pensionering de onroerend-goedactiviteiten heeft voortgezet in de b.v. De makelaardij-activiteiten werden na de pensionering van de vader voortgezet door de kinderen. De makelaardij (de kinderen) en de b.v. werkten nauw samen. Als de makelaardij namelijk een mooi pand tegenkwam werd dit, indien de cliënt daar geen bezwaar tegen had, getipt aan de b.v. Het innen van de huren werd door de makelaardij verricht en de onderhoudswerkzaamheden werden door de b.v. verricht. Gelet op de ervaring en expertise van de overleden vader enerzijds en de nauwe samenwerking tussen de makelaardij en de b.v. anderzijds stelde de belanghebbenden zich op het standpunt dat er sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer en dat de b.v. dus een onderneming dreef met het exploiteren van het vastgoed.

De rechtbank was echter een andere mening toegedaan. De rechtbank oordeelde dat 'de enkele omstandigheid dat erflater over veel expertise en ervaring beschikte door zijn vroegere werk als makelaar en dat de BV nauw samenwerkte met de makelaardij van eiser, geeft de BV mogelijk een zekere voorsprong op andere bedrijven die in dezelfde branche werkzaam zijn, maar eisers zijn er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat op basis daarvan voordelen te verwachten waren die het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan'. Er was naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake van het drijven van een onderneming.

Opvallend aan deze uitspraak vind ik het feit dat de rechtbank heeft beslist dat er geen sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer ondanks het feit dat de rechtbank niet weerspreekt dat de erflater beschikte over specifieke ervaring en expertise op de vastgoedmarkt. Toch denk ik niet dat rechtbank een onterechte uitspraak heeft gedaan. Als ik de feiten in het geding lees krijg ik niet de indruk dat de werkzaamheden van belanghebbende erg omvangrijk zijn geweest en (mede daardoor) niet ten doel hadden het behalen van een rendement dat uitging boven het rendement dat gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer.

*Rechtbank Arnhem 5 januari 2012<sup>120</sup>*

<sup>119</sup> Rechtbank Haarlem 22 november 2010, nr. 09/05470, NTFR 2011/1311.

Belanghebbende verbouwde een boerderij en schuur tot een appartementencomplex waar 12 appartementen in kwamen. Dit appartementencomplex werd na de verbouwing verhuurd aan een uitzendbureau welke de onderverhuur voor haar rekening zou nemen. De enige activiteiten die belanghebbende na de verbouwing verrichtte met betrekking tot de exploitatie van het appartementencomplex is het uitschrijven en innen van huurnota's, het inschakelen van een aannemer bij schade en het beperkt onderhouden van contact met de huurder.

Het feit dat belanghebbende financierings- en investeringsverplichtingen is aangegaan om het appartementencomplex te kunnen gaan verhuren deed naar het oordeel van de rechtbank niet ter zake. Dat is namelijk noodzakelijk om een onroerende zaak als beleggingspand te gaan gebruiken. De rechtbank oordeelde dan ook dat de werkzaamheden onvoldoende waren om van meer dan normaal vermogensbeheer te spreken.

*Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013<sup>121</sup>*

In deze zaak betrof het de vader van belanghebbende die één aandeel in een besloten vennootschap (hierna: b.v.) wilde schenken aan zijn dochter waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Deze b.v. houdt zich voornamelijk bezig met het verhuren van bedrijfspanden en woonhuizen. Toen belanghebbende een beroep deed op de BOR werd dit afgewezen door de inspecteur omdat de b.v. naar zijn mening geen materiële onderneming dreef.

De b.v. heeft een vastgoedportefeuille van 20 tot 25 onroerende zaken met een waarde van tussen de 5 en 6 miljoen euro waarvan ongeveer 2 miljoen is gefinancierd met vreemd vermogen. De activiteiten van de b.v. behelzen onder andere verkoopactiviteiten voor vakantiewoningen in Turkije, het voeren van onderhandelingen met banken en huurders, het aankopen van grond, het verrichten van marktonderzoek, het veelvuldig kopen, bouwen en verbouwen van panden, het voeren van de administratie en projectontwikkeling. Cruciaal daarbij is volgens belanghebbende dat haar vader altijd makelaar/taxateur is geweest en daarmee bijzondere expertise heeft op het gebied van vastgoed en bovendien een zeer uitgebreid netwerk in de regio heeft.

In haar uitspraak verwijst de rechtbank naar drie belangrijke arresten. Aan de hand van deze arresten, te weten Hoge Raad 7 oktober 1981<sup>122</sup>, Hoge Raad 17 augustus 1994<sup>123</sup> en Hoge Raad 9

---

<sup>120</sup> Rechtbank Arnhem 5 januari 2012, nr. AWB 10/4388, *V-N* 2012/15.2.3.

<sup>121</sup> Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, *V-N* 2013/20.18.

<sup>122</sup> Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, *BNB* 1981/299.

<sup>123</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

oktober 2009<sup>124</sup>, leidt zij af dat onder een onderneming moet worden verstaan: 'Een duurzame organisatie die erop is gericht met behulp van arbeid en/of kennis en veelal van kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst, dat wil zeggen baten die het normale rendement overstijgen, te behalen. Van een normaal vermogensbeheer is niet langer sprake indien het rendabel maken van onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid die de eigenaar van de onroerende zaken verricht en welke arbeid naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordelen uit onroerende zaken, die het rendement bij een normaal vermogensbeheer te boven gaan'.

Daarnaast haalde de rechtbank het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 1996<sup>125</sup> aan dat ik eerder in deze paragraaf heb behandeld. In dat arrest kwam naar voren dat voor de beantwoording van de vraag of met de verhuur van onroerende zaken een rendement wordt behaald welke het rendement van normaal vermogensbeheer te boven gaat, slechts van belang is of de ten tijde van de verhuur verrichte werkzaamheden al dan niet meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Een voorbeeld hiervan is dat verbouwingswerkzaamheden die voorafgaande aan de exploitatie worden verricht buiten beschouwing blijven.

Belanghebbende stelde dat haar vader circa 30 uren per week werkzaamheden heeft verricht voor de b.v. De rechtbank achtte dit echter niet bewezen. Daarbij woog mee dat de vader van belanghebbende (slechts) een vergoeding van 15.000 euro heeft gekregen voor de verrichte werkzaamheden, wat niet initieert dat de vader van belanghebbende daadwerkelijk circa 30 uren per week werkzaamheden voor de b.v. heeft verricht.

De rechtbank ging tevens in op het rendement dat door de b.v. werd gemaakt. Belanghebbende stelde namelijk dat er sprake was van een bovengemiddeld rendement, echter werd er in het jaar 2011 slechts een resultaat behaald van 56.322 euro. Dit resultaat afgezet tegen de waarde van de vastgoedportefeuille, te weten 5 á 6 miljoen euro, levert slechts een nettorendement van ongeveer 1%. Belanghebbende had naar de mening van de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat dit een rendement is dat het rendement van normaal vermogensbeheer te boven gaat. Daarbij woog de rechtbank mee dat de totale huuropbrengsten circa 300.000 euro bedroegen in dat jaar. Ik vermoed dat zij hiermee wil aangeven dat er maar weinig winst wordt gemaakt als je dat afzet tegen de huuropbrengsten, waardoor het standpunt dat de vader van belanghebbende

---

<sup>124</sup> Hoge Raad 9 oktober 2009, nr. 43 055, *BNB* 2010/117.

<sup>125</sup> Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232.

arbeid heeft verricht waardoor het rendement ten opzichte van normaal vermogensbeheer te boven gaat ernstig in kracht inboet. Als de vader van belanghebbende namelijk, in lijn met wat belanghebbende beweert, inderdaad zoveel arbeid heeft verricht zou het nettorendement naar verwachting een stuk hoger moeten uitvallen.

Opgemerkt dient te worden dat de rechtbank in dit arrest kijkt naar het werkelijk behaalde nettorendement en dit werkelijk behaalde nettorendement afzet tegen de gerealiseerde huuropbrengsten. Verderop in dit hoofdstuk wordt duidelijk dat het niet relevant is wat het daadwerkelijk behaalde rendement is, maar dat het van belang is of belanghebbende het doel had om met zijn arbeid extra rendement te behalen.

*Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013<sup>126</sup>*

In deze zaak ging het om een belanghebbende die aandelen erfde van haar overleden vader. Het betrof een 100% aandelenpakket in een b.v. waarvan haar vader alle aandelen in zijn bezit had. Op het moment van overlijden van de vader behoorde tot het vermogen van de b.v. 15 panden die allen werden verhuurd. Deze panden hadden op dat moment een boekwaarde van ruim 1,6 miljoen euro. De werkzaamheden van de vader zorgden er volgens belanghebbende voor dat het behaalde rendement beduidend hoger was dan behaald zou zijn bij normaal vermogensbeheer. Zo kon de vader van belanghebbende door gebruik te maken van zijn zakelijke contacten actief onroerend goed van een hoge kwaliteit aankopen waardoor een hoger rendement kon worden gerealiseerd. Dit hoge rendement was naar de mening van belanghebbende mede te verklaren door het feit dat haar vader zelf huurovereenkomsten opstelde, huurders zocht en daarmee het contact onderhield, hij de voorkomende verbouwwerkzaamheden door zijn kennis van de aannemerswereld goedkoper kon laten uitvoeren en hij binnen de vereniging van eigenaren een actieve rol speelde. Daarnaast heeft haar vader van één pand een kantoorbestemming in een woonbestemming weten te wijzigen en het pand juridisch gesplitst.

Belanghebbende heeft in haar beroepschrift een rendementsoverzicht overgelegd waarmee zij wil aantonen dat het behaalde rendement van de b.v. jaarlijks ruim hoger is dan het gemiddelde rendement van de beleggingsmarkt zoals weergegeven in het rapport “De vastgoedbeleggingsmarkt in Nederland 2008”. Het gemiddelde behaalde rendement van de b.v. over de jaren 1995 tot en met 2008 zou volgens dat overzicht bijna 7%-punten hoger liggen (17,7% tegenover 10,8%) dan het behaalde rendement in de markt. Het Hof ging hier echter niet in mee doordat naar haar mening de rendementen van de b.v. niet te vergelijken zijn met de

---

<sup>126</sup>Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NTR* 2014/428.

genoemde marktgegevens, omdat de invloed van de (jaarlijkse) waardeinstijgingen en/of –dalingen van de onroerende zaken niet in de rendementscijfers en het eigen vermogen zijn verwerkt. Dit is namelijk wel het geval bij de vermelde markttrendementen uit het rapport.

Daarnaast ging het Hof in op de werkzaamheden van de vader van belanghebbende en concludeerde zij dat het onderhouden van contacten met huurders, het opmaken van huurovereenkomsten en het actief zijn binnen diverse vereniging van eigenaren werkzaamheden zijn die tot normaal vermogensbeheer behoren. Het eenmalig wijzigen van de bestemming van een pand in 19 jaar tijd is dermate incidenteel dat dit niet valt aan te merken als zijnde een activiteit die binnen een materiële onderneming heeft plaatsgevonden.

Het Hof kwam dan ook tot de conclusie dat er geen sprake was van het drijven van een onderneming. Belanghebbende heeft niet aannemelijk gemaakt dat de door hem verrichte arbeid qua aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft gehad het behalen van een rendement dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat.

*Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014<sup>127</sup>*

Belanghebbende erfde samen met haar zus onder andere aanmerkelijkbelangaandelen in een vennootschap welke zich bezig hield met het exploiteren van onroerende zaken. Met betrekking tot de verkrijging van de aanmerkelijkbelangaandelen waren er twee punten in het geding.

Om te beginnen was er tussen belanghebbende en de inspecteur geen overeenstemming met betrekking tot de waarde van de onroerende zaken die belanghebbende verkreeg. Belanghebbende was namelijk primair van mening dat de waarde van de onroerende zaken gesteld moest worden op de executiewaarden van de panden op een veiling. Secundair was zij van mening dat de waarde van de onroerende zaken gesteld moest worden op de going-concernwaarde van de aandelen. De rechtbank haalt in haar uitspraak artikel 21 van de Successiewet aan welke zegt dat het verkregene in aanmerking wordt genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economische verkeer kan worden toegerekend. Volgens vaste jurisprudentie moet onder de waarde in het economische verkeer worden verstaan ‘de prijs die aanbieder ten verkoop op de voor het goed meest geschikte wijze en na de beste voorbereiding op de dag van overlijden door de best biedende gegadigde zou zijn besteed’<sup>128</sup>. Doordat de vennootschap al jaren winstgevend was gaf de executiewaarde op een

---

<sup>127</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR 2015/364*.

<sup>128</sup> Hoge Raad 6 maart 1963, nr. 14 995, *BNB 1963/113*.

veiling niet de waarde in het economische verkeer weer van de onroerende zaken. De rechtbank heeft niet weersproken dat er sprake was van onderrentabiliteit, maar omdat bij liquidatie een optimale prijs voor de panden kon worden gerealiseerd was waarden op de going concernwaarde niet toegestaan. De waarde van de onroerende zaken moest naar de mening van de rechtbank dan ook gesteld worden op de verkoopwaarde van de onroerende zaken in verhuurde staat, welke 6.850.000 euro bedraagt en bedraagt de waarde van de aandelen daarmee 5.866.072 euro.

Voorts was in geding of de BOR toepassing vond op de verkrijging van de aanmerkelijkbelangaandelen in de vastgoedvennootschap. De vennootschap verhuurde 41 woningen en appartementen, één kantoorruimte en 2 winkelruimtes met een totale waarde in verhuurde staat van ruim 6,8 miljoen euro. De exploitatie en het beheer van de onroerende zaken werd uitbesteed aan een vastgoedservicekantoor. Dit vastgoedservicekantoor verzorgde onder andere het onderhoud, inde de huren, betaalde de rekeningen, optimaliseerde de verhuurposities, woonde de vergaderingen van de vereniging van eigenaars bij, loste geschillen met de huurders op en sloot service- en onderhoudscontracten af. Deze activiteiten had belanghebbende naar het oordeel van de rechtbank terecht toegerekend aan de vennootschap. De werkzaamheden die het vastgoedservicekantoor verrichtte vonden namelijk plaats voor rekening en risico van de vennootschap.

Ondanks dat de werkzaamheden aan de vennootschap werden toegerekend heeft de rechtbank beslist dat er geen sprake is van het drijven van een onderneming. De werkzaamheden bestonden volgens de rechtbank namelijk uitsluitend uit het verhuren van woningen en appartementen en het verhuren van enkele bedrijfsruimten aan derden. Deze werkzaamheden zijn volgens de rechtbank gericht op het behalen van een normaal rendement dat een belegger nastreeft. De renovatie- en grootonderhoudswerkzaamheden en de werkzaamheden ten behoeve van het voorkomen van leegstand en het beperken van debiteurenrisico's hadden ten doel het in stand houden van een redelijk rendement. De omvang van de vastgoedportefeuille deed hieraan, naar de mening van de rechtbank, niet aan af, doordat die omvang op zichzelf beschouwd niet leidt tot de aanwezigheid van meer dan normaal vermogensbeheer. Belanghebbende is voor zover bekend niet in beroep gegaan tegen de uitspraak.

Opvallend is dat de Rechtbank de omvang van de vastgoedportefeuille volledig heeft genegeerd. Het was reeds eerder wel duidelijk geworden dat de omvang van de vastgoedportefeuille niet van doorslaggevend belang is, maar in deze uitspraak lijkt de rechtbank te zeggen dat de omvang

van de vastgoedportefeuille geheel niet van belang is, omdat zij benadrukt dat de omvang op zichzelf beschouwd niet kan leiden tot de aanwezigheid van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit zou betekenen dat de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer geheel gedaan moet worden aan de hand van de verrichte werkzaamheden, afgewogen tegen het extra rendement dat belanghebbende voornemens is te behalen met deze werkzaamheden. De omvang van de vastgoedportefeuille, de wijze van financiering en dergelijke andere criteria zouden dan niet meer relevant zijn.

*Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014*<sup>129</sup>

In deze uitspraak werd belanghebbende door een projectontwikkelaar benaderd om een appartementencomplex te kopen. Dit appartementencomplex was, op het moment van de verkoop aan belanghebbende, door de projectontwikkelaar reeds opgesplitst in vijf afzonderlijke wooneenheden. Belanghebbende kocht het appartementencomplex voor een bedrag van 195.000 euro. 'Na aankoop van het appartementencomplex heeft belanghebbende de volgende werkzaamheden verricht: installatiewerk van leidingen voor water en elektra, het plaatsen van keukens, het aftimmeren van badkamers en het plaatsen van tussenwanden. Voorts heeft hij gaten gedicht, vloeren geïsoleerd, trappen en plafonds geplaatst, dakgoten hersteld, schilderwerk verricht en bergingen voor afvalcontainers en fietsen gerealiseerd'<sup>130</sup>. Na deze verbouwing heeft belanghebbende de vijf appartementen verhuurd aan derden. De vraag die zich voordeed was of de waardesprong die is ontstaan door de verbouwing van het appartementencomplex bij belanghebbende belast moest worden als resultaat uit overige werkzaamheid.

Het Hof kwam tot de volgende conclusie: 'Belanghebbende heeft niet meer gedaan dan het aankopen van een pand dat reeds bouwkundig gereed was om in appartementen te verhuren, en dat pand en die appartementen zodanig opgeknapt dat hij die verhuur kon realiseren. De aard van de werkzaamheden is er derhalve niet op gericht geweest voordelen te behalen die het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan. Daaraan doet niet af dat de werkzaamheden omvangrijk waren en dat belanghebbende daaraan veel tijd heeft gespendeerd en kosten heeft gemaakt'.

---

<sup>129</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, nr. 13/00869, *V-N Vandaag* 2014/2674.

<sup>130</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, nr. 13/00869, *V-N Vandaag* 2014/2674, r.o. 2.9.

Ik ben van mening dat er weinig nieuws in deze uitspraak staat. De activiteiten die belanghebbende heeft gericht hadden ten doel om de appartementen te kunnen verhuren en niet om voordelen te behalen die uitgaan boven die van normaal vermogensbeheer.

In de volgende paragraaf behandel ik twee recente uitspraken van Hof Den Haag<sup>131</sup> en Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>132</sup> waarin beide Gerechtshoven hebben geoordeeld dat er sprake was van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed. Deze twee uitspraken leken voor de verhuurders van onroerende zaken goed nieuws, omdat er een trend zichtbaar leek waarin sneller werd geoordeeld dat er sprake was van het drijven van een onderneming bij het verhuren van vastgoed dan voorheen. De zojuist behandelde uitspraken van Rechtbank Zeeland-West-Brabant<sup>133</sup> en Hof Arnhem Leeuwarden<sup>134</sup> lijken deze trend echter te verstoren door te oordelen dat er geen onderneming werd gedreven.

#### *4.4. Winst uit onderneming*

Nu ik in de paragrafen 4.2 en 4.3 de bronnen resultaat uit overige werkzaamheid en beleggen heb behandeld, valt er enigszins een beeld te schetsen in welke situaties er geen sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Duidelijk is geworden dat het innen van huren, het voeren van een administratie, het onderhouden van contacten met huurders, het zoeken naar nieuwe huurders en het zelf uitvoeren van kleine onderhoudswerkzaamheden, werkzaamheden zijn die tot normaal vermogensbeheer behoren en dus in beginsel niet kunnen leiden tot de kwalificatie van een onderneming. Ook werkzaamheden die zijn verricht voorafgaande aan de verhuur, zoals verbouwingswerkzaamheden om een onroerende zaak gereed te maken voor de verhuur, moeten niet worden meegenomen bij de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming.

Wanneer er volgens de rechtspraak wel sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van onroerend goed tracht ik in deze paragraaf duidelijk te maken. Net als in de vorige paragraaf behandel ik de uitspraken/arresten in een chronologische volgorde, zodat ik meer inzicht krijg in eventuele veranderingen in gedachtegangen van de rechters in de loop der jaren.

---

<sup>131</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, *V-N* 2014/8.22.

<sup>132</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, *V-N* 2014/19.18.

<sup>133</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.

<sup>134</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, nr. 13/00869, *V-N Vandaag* 2014/2674.



*Hoge Raad 1 december 1971*<sup>135</sup>

Belanghebbende heeft 23 huizen in zwaar verwaarloosbare toestand aangekocht, vervolgens volledig gerestaureerd en tot slot verhuurd aan derden. De Hoge Raad nam in overweging dat 'het huizenbezit van belanghebbende voor het merendeel bestond uit in de binnenstad van Z gelegen oude panden, die in sterk verwaarloosbare toestand verkeerden en die, om deze exploitabel te maken, moesten worden gerestaureerd; dat de financiering van aankoop en herstel grotendeels – voor omstreeks 80% - geschiedde door middel van hypothecaire leningen'. Het Hof kwam aan de hand van deze feiten eerder tot de volgende gevolgtrekking: 'Een en ander vergde zoveel bemoeiingen van belanghebbende, dat hij – zelfs met inschakeling van hulpkrachten, zoals personeelsleden van zijn makelaarskantoor – een belangrijk gedeelte van zijn tijd daaraan moet hebben besteed'. De Hoge Raad was daarom dan ook van mening dat de gevolgtrekking die het Hof aan de hand van deze feiten heeft gemaakt niet onbegrijpelijk is en derhalve moet worden geëerbiedigd. De Hoge Raad concludeerde dan ook dat er sprake was van het drijven van een onderneming.

In tegenstelling tot het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 1996<sup>136</sup>, waarbij eerst een aantal panden werden gerenoveerd alvorens deze panden werden verhuurd, ging het in dit arrest om een belanghebbende zowel allerlei panden aan het renoveren als panden aan het verhuren. De Hoge Raad heeft de werkzaamheden met betrekking tot de verhuur en de werkzaamheden met betrekking tot de renovatie samengenomen en geconcludeerd dat het geheel aan verrichte werkzaamheden kwalificeren voor het drijven van een onderneming. Wellicht zou er, net als in het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 1996, in enig jaar, wanneer alle renovatiewerkzaamheden zijn afgerond en belanghebbende louter nog werkzaamheden verricht met betrekking tot de verhuur, een sfeerovergang kunnen plaatsvinden en zouden de werkzaamheden niet langer aangemerkt worden als het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed.

*Hoge Raad 7 oktober 1981*<sup>137</sup>

In dit arrest ging het om een belanghebbende die samen met een compagnon door middel van een vennootschap onder firma onroerende goederen aankocht, exploiteerde en vervreemde. De werkzaamheden van belanghebbende zagen met name op de financiële kant van de

---

<sup>135</sup> Hoge Raad 1 december 1971, nr. 16 617, *BNB* 1972/171.

<sup>136</sup> Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232.

<sup>137</sup> Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, *BNB* 1981/299.

werkzaamheden, terwijl zijn compagnon zich met name bezighield met het werk op het gebied van het onroerend goed. De inspecteur was dan ook van mening dat de activiteiten van de compagnon van belanghebbende een onderneming vormden, maar dat de activiteiten van belanghebbende niet als een onderneming gekwalificeerd konden worden.

Bij de behandeling van het geding oordeelde het Hof dat, 'gezien de loopbaan en het beroep van belanghebbende, hem een behoorlijke kennis en ervaring op het gebied van het ondernemen en het zaken doen in het algemeen niet kan worden ontzegd'. Voorts werd door het Hof in overweging genomen dat belanghebbende zich had verzekerd van de hulp van een uitstekende compagnon op het gebied van vastgoed, er aanvangskapitaal was ingebracht, een grote vastgoedportefeuille (circa 1,7 miljoen gulden) was opgebouwd, welke overigens met veel vreemd vermogen was gefinancierd en verder alle taken met betrekking tot de verhuur werden uitgevoerd door de twee vennoten. Het bovenstaande in ogenschouw nemende is het Hof tot het oordeel gekomen dat: 'belanghebbende en zijn compagnon een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid in het leven hebben geroepen welke op meer dan incidentele basis aan het maatschappelijke verkeer deelneemt en waarbij de factor arbeid, qua aard en omvang van zodanig belang is dat deze geacht kan worden ten doel te hebben het behalen van voordelen uit onroerende goederen, welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaan'. Dit oordeel van het Hof gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

In de vorige paragraaf bij de behandeling van het arrest van de Hoge Raad van 3 november 1982<sup>138</sup> heb ik reeds aangegeven dat de feiten uit dat arrest en het hier behandelde arrest nagenoeg identiek zijn, maar dat de Hoge Raad in beide arresten verschillend heeft beslist. Ik gaf aan dat een mogelijke oorzaak gezocht kon worden in het verschil in de omvang van de vastgoedportefeuille. Bij de behandeling van de omvang van de vastgoedportefeuille in paragraaf 4.5.3. zal ik nader toelichten dat aan de omvang van de vastgoedportefeuille als criterium weinig waarde wordt gehecht door de gerechtelijke instanties, maar dat de vastgoedportefeuille als criterium niet direct aan de kant geschoven dient te worden.

Het verschil in beide arresten moet naar mijn mening gezocht worden in de beoordeling van de aard en omvang van de werkzaamheden. Deze werkzaamheden moeten qua aard en omvang van zodanig belang zijn dat deze geacht worden ten doel te hebben het behalen van een extra rendement. Ik ben van mening dat de rechter in het hierboven besproken arrest de activiteiten

---

<sup>138</sup> Hoge Raad 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB* 1982/239.

van belanghebbende niet juist heeft beoordeeld. De Hoge Raad heeft naar mijn mening niet aannemelijk gemaakt dat belanghebbende activiteiten verricht die ten doel hebben het behalen van een rendement welke het rendement van normaal vermogensbeheer te boven gaat. Belanghebbende verricht namelijk geen activiteiten die ongebruikelijk zijn bij een (normaal) vermogensbelegger of welke qua aard en omvang ten opzichte van de omvang van de vastgoedportefeuille zodanig van belang zijn dat ze ten doel hebben het behalen van extra rendement.

*Hoge Raad 17 augustus 1994<sup>139</sup>*

Belanghebbende was eigenaar van twee panden waarin hij in totaal 18 kamers verhuurde. Onderhoudswerkzaamheden aan de panden werden door belanghebbende zelf verricht. Daarnaast inde hij zelf de huren, verzorgde de administratie, hield hij de gemeenschappelijke ruimten schoon, verrichtte hij administratieve werkzaamheden ten behoeve van derden en stelde hij incidenteel tegen vergoeding gereedschappen ter beschikking van derden. De werkzaamheden bedroegen naar schatting 1430 uur per jaar. Het Hof had in eerste aanleg geoordeeld dat er geen sprake was van een onderneming, omdat belanghebbende naar haar mening onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat de werkzaamheden die hij aan de panden heeft verricht, meer hebben omvat dan de werkzaamheden die gewoonlijk worden opgeroepen door kamerverhuur. Het feit dat belanghebbende de onderhoudswerkzaamheden en de schoonmaakwerkzaamheden zelf verrichtte, zonder daarvoor een afzonderlijke vergoeding te bedingen, kan volgens het Hof evenmin leiden tot het drijven van een onderneming, omdat het immers niet ongebruikelijk is dat dergelijke werkzaamheden worden verricht bij kamerverhuur. Voorts zouden de werkzaamheden naar het oordeel van het Hof niet zodanig zijn geweest dat gesproken kon worden van een organisatie die als onderneming kon worden gekwalificeerd.

De Hoge Raad verwierp de uitspraak van het Hof echter op basis van het feit dat 'het Hof hetgeen belanghebbende had aangevoerd omtrent het geheel van de door hem persoonlijk ter zake van de verhuur verrichte arbeid en het door hem daarmee behaalde rendement, onvoldoende heeft onderzocht of aard en omvang van de door belanghebbende ter zake van de kamerverhuur verrichte werkzaamheden meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Immers, in een geval als het onderhavige is van normaal vermogensbeheer geen sprake, indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en

---

<sup>139</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan'. De Hoge Raad verwierp daarmee de uitspraak van het Hof en verwees het geding door naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing van de zaak.

*Hof 's-Gravenhage 10 april 1995<sup>140</sup>*

In deze uitspraak kwam het Hof met een antwoord op de vraag of belanghebbende een onderneming drijft met de verhuur van 18 kamers. Deze vraag is namelijk onbeantwoord gebleven in het verwijzingsarrest van de Hoge Raad dat ik hiervoor heb behandeld. Het hof overwoog of belanghebbende werkzaamheden heeft verricht, welke hij niet zou hebben verricht indien hij niet het onmiskenbare streven had een hoger dan normaal rendement te behalen. Het Hof was van mening, zonder dit uitgebreid toe te lichten, dat belanghebbende met zijn werkzaamheden de zo-even bedoelde gebruikelijke werkzaamheden te boven is gegaan en dat er dus niet gesproken kan worden van normaal vermogensbeheer.

Ik ben van mening dat het Hof met haar uitspraak een kans heeft gemist om een duidelijke uiteenzetting te geven over de wijze waarop beoordeeld dient te worden of er sprake is van het drijven van een onderneming bij kamerverhuur en de activiteiten die daar bij komen kijken. Belanghebbende verrichtte namelijk de standaard werkzaamheden die komen kijken bij het verhuren van onroerende zaken, zoals het innen van huren, het zoeken naar huurders en het verzorgen van de administratie, maar daarnaast verrichtte belanghebbende de schoonmaak- en onderhoudswerkzaamheden ook zelf. Bovendien heeft belanghebbende exacte gegevens verstrekt over het aantal uren dat hij werkzaamheden heeft verricht en over het (bruto-) rendement dat hij heeft behaald met de verhuur van de kamers. Uit niet gepubliceerde gedeelten van de gedingstukken is volgens de noot bij het arrest van de Hoge Raad op te maken dat dit bruto-rendement circa 20% bedroeg. Het Hof had dus veel meer woorden kunnen besteden aan de manier waarop zij tot haar conclusie is gekomen en waarom zij van mening is dat in casu belanghebbende de grens van normaal vermogensbeheer heeft overschreden.

In de vorige paragraaf heb ik de uitspraak van Hof Arnhem van 22 augustus 1997<sup>141</sup> behandeld. De werkzaamheden uit die uitspraak komen voor een groot gedeelte overeen met de werkzaamheden uit deze uitspraak. De werkzaamheden in de uitspraak van Hof Arnhem bestonden uit het innen van huren, oplossen van problemen met de huurders en het

---

<sup>140</sup> Hof 's-Gravenhage 10 april 1995, nr. 94/3007, V-N1995/2799.

<sup>141</sup> Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N1997/4707.

schoonhouden van de hal, het trappenhuis en de keuken van een van de panden. De werkzaamheden in de uitspraak van Hof 's-Gravenhage bestonden uit het innen van huren, verzorgen van de administratie, onderhoudswerkzaamheden en het schoonhouden van de gemeenschappelijke ruimten. Als we het innen van huren en het verzorgen van de administratie niet meenemen in de vergelijking, dit zijn namelijk werkzaamheden die normaal zijn bij het beheren van vermogen in onroerende zaken, is het verschil dat belanghebbende in de uitspraak van Hof 's-Gravenhage zowel schoonmaak- als onderhoudswerkzaamheden verrichtte, terwijl belanghebbende in de uitspraak van Hof Arnhem alleen zorg droeg voor de schoonmaakwerkzaamheden. Dit zou wellicht de reden kunnen zijn dat de Hoven verschillend hebben beslist. In ieder geval durf ik te stellen dat deze twee uitspraken op de grens zitten tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal vermogensbeheer en wil ik nogmaals benadrukken dat het erg jammer is dat het Hof 's-Gravenhage niet meer woorden heeft gebruikt om aan te geven hoe zij tot haar conclusie is gekomen. Graag had ik ook gezien dat het Hof Arnhem een parallel had getrokken met de uitspraak van Hof 's-Gravenhage om aan te geven waarom in dat geding geen sprake was van het drijven van een onderneming en waarom in het geding van Hof 's-Gravenhage wel.

*Hof Arnhem 9 augustus 2006<sup>142</sup>*

Belanghebbende verhuurde drie “ramen” met de daar achterliggende kamers en de gezamenlijke ruimten aan prostituees. Deze dames konden daar zeven dagen per week, twee dagdelen per dag hun werkzaamheden verrichten. Belanghebbende stelde wekelijks een rooster op waarin stond welke dames er op welk dagdeel gebruik mochten maken van de ramen en de daarbij behorende ruimten. Daarnaast waste zij het beddengoed en voor een aantal dames zorgde zij dat er voldoende schone handdoeken aanwezig waren. Kleine onderhoudswerkzaamheden verrichtte zij of haar ex-man zelf. Belanghebbende zag tevens toe op de schoonmaak van het pand. De gemeenschappelijke ruimten maakte ze zelf schoon en op de werkkamers hield ze streng toezicht dat die door de dames zelf werden schoongemaakt en anders maakte ze deze zelf schoon. Doordat ze de huren vaak per dag of per week inde en zij toezicht hield op de kamers was zij zelf vaak in het pand aanwezig. Het pand is destijds voor een bedrag van 55.000 gulden aangekocht en de netto-opbrengst bedroeg in de jaren 1995 tot en met 1998 respectievelijk 67.000, 64.000, 98.000 en 112.000 gulden.

---

<sup>142</sup> Hof Arnhem 9 augustus 2006, nr. 04/0249, V-N 2006/58.1.5.

Het Hof haalde in haar uitspraak een belangrijke rechtsregel uit het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994<sup>143</sup> aan, welke zij blijkbaar hanteerde als “de stelregel” om te beoordelen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Deze rechtsregel luidt als volgt: ‘Van normaal vermogensbeheer is in een geval als het onderhavige geen sprake indien het rendabel maken van onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen die het bij normaal vermogensbeheer opkomend rendement te boven gaan’. Het Hof vervolgde haar uitspraak door te oordelen dat ‘de door belanghebbende gekozen manier van exploiteren - verhuur per dagdeel aan wisselende huursters voor prostitutie, het door haar daarop gehouden toezicht, de verzorging van beddengoed en eventueel handdoeken, het zelf verrichten van klein onderhoud - en het benodigde toezicht op en de eigen inzet ter zake van de daaraan door de gemeente gestelde eisen van hygiëne brengen voor belanghebbende extra werkzaamheden met zich mee waartegenover – naar het Hof mede afleidt uit de hoogte van de opbrengsten - extra voordelen ontstaan in de vorm van een hoger netto rendement dan bij bijvoorbeeld reguliere kamerverhuur zou zijn behaald’. Om die reden kon niet worden gesproken van normaal vermogensbeheer, maar moesten de voordelen als voortkomende uit een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid worden gekwalificeerd als winst uit onderneming.

Hier zien we dat ondanks een (zeer) kleine vastgoedportefeuille, te weten 55.000 gulden, er toch sprake is van een onderneming. Deze uitspraak bevestigt dan ook mijn vermoeden dat de waarde van de vastgoedportefeuille van ondergeschikt belang is ten opzichte van de verrichte arbeid. Ondanks dat in de hierboven besproken uitspraak niet staat vermeld hoeveel uren belanghebbende besteedde aan de werkzaamheden met betrekking tot de verhuur van de onroerende zaak kan ik aan de opsomming van haar werkzaamheden wel afleiden dat hier behoorlijk veel uren mee zijn gemoeid. Ik kan mezelf dan ook vinden in de uitspraak van het Hof, omdat ik van mening ben dat personen die zich op een dergelijke actieve wijze bezig houden met het rendabel maken van onroerend goed, niet louter beleggen, maar een onderneming drijven.

*Hof Arnhem 15 april 2009<sup>144</sup>*

Belanghebbende was eigenaar van een pand bestaande uit zes kantoorunits en een woning. De woning werd door belanghebbende zelf bewoond en één van de kantoorunits was om niet in

---

<sup>143</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

<sup>144</sup> Hof Arnhem 15 april 2009, nr. 08/00291, *V-N* 2009/40.10.

gebruik bij de vader van belanghebbende. Gemiddeld stonden er niet meer dan drie huurders ingeschreven voor de kantoorunits. De werkzaamheden die belanghebbende met betrekking tot de verhuur verrichtte betreffen de volgende: het innen van huren, het verzorgen van de administratie, het uitvoeren van onderhoud, het schoonmaken van de kantoorunits, het repareren en vervangen van de stoffering van de kantoorunits en van andere zaken die niet goed werken. Voor het schoonmaken van de kantoorunits ontving belanghebbende een afzonderlijke vergoeding.

Net als in de vorige uitspraak verwees het Hof naar het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994. Daarbij kwam wederom de rechtsregel dat “van normaal vermogensbeheer geen sprake is indien het rendabel maken van onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar aard en omvang onmiskkenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen die het bij normaal vermogensbeheer opkomend rendement te boven gaan”, te sprake. Het Hof zei dat zij van mening is dat de werkzaamheden die belanghebbende in casu verrichtte ter zake van de verhuur, de werkzaamheden die bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk zijn te boven gingen.

Het Hof greep in haar uitspraak terug naar het Hoge Raad arrest van 17 augustus 1994 waarin de Hoge Raad een duidelijke rechtsregel heeft geformuleerd wanneer er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het feit dat het Hof dit arrest aanhaalde is dan ook niet meer dan logisch, echter ben ik van mening dat zij de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel niet op de juiste heeft toegepast.

Als we deze rechtsregel nader bekijken zien we dat deze is opgebouwd uit twee onderdelen. Ten eerste moet er sprake zijn van arbeid die persoonlijk door de eigenaar wordt verricht. Wat daar precies mee wordt bedoeld behandel ik in paragraaf 5.2.1. Ten tweede moet deze arbeid onmiskkenbaar ten doel hebben het behalen van voordelen die het bij normaal vermogensbeheer opkomend rendement te boven gaan. Dit laatste wil zeggen dat het nettorendement door de arbeid moet toenemen ten opzichte van de situatie waarin deze “extra” arbeid niet wordt verricht. Ik heb het woordje extra opzettelijk tussen aanhalingstekens geplaatst om aan te geven dat ook een (normaal) vermogensbeheerder arbeid zal verrichten bij het beheren van zijn vermogen. Eerder in dit hoofdstuk heb ik al aangegeven dat bijvoorbeeld het innen van huren en het verzorgen van een administratie vormen van arbeid zijn die “normaal” zijn bij het beleggen van vermogen in onroerende zaken. Indien men een onderneming wil drijven bij de verhuur van onroerende zaken is het dus juist de bedoeling dat men net dat beetje “extra” arbeid verricht

waardoor het netto rendement zal stijgen ten opzichte van een vermogensbelegger die dat niet doet. Deze “extra” arbeid, welke ook wel arbeid-plus wordt genoemd, moet naar zijn aard en omvang onmiskenbaar ten doel hebben het behalen van extra rendement. In deze casus zou het schoonhouden van de units wellicht als extra arbeid beschouwd kunnen worden, maar het is niet duidelijk in hoeverre deze arbeid heeft geleid tot een hoger netto rendement of in hoeverre belanghebbende ten doel had om met deze arbeid een hoger rendement te behalen dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer.

Het Hof ging in haar uitspraak louter in op het feit dat belanghebbende persoonlijk arbeid heeft verricht. Of belanghebbende daarnaast ook onmiskenbaar ten doel had het behalen van extra rendement werd niet behandeld door het Hof. Om die reden paste het Hof de rechtsregel naar mijn mening niet op de juiste wijze toe. Dit feit betreur ik des te meer omdat het in deze uitspraak alles behalve vanzelfsprekend is dat belanghebbende met zijn arbeid een extra rendement heeft beoogd, laat staan behaald. Doordat de waarde van de onroerende zaak niet was gegeven is het moeilijk af te wegen of het behaalde rendement hoger is dan gebruikelijk. Feit blijft wel dat belanghebbende met de exploitatie in 2001 een verlies heeft geleden van 4.973 euro en in 2002 een verlies van 5.983 euro. Het feit dat er een verlies werd geleden wil nog niet per definitie zeggen dat het rendement daarmee lager is dan gebruikelijk, maar het kan echter wel vraagtekens opwekken bij de vraag of er überhaupt wel een extra rendement te behalen viel en of belanghebbende een onderneming dreef.

Hoe het ook zijn mag, het Hof legde in ieder geval geen enkel verband tussen het rendement en de aard en omvang van de arbeid. Hiermee sloeg het Hof in mijn ogen de plank mis en ben ik van mening dat het Hof op basis van deze gegevens geen goed oordeel heeft kunnen geven over de vraag of belanghebbende met de verhuur van zijn onroerende zaak een onderneming dreef.

*Hof Den Haag 20 december 2013<sup>145</sup>*

In deze uitspraak betrof het aanmerkelijkbelang aandelen in diverse vennootschappen met een vastgoedportefeuille van vele miljoen euro's die krachtens erfrecht werden verkregen door de heer Y, en de drie kinderen A, B en C. Deze vennootschappen hielden zich bezig met de verhuur van huizen en bedrijfspanden. De heer Y verrichtte wekelijks ongeveer 25 uur werkzaamheden voor deze vennootschappen en de heer B ruim 50 uur per week. De werkzaamheden van de heren Y en B behelsden volgens rechtsoverweging 7.3. onder andere 'het zoeken en selecteren van huurders, het bepalen van huurprijzen van woningen en/of opslagruimten, het voeren van

<sup>145</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22.



correspondentie met betrekking tot het aangaan van huurovereenkomsten en huurachterstanden, het afhandelen van vragen of opmerkingen van huurders, het beoordelen van het benodigde onderhoud, het overleg met de technisch beheerder en de administrateur, het onderhouden van contacten met aannemers, gemeentelijke diensten en nutsbedrijven, het aanvragen van offertes en het verstrekken van opdrachten aan aannemers, de bezichtiging en de beoordeling van eventuele aankopen van onroerende goed, het lezen van vakliteratuur en het onderhouden van kennis aangaande onroerend goed in verband met huurprijzen in de omgeving van de panden in de portefeuille’.

Het Hof achtte het belangrijk dat er ‘geen sprake is van huurachterstand en dat er hoegenaamd geen sprake is van leegstand, wat zorgt voor een betere cashflowpositie ten opzichte van wat gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer’. De inspecteur had niet betwist dat deze betere cashflowpositie met name was ontstaan door de werkzaamheden van B. Dit bracht naar de mening van het Hof mee dat ‘het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer’. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat Y en B jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van de onroerendgoedportefeuille. Bovendien stelt het Hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement wordt behaald dan anders het geval zou zijn.

Het Hof paste het in vele uitspraken aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994<sup>146</sup> toe zoals dit naar mijn mening is bedoeld en legde dat arrest nogmaals in eigen bewoordingen uit. Het Hof zei dat de werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard moeten zijn dat er sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Hierbij heeft ze tevens de waarde van de onroerende zaken en de jarenlange ervaring en expertise van belanghebbenden in ogenschouw genomen bij de beoordeling van het geding.

De staatssecretaris van Financiën was in eerste instantie in cassatie gegaan tegen de uitspraak van het Hof Den Haag, maar heeft laten weten dat hij zijn pro-formaberoepschrift intrekt<sup>147</sup>. Daarbij gaf de staatssecretaris van Financiën aan dat ‘als er in het kader van de verhuur van onroerende zaken sprake wil zijn van een onderneming de aard en omvang van de verrichte arbeid meer in dient te houden dan de arbeid die normaal gepaard gaat met het beheer van

---

<sup>146</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

<sup>147</sup> *V-N* 2014/19.17.

onroerend goed'. Daarnaast dient er een duidelijk causaal verband te bestaan tussen de meerarbeid (synoniem voor "arbeid-plus" zoals ik dat eerder noemde") en het behaalde resultaat. Deze meerarbeid moet zijn verricht met het oog op het behalen van een hoger (netto)rendement, dan dat met normaal vermogensbeheer het geval is. De staatssecretaris van Financiën gaf daarbij aan dat gegeven de voormelde rechtsopvatting hij niet anders kan concluderen dan dat het Hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

De redactie van het Vakstudie Nieuws<sup>148</sup> merkte naar mijn mening terecht op dat de staatssecretaris van Financiën niet geheel terecht spreekt van een "rechtsopvatting". Dit initieert namelijk dat de voorwaarden wanneer sprake is van het drijven van een onderneming in onroerende zaken vastomlijnd zijn en dat er een "algemeen heersende opvatting in het recht" zou zijn over het drijven van een onderneming in onroerende zaken. Het probleem bij de kwalificatie van een onderneming bij de verhuur van vastgoed zit hem juist in het feit dat die voorwaarden niet vastomlijnd zijn. Dit is ook de reden dat er zoveel procedures worden gevoerd met betrekking tot het drijven van een onderneming in onroerende zaken.

De staatssecretaris van Financiën liet overigens wel duidelijk doorschemeren het niet eens te zijn met de beoordeling van de feiten door het Hof Den Haag. Er is in cassatie echter geen plaats voor een hernieuwd feitenonderzoek, waardoor zijns inziens in cassatie gaan zinloos is. Aan het feitencomplex is tenslotte niets veranderd en deze is reeds beoordeeld door het Hof Den Haag, welke beoordeling geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

Hieraan doet naar mijn mening echter niet af dat het Hof op bepaalde punten wat uitgebreider had mogen zijn. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld niet expliciet geconcretiseerd waaruit die meerarbeid nu precies bestond en in welke mate die meerarbeid het rendement in positieve zin heeft bevorderd. Dat neemt echter niet weg dat ik mij wel kan vinden in de uitspraak van het Hof. De wijze waarop de vennootschappen - waarin Y en B participeren - het vastgoed hebben geëxploiteerd, het aantal uren die Y en B er in hebben gestoken en de waarde van de vastgoedportefeuille, rechtvaardigen mijns inziens dat het Hof heeft beslist dat er sprake is van het drijven van een onderneming.

Opmerkelijk aan deze uitspraak is overigens wel dat het Hof een zeer grote waarde leek te hechten aan een goede cashflowpositie. Deze term heb ik namelijk nog niet eerder voorbij zien komen in uitspraken met betrekking tot de verhuur van onroerende zaken. Het blijft naar mijn mening dan ook even afwachten of deze term als nieuw criterium gebruikt zou kunnen worden

---

<sup>148</sup> Noot bij Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/19.17.

bij de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Ik zou echter wel een voorstander zijn om de cashflowpositie als criterium te gebruiken. Een goede cashflowpositie, die voortkomt uit het feit dat er geen huurachterstand en/of leegstand is, welke op haar plaats weer voortkomt uit nauwe betrokkenheid van de verhuurder(s), kan in mijn ogen alleen worden veroorzaakt door op een professionele wijze veel energie en arbeid in de verhuur te steken. Deze professionele aanpak kan in mijn ogen zeker gebruikt worden als indicator voor het drijven van een onderneming. Aan de andere kant betoogt Hoogeveen<sup>149</sup> dat een nauwe betrokkenheid bij de huurders geen goed criterium is, tenzij aannemelijk gemaakt kan worden dat andere huurders een slechte relatie met de huurders hebben. Zij vindt het overigens meer dan normaal dat verhuurders een goede band hebben met de huurders en nauw betrokken zijn. Dat volgt volgens Hoogeveen niet alleen uit de regels van fatsoen, maar ook omdat er sprake is van een klant die voor het gebruik van de panden betaalt, dan lijkt het haar ook niet meer dan logisch dat je daar als verhuurder fatsoenlijk mee omgaat.

*Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014<sup>150</sup>*

De vader van belanghebbende was makelaar en samen met zijn vrouw eigenaar van een b.v. waarvan de activiteiten voornamelijk bestonden uit het verhuren van bedrijfspanden en woonhuizen. Doordat belanghebbende één aandeel in de b.v. kreeg geschonken van haar ouders was het voor de toepassing van de BOR van belang of de b.v. een onderneming dreef met de verhuur van de onroerende zaken.

De vastgoedportefeuille bestond uit ongeveer 20 tot 25 onroerende zaken met een waarde van bijna 4 miljoen euro. Deze onroerende zaken waren deels gefinancierd met vreemd vermogen. Doordat de vader van belanghebbende als drijvende kracht binnen de b.v. kon worden beschouwd was het volgens het Hof van belang hoe de werkzaamheden van de vader van belanghebbende gekwalificeerd konden worden.

Bij deze kwalificatie heeft het Hof aandacht besteed aan het feit dat belanghebbende als makelaar nog steeds een omvangrijk zakelijk netwerk had en hij dit netwerk heeft gebruikt om een aantal projecten te realiseren. Deze projecten bestonden veelal uit verbouwingen en aan- en verkoop van panden. Hiervoor voerde de vader van belanghebbende vele vergaderingen met de Raad van Bestuur, mede-ondernemers, architecten en de bank, maar was hij ook bezig met het aantrekken van potentiële kopers en het begeleiden en ondersteunen van bouwprojecten.

---

<sup>149</sup> M.J. Hoogeveen, "Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed", *FBN* 2014/10.

<sup>150</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, *V-N* 2014/19.18.

Volgens het Hof maakten ‘met name de aard en omvang van deze projecten, naast de al bestaande omvangrijke vastgoedportefeuille, de arbeid die daarmee was gemoeid, gericht op het behalen van een hoger rendement’. Het Hof oordeelde dan ook dat de vader van belanghebbende een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid dreef, welke was gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen en waarbij winst ook redelijkerwijs te verwachten viel.

Een belangrijke passage in deze uitspraak is opgenomen in rechtsoverweging 4.8 waarin het Hof afstand deed van de standpunten die partijen innamen met betrekking tot de behaalde (vermogensbeheer)rendementen. Belanghebbende had de gerealiseerde rendementen vergeleken met behaalde (lagere) rendementen op spaarrekeningen terwijl de inspecteur de behaalde rendementen had vergeleken met (hogere) directe rendementen van de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex. Het Hof concludeerde dat ‘de gerealiseerde rendementen en de rendementen waarmee de partijen deze vergeleken zijn niet behaald bij, naar aard en omvang, vergelijkbare activiteiten als die van de b.v.’. Het Hof achtte overigens een dergelijke cijfermatige benadering slechts beperkt bruikbaar bij de beoordeling of belanghebbende meer dan normaal vermogensbeheer heeft nagestreefd. De verwachting dat er een rendement wordt behaald dat uitgaat boven het rendement dat zou worden behaald bij normaal vermogensbeheer hoeft namelijk nog niet zichtbaar te zijn in de reeds behaalde resultaten.

In de noot behorende bij deze uitspraak wordt gezegd dat ‘door deze uitspraak, het er op lijkt dat de uitspraak van Hof Den Haag van 20 december 2013 geen uitzondering meer is en we dichter bij de formulering komen van een algemene rechtsopvatting voor beantwoording van de vraag wanneer sprake is van het drijven van een onderneming in onroerende zaken’. Op basis van deze twee uitspraken komt de schrijver van deze noot tot de volgende rechtsopvatting: ‘Er is sprake van het drijven van een onderneming in onroerende zaken als de activiteiten worden ontplooid met het doel om een rendementsverbetering tot stand te brengen’.

#### *4.5. Conclusie/samenvatting*

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal: *Welke criteria zijn volgens de jurisprudentie maatgevend voor de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed?* In de loop der jaren is er veel jurisprudentie geweest die betrekking heeft op het ondernemingsbegrip bij de verhuur van onroerende zaken. Deze jurisprudentie heb ik in dit hoofdstuk uitgebreid besproken. Aan de hand van deze jurisprudentie valt op te maken dat al deze procedures beoordeeld werden door het totaal van feiten en omstandigheden in

ogenschouw te nemen. Een duidelijke rangschikking van het belang van de verschillende feiten en omstandigheden is niet te maken. Criteria die echter vaak terugkomen zijn aard en omvang van de arbeid, ervaring/expertise en rendement. Deze criteria zou ik dan ook als maatgevend willen beschouwen voor de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed. Ondanks dat er geen duidelijke rangschikking gemaakt kan worden tussen deze criteria valt er wel het een en ander toe te lichten aan deze criteria. In het volgende hoofdstuk geef ik dan ook enkele observaties die ik heb gedaan naar aanleiding van de jurisprudentie en de literatuur.

## Hoofdstuk 5: Observaties en aanbevelingen

### 5.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik jurisprudentie besproken waarin door de rechters werd beoordeeld of er een onderneming werd gedreven bij de verhuur van onroerende zaken. Bij het lezen van deze jurisprudentie ben ik veel criteria tegengekomen welke de gerechtelijke instanties hebben gebruikt om te bepalen of er sprake is van het drijven van een onderneming. Ook in de literatuur zijn er de afgelopen tijd verschillende artikelen verschenen waarin schrijvers hun licht werpen op de problematiek rond de kwalificatie van een onderneming bij het drijven van een onderneming. Door het lezen van deze artikelen en het kritisch doornemen van de jurisprudentie ben ik tot een aantal observaties gekomen. Deze observaties bespreek ik in paragraaf 5.2 aan de hand van de volgende deelvraag: *Welke conclusies kunnen er getrokken worden aan de hand van de literatuur en jurisprudentie die gebruikt kunnen worden bij de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed?*

In paragraaf 5.3 bespreek ik enkele problemen die veroorzaakt worden door het hanteren van een open norm en kom ik tot enkele aanbevelingen die er naar mijn mening voor kunnen zorgen dat (een deel van) de problemen worden weggenomen. Dit doe ik aan de hand van de volgende deelvraag: *Op welke manier zou de onduidelijkheid bij belastingplichtigen, met betrekking tot de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed, (deels) weggenomen kunnen worden?*

### 5.2. Observaties

#### 5.2.1. Arbeid moet persoonlijk zijn verricht

Deze observatie komt letterlijk terug in het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994<sup>151</sup> waarin de Hoge Raad het volgende opmerkte: ‘Er is sprake van meer dan normaal vermogensbeheer, indien het rendabel maken van onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat’. De vraag blijft dan wel wat onder het “persoonlijk” verrichten van arbeid verstaan moet worden. Uitbesteden

---

<sup>151</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

van werkzaamheden zou volgens de letterlijke interpretatie van deze definitie niet zijn toegestaan.

Stevens en Wetterhahn<sup>152</sup> trekken in hun artikel de vergelijking met de discussie omtrent de zorgcorporaties. De staatssecretaris van Financiën heeft zich in een besluit<sup>153</sup> op het standpunt gesteld dat de zorgcorporaties zelf zorg moeten aanbieden en dat niet mogen inkopen. De Hoge Raad heeft echter onlangs in een arrest<sup>154</sup> bepaald wat onder het persoonlijk verrichten van arbeid moet worden verstaan. In dat arrest ging het om een thuiszorginstelling die recht wilde hebben op een vrijstelling voor VPB-heffing. Daarvoor moest de thuiszorginstelling voldoen aan een aantal voorwaarden, waaronder het persoonlijk verrichten van zorg aan de zorgvragers. Deze thuiszorginstelling werkte echter door middel van zogeheten steunpunten. Zorgvragers konden zich bij een dergelijk steunpunt melden en vervolgens werd er door tussenkomst van een zorgcoördinator een zorgverlener aangewezen die de zorg op zich mocht nemen. Deze zorgverleners waren ZZP'ers die voor risico van de thuiszorginstelling zorg verrichtten ten behoeve van de zorgvragers. De thuiszorginstelling kreeg vervolgens een vergoeding uit het AWBZ-fonds waaruit zij op haar beurt de zorgverlenende ZZP'ers betaalde.

De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de thuiszorginstelling geen recht had op de vrijstelling voor de VPB-heffing. De Hoge Raad zei hierover het volgende: 'Dat belanghebbende een toegelaten AWBZ-thuiszorginstelling is en de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de werkzaamheden van de zorgverleners bij belanghebbende berust, betekent niet dat, bezien vanuit de zorgvragers, belanghebbende de instelling is die de zorg verleent'. Stevens en Wetterhahn trekken hieruit de volgende conclusie: 'De belastingplichtige zal dus in elk geval juridisch verantwoordelijk en economisch risicodragend moeten zijn van de totale activiteit en ook naar buiten toe actief moeten uitdragen dat zij de aanbieder is van de totale dienst'.

De jurisprudentie zegt dat de werkzaamheden persoonlijk moeten zijn verricht. Hiervoor maakt het niet uit of belanghebbende dit zelf verricht of zijn werknemers<sup>155</sup>. Tenslotte moet worden beoordeeld of er een onderneming wordt gedreven en niet of belanghebbende zelf een ondernemer is. Het uitbesteden van werkzaamheden lijkt niet onder de definitie van het persoonlijk verrichten van werkzaamheden te vallen. Dit kan op basis van het hiervoor

---

<sup>152</sup> S.A. Steven en D.G.M. Wetterhahn, "Exploitatie van vastgoed en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten", *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/4, p 8-15.

<sup>153</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 8 december 2009, nr. CPP2009/1368M, Stcrt. 2009, 19194, onderdeel 4.3.

<sup>154</sup> Hoge Raad 4 april 2014, nr. 13/03547, *V-N* 2014/17.11.

<sup>155</sup> Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976/860.

besproken arrest echter anders zijn indien de werkzaamheden in het perspectief van de afnemer (huurder) door belanghebbende (verhuurder) zelf wordt verricht.

Dit is echter strijdig met de meest recente uitspraak in dit kader te weten de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 6 november 2014<sup>156</sup> waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat ‘voor de beoordeling van het ondernemerschap, anders dan de inspecteur meent, de werkzaamheden van C toegerekend dienen te worden aan A BV. Immers, deze werkzaamheden vinden plaats voor rekening en risico van A BV’. In deze uitspraak ging het over een b.v. (A BV) die vastgoed exploiteerde, maar het onderhoud en het beheer van de panden uitbesteedde aan een vastgoedservicekantoor. De rechtbank oordeelde, in tegenstelling tot wat Stevens en Wetterhahn menen, dat de uitbestede werkzaamheden wel degelijk toegerekend konden worden aan belanghebbende, omdat de werkzaamheden voor rekening en risico van belanghebbende zijn verricht. Dit strookt dus niet met de stelling van Stevens en Wetterhahn, tenzij de rechtbank hiermee wilde zeggen dat belanghebbende naar buiten toe actief heeft uitgedragen dat hij/zij de aanbieder van de totale dienst is. Dit laatste betwijfel ik echter, waardoor de uitspraak van de rechtbank naar mijn mening niet strookt met wat Stevens en Wetterhahn in hun artikel stelden.

Ook Rozendal geeft in zijn noot<sup>157</sup> bij de hiervoor genoemde uitspraak van Rechtbank-Zeeland-West-Brabant aan dat hij van mening is dat de rechtbank de uitbestede werkzaamheden onterecht aan belanghebbende heeft toegerekend. Rozendal zegt hierover het volgende: ‘De toerekening van arbeid die namens de belastingplichtige of in opdracht van de belastingplichtige door derden wordt verricht, geschiedt in de regel bij de beoordeling of sprake is van row. In casu gaat het echter om het onderscheid tussen ondernemen en beleggen. Ik ben van mening dat het toerekenen van de arbeid van derden in dat geval niet zou moeten plaatsvinden’. Ik ben het eens met Rozendal dat het toerekenen van arbeid die namens de belastingplichtige of in opdracht van de belastingplichtige door derden wordt verricht, in de regel geschiedt bij de beoordeling of sprake is van resultaat uit overige werkzaamheid. Echter ben ik van mening dat dit toerekeningsvraagstuk ook van belang kan zijn bij het onderscheid tussen ondernemen en beleggen. Als belanghebbende door bijvoorbeeld ervaring en expertise op het gebied van de vastgoedsector, op een zeer rendabele wijze werkzaamheden kan uitbesteden zou dit naar mijn mening weldegelijk van belang zijn bij de vraag of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

---

<sup>156</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.

<sup>157</sup> A. Rozendal, noot bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.



Daarnaast geeft Rozendal aan dat het toerekenen van arbeid van derden aan belanghebbende weinig zinvol is, 'omdat de vergoeding die daarvoor zal worden betaald er per definitie toe zal leiden dat het rendement niet uitgaat boven normaal vermogensbeheer, behoudens bijzondere gevallen'<sup>158</sup>. Ik ben het eens met de mening van Rozendal dat het toerekenen van arbeid van derden aan belanghebbende in veel gevallen weinig zinvol is. Op het moment dat belanghebbende werkzaamheden uitbesteed zal hij die werkzaamheden moeten betalen. Hierdoor zal hij in beginsel geen hoger rendement behalen dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Met de zinsnede "behoudens bijzondere gevallen" denk ik aan situaties die ik hiervoor beschreef waarbij de belastingplichtige, werkzaamheden dusdanig goedkoop kan uitbesteden – door bijvoorbeeld ervaring en expertise op het gebied van de vastgoedsector - dat hij daarmee een hoger rendement kan behalen dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. In dergelijke gevallen zou het toerekenen van uitbestede werkzaamheden aan belanghebbende wel zinvol zijn.

Ik durf op basis van deze (naar mijn mening) tegenstrijdige uitspraken dan ook niet met zekerheid te zeggen welke zienswijze gevolgd zou moeten worden. Mogelijk heeft de rechtbank te snel geoordeeld dat de werkzaamheden toegerekend konden worden aan belanghebbende vanwege het feit dat de werkzaamheden naar hun mening toch niet voldoende waren om tot de kwalificatie van het drijven van een onderneming te leiden. Het feit dat de werkzaamheden dan wel of niet aan belanghebbende toegerekend mochten worden was voor de uitkomst dan ook niet van belang. Aan de andere kant is het ook mogelijk dat het vastgoed servicekantoor volledig op naam en risico van belanghebbende naar de huurders toe heeft opgetreden en dat om die reden het wel gerechtvaardigd was dat de werkzaamheden werden toegerekend aan belanghebbende. Dit kan ik echter op basis van de feiten niet beoordelen. Ik vermoed dat dit punt in toekomstige rechtspraak zeker nog eens aan de orde zal komen en hopelijk komt er dan meer duidelijkheid over hoe omgegaan dient te worden met het uitbesteden van werkzaamheden.

### *5.2.2. Aard en omvang van de werkzaamheden in relatieve samenhang beoordelen*

In de vorige subparagraaf heb ik aangegeven dat de werkzaamheden persoonlijk door de eigenaar van de onroerende zaken moeten worden verricht. Deze werkzaamheden moeten naar hun aard en omvang onmiskenbaar ten doel hebben het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat. In deze

---

<sup>158</sup> A. Rozendal, noot bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.

subparagraaf geef ik aan waarom de aard en omvang in relatieve samenhang beoordeeld dient te worden.

De aard van de werkzaamheden kan gelijkgesteld worden met de kwaliteit van de arbeid en de omvang kan gelijkgesteld worden met de kwantiteit van de arbeid. 'Het kwantitatieve element van de arbeid drukt de hoeveelheid handelingen uit, of de mate van inspanning die moet worden geleverd om het resultaat te bewerkstelligen. De kwaliteit van de arbeid drukt de mate van deskundigheid, ervaring en relaties uit die met de handelingen samenhangt. Het is de bijzondere positie waarin de belastingplichtige verkeert, die het hem mogelijk maakt een voordeel te behalen'<sup>159</sup>. Freudenthal is van mening dat je deze twee elementen in hun onderlinge samenhang moet beoordelen. Dit houdt in dat naarmate de kwaliteit van de arbeid hoogwaardiger is, de kwantiteit die vereist is om tot meer dan normaal vermogensbeheer te concluderen, beperkter is. Andersom geldt dit ook, dus des te lager de kwaliteit van de arbeid is, des te hoger de kwantiteit zal moeten zijn wil er sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Met andere woorden zegt het op zichzelf niet zoveel dat er veel arbeid wordt verricht. De omvang en intensiteit van de arbeid zal logischerwijs toenemen als er meer panden zijn, maar relatief gezien hoeft er dan nog niet meer arbeid verricht te zijn dan wanneer er slechts één pand wordt geëxploiteerd.

Een goed voorbeeld uit de jurisprudentie is naar mijn mening te vinden in de uitspraken van Hof Arnhem van 9 augustus 2006<sup>160</sup> en Rechtbank Oost-Nederland van 5 maart 2013<sup>161</sup>. In de uitspraak van Hof Arnhem ging het om een belanghebbende die één pand met slechts een waarde van omgerekend 50.000 euro exploiteerde. Kwantitatief verrichte belanghebbende vermoedelijk niet extreem veel arbeid, maar de kwaliteit van haar werkzaamheden was wel hoog. Ze was zeer actief betrokken bij dat ene pand en zorgde door middel van haar arbeid dat ze een hoger rendement kon behalen dan een normale vermogensbelegger. In de uitspraak van Rechtbank Oost-Nederland ging het om een belanghebbende die 20 tot 25 panden exploiteerde. Wekelijks besteedde hij 30 uren per week aan het exploiteren van deze panden. Aantekening daarbij is dat belanghebbende naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij inderdaad 30 uren per week werkzaamheden heeft verricht. Ondanks dat het exacte aantal uren van belanghebbende niet is vast komen te staan is het wel aannemelijk dat belanghebbende gezien het aantal panden en de werkzaamheden die hij verrichtte veel arbeid

---

<sup>159</sup> R.M. Freudenthal, "Resultaat uit overige werkzaamheden", *Fiscale Monografieën* 103, p. 19-20.

<sup>160</sup> Hof Arnhem 9 augustus 2006, nr. 04/0249, *V-N* 2006/58.1.5.

<sup>161</sup> Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, *V-N* 2013/20.18.

heeft verricht aan de exploitatie van de onroerende zaken. De kwaliteit van zijn werkzaamheden was echter niet erg hoog. Hij verrichtte werkzaamheden die geacht worden normaal te zijn bij het exploiteren van onroerende zaken en hebben dan ook niet ten doel het behalen van een hoger rendement. De rechtbank heeft dan ook geconcludeerd dat er geen sprake was van het drijven van een onderneming. Uit deze twee uitspraken valt op te maken dat de kwaliteit en kwantiteit in relatieve samenhang beoordeeld dienen te worden.

### *5.2.3. Arbeid-plus moet ten doel hebben het behalen van meer rendement*

Deze uitspraak valt op te delen in twee onderdelen, te weten “arbeid-plus” en “ten doel hebben het behalen van meer rendement”. Van beide onderdelen is het naar mijn mening niet aanstonds duidelijk wat hier precies mee wordt bedoeld in het licht van de verhuur van onroerende zaken. In deze subparagraaf behandel ik de term “arbeid-plus”. In de volgende subparagraaf komt het rendement uitgebreid aan bod, waarbij ik mij met name richt op het feit of er met de term rendement wordt gedoeld op bruto- en/of nettorendement.

Arbeid-plus is een term die in de rechtspraak en in de literatuur wordt gebruikt om aan te geven dat er meer arbeid moet worden verricht dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Alvorens ik kan bepalen wat voor arbeid onder de term arbeid-plus geschaard kan worden lijkt het mij raadzaam om eerst te beoordelen welke arbeid “normaal” is bij het beheren van vermogen en dan specifiek bij het beheren van vermogen in onroerende zaken.

Het onderhouden van contacten met huurders, het opstellen van huurovereenkomsten en het actief zijn in verenigingen van eigenaren zijn werkzaamheden die tot normaal vermogensbeheer behoren<sup>162</sup>. De redactie van de Vakstudie Nieuws schrijft in de noot bij de uitspraak van Hof Arnhem van 15 april 2009<sup>163</sup> dat het innen van huren, het bijhouden van de administratie en het verrichten van onderhoud werkzaamheden zijn die ‘normaal’ zijn bij de verhuur van onroerende zaken<sup>164</sup>.

Welke werkzaamheden nu precies wel kwalificeren voor arbeid-plus is nog steeds erg onduidelijk. Dit komt mede omdat de rechters altijd op basis van het totaal aan feiten en omstandigheden tot een oordeel komen. Bij de invoering van de regeling omtrent service dochters voor fiscale beleggingsinstellingen zijn in de Memorie van Toelichting enkele

---

<sup>162</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NTFR* 2014/428, r.o. 4.7.

<sup>163</sup> Hof Arnhem 15 april 2009, nr. 08/00291, *V-N* 2009/40.10.

<sup>164</sup> Zie ook S.A. Steven en D.G.M. Wetterhahn, “Exploitatie van vastgoed en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten”, *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/4, paragraaf 4.2.

voorbeelden genoemd van werkzaamheden die gelden als “bijkomstige werkzaamheden” van beleggen. Deze werkzaamheden kunnen (of moeten) worden ondergebracht in een aparte servicedochter zodat er geen statusverlies optreedt van de fiscale beleggingsinstellingen. De genoemde voorbeelden betreffen de volgende: ‘het verzorgen van bepaalde facilitaire diensten aan huurders zoals schoonmaakdiensten, het verzorgen van de catering, receptie of vergaderservice, het uitbaten van een in pandige horecagelegenheid in een kantoorpand gericht op het bedienen van de kantoorpopulatie van het desbetreffende kantoorpand of de actieve exploitatie van billboards of televisieschermen op of binnen het verhuurde beleggingsobject. In bijzondere gevallen kan onder bijkomstige werkzaamheden ook worden begrepen het leveren van warmte en koude uit een zogenoemde WKO-installatie (warmte- en koudeopslag) aan derden in de directe omgeving of het leveren van overtollige energie uit een PV-installatie (zonne-energie) aan het elektriciteitsnet indien blijkt dat dit voor de verhuur noodzakelijk is, bijvoorbeeld in geval van overcapaciteit of in verband met milieueisen’<sup>165</sup>.

Het feit dat het verrichten van dergelijke activiteiten statusverlies tot gevolg heeft voor de fiscale beleggingsinstellingen impliceert naar mijn mening dat dergelijke activiteiten “niet normaal” worden geacht bij het beleggen in onroerende zaken. Deze activiteiten kunnen naar mijn mening dan ook gezien worden als vormen van arbeid welke kunnen leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer, mits de belastingplichtige met het verrichten van deze activiteiten onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordelen uit onroerende zaken, die het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan.

Zoals ik reeds bij de behandeling van de uitspraak van Hof Den Haag van 20 december 2013<sup>166</sup> aangaf heeft de staatssecretaris van Financiën<sup>167</sup> in zijn motivering op het intrekken van het cassatieberoepschrift op voornoemde uitspraak aangegeven dat het bij arbeid-plus van belang is dat er een duidelijk causaal verband bestaat tussen de arbeid-plus en het behaalde resultaat. Ik vat hier uit op dat het soort werkzaamheden niet zo zeer van belang is, maar dat het primair van belang is dat de werkzaamheden zorgen voor extra rendement. Op wat voor soort rendement wordt bedoeld behandel ik in de volgende subparagraaf.

#### *5.2.4. Met de term rendement wordt bedoeld op zowel bruto- als nettorendement*

---

<sup>165</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr.3 (MvT), p. 25.

<sup>166</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22.

<sup>167</sup> V-N 2014/19.17.

In de vorige subparagraaf heb ik reeds aangegeven dat met arbeid het doel nagestreefd moet worden om voordelen te behalen die het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan. In deze zinsnede, die voortkomt uit het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994<sup>168</sup>, heeft de Hoge Raad het woord “rendement” gebruikt. Afgevraagd kan worden of de Hoge Raad daarmee op het bruto- of nettorendement doelde. Van Dijk stelt in zijn annotatie bij voornoemd arrest dat de Hoge Raad op het nettorendement doelde. Daarbij haalt hij aan dat het Hof zich sterk had gericht op het effect van de arbeid op het brutorendement, maar dat de Hoge Raad zich – naar zijn mening terecht – richt op het nettorendement, door zich af te vragen of de arbeid ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan. De begrippen “voordelen” en “rendement” kunnen volgens Van Dijk hierbij immers niets anders betekenen dan ‘het saldo van opbrengsten en kosten, met andere woorden: het nettorendement’.

Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat louter arbeid die het nettorendement verhoogt meetelt voor de kwalificatie van onderneming. Ik ben van mening dat zowel het brutorendement als het nettorendement meetelt voor deze kwalificatie. Onder brutorendement bij de verhuur van onroerende zaken moet worden verstaan de (bruto-)huuropbrengsten. Onder nettorendement moet worden verstaan het verschil tussen de (bruto-)huuropbrengsten minus de kosten. Als een belastingplichtige door middel van arbeid het brutorendement wil verbeteren zal die belastingplichtige bijvoorbeeld moeten zorgen voor hogere huurprijzen of minder leegstand. Als een belastingplichtige door middel van arbeid het nettorendement wil verbeteren zal die belastingplichtige moeten zorgen dat er minder kosten worden gemaakt. Dit kan worden gerealiseerd door bijvoorbeeld bepaalde activiteiten zelf te verrichten in plaats van uit te besteden.

Ik ben van mening dat beide vormen van rendement onder de definitie van rendement vallen zoals de Hoge Raad die heeft gebruikt. In de literatuur en jurisprudentie wordt regelmatig het woord nettorendement of (netto)rendement gebruikt. Ondanks dat ik net heb betoogd dat brutorendement ook onder deze definitie valt ben ik van mening dat het woord nettorendement niet verkeerd is gekozen. Als het brutorendement toeneemt zal in beginsel het nettorendement ook toenemen. De enige manier waarop het brutorendement toeneemt en het nettorendement afneemt is als de kosten die gemaakt worden om de brutorendementsverbetering tot stand te brengen uitgaan boven de toename in het brutorendement. Dit zal zich echter normaliter niet snel voordoen, want niemand gaat arbeid verrichten als op voorhand vaststaat dat het tot gevolg

---

<sup>168</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

heeft dat het nettorendement wordt verlaagd. Het probleem daarbij is echter dat een belastingplichtige op voorhand niet altijd kan vaststellen of arbeid een verbetering in het nettorendement tot gevolg zal hebben.

Tot slot dient opgemerkt te worden dat het niet relevant is of er werkelijk extra rendement wordt behaald. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>169</sup> moet de meerarbeid zijn verricht *met het oog op* het behalen van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer het geval is. Adriaansens en Rozendal<sup>170</sup> zijn van mening dat de bovenstaande overweging van Hof Arnhem-Leeuwarden goed aansluit bij hetgeen de Hoge Raad<sup>171</sup> in haar arrest van 17 augustus 1994 overwoog. De Hoge Raad gebruikte in dat arrest namelijk de woorden het “ten doel hebben” van voordelen. Dit extra rendement moet overigens wel objectief gezien haalbaar zijn<sup>172</sup>. Dit zien we ook terugkomen in rechtsoverweging 4.9 van de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>173</sup> waarin het volgende staat opgenomen: ‘Het Hof acht op grond van het voorgaande en de aard en omvang van de verrichte werkzaamheden, alsmede de daarbij genomen risico’s aannemelijk dat binnen [E] een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid aanwezig is, die is gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen en waarbij die winst ook redelijkerwijs is te verwachten’.

#### *5.2.5. Omvang vastgoedportefeuille is van ondergeschikt belang*

De omvang van de vastgoedportefeuille is in veel uitspraken ter sprake gekomen. Zo oordeelde Hof Den Haag in haar uitspraak van 20 december 2013 dat ‘het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer’<sup>174</sup>. Ook Hof Arnhem-Leeuwarden geeft in haar uitspraak van 8 april 2014 te kennen rekening te houden met de omvang van de vastgoedportefeuille. Zij formuleerden dit als volgt: ‘met name de aard en omvang van de twee projecten maakten, naast de al bestaande omvangrijke vastgoedportefeuille, de arbeid die daarmee was gemoeid, gericht op het behalen van een hoger rendement’<sup>175</sup>. Tot slot wil ik een passage uit de uitspraak van Rechtbank Zeeland-

<sup>169</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, V-N 2014/19.18.

<sup>170</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, “Bedrijfsopvolging en vastgoed”, *WFR* 2014/1215.

<sup>171</sup> Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

<sup>172</sup> Zie o.a. M.J. Hoogeveen, “Verhuur van vastgoed: Een onderneming?”, *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2013/2 en T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, “Falsifieerbare normen en omstandighedenencatalogus voor vastgoedexploitanten”, *WFR* 2015/4.

<sup>173</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, V-N 2014/19.18.

<sup>174</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22.

<sup>175</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, V-N 2014/19.18.

West-Brabant van 6 november 2014 aanhalen waarin de rechtbank ook ingaat op de vastgoedportefeuille. De rechtbank zegt het volgende: ‘de omstandigheid dat sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille doet hieraan niet af, nu die omvang, op zichzelf beschouwd, niet leidt tot de aanwezigheid van meer dan normaal vermogensbeheer’<sup>176</sup>.

Een opvallende opmerking omtrent de omvang van de vastgoedportefeuille kwam ik tegen in een artikel van Hoogeveen<sup>177</sup>. Bij de behandeling van het arrest van Hof Den Haag van 20 december 2013<sup>178</sup> gaat Hoogeveen in op de omvang van de werkzaamheden die een belastingplichtige moet verrichten in verhouding tot de omvang van de vastgoedportefeuille. Ik heb in paragraaf 4.5.3, bij de behandeling van de aard en omvang van de werkzaamheden, reeds aangegeven dat de omvang en intensiteit van de arbeid zal moeten toenemen naar mate er meer panden worden geëxploiteerd wil er sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Hoogeveen vindt het dan ook opvallend dat Hof Den Haag een uitspraak heeft gedaan waarin staat dat de omvang van de verrichte arbeid mede gelet op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken leidt tot meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof impliceert daarmee dat arbeid eerder kwalificeert als zijnde meer dan normaal vermogensbeheer indien er sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille in plaats van bij een kleine vastgoedportefeuille.

Hoogeveen is van mening dat het tegengestelde misschien wel meer voor de hand ligt. Zij vindt het eerder een logisch gevolg dat er veel arbeid wordt verricht bij een omvangrijke vastgoedportefeuille. Ze benadrukt daarbij dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de omvang van de arbeid gerelateerd moet worden aan de omvang van het vermogen. Hoogeveen zegt dan ook dat Hof Den Haag eigenlijk had moeten zeggen dat ‘*ondanks de grote vastgoedportefeuille er veel meer werk is verzet dan normaal*’. Dit is naar mijn mening ook begrijpelijk, omdat bij een omvangrijkere vastgoedportefeuille, waarbij de kwaliteit van de arbeid constant is, de kwantiteit van de arbeid zal moeten toenemen wil er sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit strookt ook met hetgeen ik in paragraaf 4.5.3. heb behandeld omtrent de kwaliteit en kwantiteit van de arbeid. Opvallend aan de redenering van Hoogeveen is dat deze redenering naar mijn mening impliceert dat er sneller een onderneming wordt gedreven bij een kleine vastgoedportefeuille dan bij een grote vastgoedportefeuille. Deze redenering lijkt in te gaan op de jurisprudentie waarin de omvang van de jurisprudentie juist positief gecorreleerd lijkt te zijn

---

<sup>176</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTRF* 2015/364.

<sup>177</sup> M.J. Hoogeveen, “Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed”, *FBN* 2014/10.

<sup>178</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, *V-N* 2014/8.22.

met de kwalificatie van een onderneming (zie bijvoorbeeld de twee Hof-uitspraken die ik aan het begin van deze subparagraaf heb behandeld).

Ondanks de redenering van Hoogeveen dat hoe omvangrijker de vastgoedportefeuille is, des te meer arbeid er verricht zal moeten worden wil er sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer, kan ik mezelf toch niet aan de indruk onttrekken dat de omvang van de vastgoedportefeuille positief is gecorreleerd met het drijven van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Uit onderstaande tabel kan namelijk opgemaakt worden dat naar mate de vastgoedportefeuille omvangrijker wordt er sneller sprake is van het drijven van een onderneming.

Arrest	Datum	Instantie	Vastgoedportefeuille <sup>179</sup>	Bron
V-N 2006/58.1.5	9-8-2006	Hof	0,05	WuO
V-N Vandaag 2014/2674	16-12-2014	Hof	0,20	Beleggen
BNB 1974/177	29-5-1974	HR	0,24	Beleggen
V-N 2010/28.13	29-1-2010	Hof	0,36	Beleggen
BNB 1974/250	9-5-1974	Hof	0,40	Beleggen
BNB 1982/329	3-11-1982	HR	0,47	Beleggen
BNB 1983/330	2-11-1983	HR	0,54	Beleggen
BNB 1995/79	1-2-1995	HR	0,96	Beleggen
V-N 2012/15.2.3	5-1-2012	Rb	1,38	Beleggen
V-N 1997/4707	22-8-1997	Hof	1,48	Beleggen
BNB 1981/299	7-10-1981	HR	1,69	WuO
NTFR 2014/428	5-11-2013	Hof	1,87	Beleggen
V-N 2014/8.22	20-12-2013	Hof	2,29	WuO
BNB 1972/171	1-12-1971	HR	3,83	WuO
V-N 2014/19.18	8-4-2014	Hof	4,00	WuO
V-N 2013/20.18	5-3-2013	Rb	5,50	Beleggen
NTFR 2015/364	6-11-2014	Rb	6,90	Beleggen

Wat mij in deze tabel het meest opvalt is dat er vanaf een vastgoedportefeuille van 1,5 miljoen euro een soort omslagpunt lijkt te zijn. Op één uitspraak na is in alle uitspraken waarbij er sprake was van een vastgoedportefeuille van minder dan 1,5 miljoen euro geoordeeld dat er geen onderneming werd gedreven met de verhuur van de onroerende zaken. Van de uitspraken waarbij de vastgoedportefeuille meer bedroeg dan 1,5 miljoen euro is juist vaker beslist dat er wel sprake was van het drijven van een onderneming. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat in de twee uitspraken met de grootste vastgoedportefeuille, te weten 5,5 en 6,9 miljoen euro,

<sup>179</sup> Waarde vastgoedportefeuille in miljoenen euro's, gecorrigeerd voor inflatie en omwisselkoers euro/gulden.



werd beslist dat er sprake was van beleggen. Dat bij de uitspraak<sup>180</sup> waarbij het om een vastgoedportefeuille van 6,9 miljoen euro ging kan ik mij goed voorstellen dat er sprake was van beleggen, omdat de exploitatie van de panden werden uitbesteed aan een vastgoedservicekantoor. Bij de uitspraak<sup>181</sup> met een vastgoedportefeuille van 5,5 miljoen euro is het naar mijn mening een stuk discutabeler, mede om het feit dat de rechtbank bij haar uitspraak totaal voorbij gaat aan de omvang van de vastgoedportefeuille.

Daarnaast wil ik wel heel nadrukkelijk opmerken dat het referentiekader relatief klein is. Ik baseer mijn observatie namelijk op slechts 18 uitspraken. Daarbij komt ook nog dat de jurisprudentie met betrekking tot de beoordeling of er een onderneming wordt gedreven bij de verhuur van vastgoed doorgaans wordt gebaseerd op het totaal van feiten en omstandigheden. Ondanks dit alles vond ik het toch een opvallende statistiek die ik de lezer niet wilde onthouden, maar ik blijf bij het standpunt dat de omvang van de vastgoedportefeuille van ondergeschikt belang is en dat de relatieve samenhang van de kwantiteit en kwaliteit van de werkzaamheden van doorslaggevend belang zijn.

#### *5.2.6. Ervaring en expertise kunnen leiden tot een hogere kwaliteit van de werkzaamheden*

In het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 1981<sup>182</sup> bevestigt de Hoge Raad de overwegingen van het Hof. Eén van de overwegingen van het Hof was: ‘(...) aan belanghebbende kan gezien zijn loopbaan en zijn beroep een behoorlijke kennis en ervaring op het gebied van het ondernemen en het zaken doen in het algemeen, niet worden ontzegd.’ Ondanks dat deze overweging slechts één van de negen overwegingen was aan de hand waarvan door het Hof en de Hoge Raad werd geconcludeerd dat er sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer, wordt ervaring en expertise gezien als een indicatie voor het drijven van een onderneming.

In het arrest van de Hoge Raad van 3 november 1982<sup>183</sup> deed belanghebbende een beroep op de ervaring van zichzelf en zijn medevennoot. Belanghebbende had als belastingconsulent het bedrijfsleven van nabij meegemaakt en zijn medevennoot was als makelaar bij uitstek deskundig op het gebied van aan- en verkoop van onroerende goederen. Het Hof heeft hier in zijn uitspraak geen woorden aan gewijd en ook de Hoge Raad deed het af door te zeggen dat ‘het Hof bij zijn oordeel dat de werkzaamheden van belanghebbende en zijn medevennoten zich niet hebben

---

<sup>180</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTRF 2015/364*.

<sup>181</sup> Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, *V-N 2013/20.18*.

<sup>182</sup> Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, *BNB 1981/299*.

<sup>183</sup> Hoge Raad 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB 1982/239*.

onderscheiden van de gebruikelijke werkzaamheden van een vergelijkbare belegger in de privévermogenssfeer niet slechts heeft gelet op de omvang, doch tevens op de betekenis van de werkzaamheden'. Zowel het Hof als de Hoge Raad lijken hiermee, in tegenstelling tot het hiervoor behandelde arrest, weinig aandacht te besteden aan de ervaring en expertise van belanghebbende en zijn medevennoten.

In de uitspraak van Rechtbank Haarlem van 22 november 2010<sup>184</sup> oordeelt de Rechtbank: 'de enkele omstandigheid dat erflater over veel expertise en ervaring beschikte door zijn vroegere werk als makelaar en dat de BV nauw samenwerkte met de makelaardij van eiser, geeft de BV mogelijk een zekere voorsprong op andere bedrijven die in dezelfde branche werkzaam zijn, maar eisders zijn er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat op basis daarvan voordelen te verwachten waren die het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.' Hieruit valt op te maken dat ervaring en expertise kunnen leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer, mits deze ervaring en expertise wordt aangewend om voordelen te behalen die het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.

In de uitspraak van Hof den Haag van 20 december 2013<sup>185</sup> neemt het Hof bij de beoordeling dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, mede in aanmerking dat Y en B jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van de onroerendgoedportefeuille.

Bij de behandeling van de aard en omvang van de werkzaamheden in paragraaf 4.5.3. heb ik een passage aangehaald van Freudenthal waarin hij uitlegt wat verstaan moet worden onder de kwaliteit van arbeid. Freudenthal schreef in die passage het volgende: 'De kwaliteit van de arbeid drukt de mate van deskundigheid, ervaring en relaties uit die met de handelingen samenhangt. Het is de bijzondere positie waarin de belastingplichtige verkeert, die het hem mogelijk maakt een voordeel te behalen'<sup>186</sup>. Ik sluit mij volledig aan bij de manier waarop volgens hem omgegaan moet worden met ervaring en expertise. Ervaring en expertise kunnen naar mijn mening zorgen voor een kwaliteitsverbetering van de werkzaamheden, welke het mogelijk maken om voordelen te behalen. Dat wil echter net zeggen dat iedere belastingplichtige met ervaring en expertise op het gebied van de vastgoedmarkt een onderneming drijft indien deze vastgoed gaat verhuren. Daarvoor zal aangetoond dienen te worden dat de

---

<sup>184</sup> Rechtbank Haarlem 22 november 2010, nr. 09/05470, *NTR* 2011/1311.

<sup>185</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, *V-N* 2014/8.22.

<sup>186</sup> R.M. Freudenthal, "Resultaat uit overige werkzaamheden", *Fiscale Monografieën* 103, p. 19-20.

belastingplichtige deze ervaring en expertise heeft gebruikt om werkzaamheden te verrichten welke voordelen opleveren die het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.

Tot slot wil ik nog een passage aanhalen van Hoogeveen uit haar commentaar op de uitspraak van Hof den Haag van 20 december 2013<sup>187</sup>. Hoogeveen benadrukt dat het enkele feit dat belastingplichtigen over ervaring en expertise beschikken niet voldoende is om van meer dan normaal vermogensbeheer te spreken. Dit zou alleen voldoende zijn als de andere verhuurders deze ervaring en expertise niet hebben. Hoogeveen bedoelt hiermee naar mijn mening dat ervaring en expertise niet snel zal leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer, omdat zij van mening is dat andere verhuurders ook ervaring en expertise zullen hebben. Hoogeveen omschrijft dit als volgt: ‘Het is aan belanghebbende om aannemelijk te maken dat hij zich op dit punt inhoudelijk onderscheidt van andere verhuurders en ook om aannemelijk te maken dat daardoor een hoger rendement kan worden verwacht. Het laat zich overigens slecht denken dat andere verhuurders geen ervaring en expertise zullen hebben, behoudens dan degenen die zich sinds korte tijd en onvoorbereid op de markt begeven’<sup>188</sup>.

Ik begrijp wat Hoogeveen hier mee wil zeggen, maar ik ben het niet volledig met haar eens. Een makelaar die jarenlang actief is geweest in de vastgoedsector en welke vervolgens besluit om zich bezig te gaan houden met de verhuur van vastgoed heeft naar mijn mening bijna altijd een voorsprong op een gemiddelde verhuurder van onroerende zaken. Een voorbeeld zou gevonden kunnen worden in het feit dat investeringen in vastgoed veelal duurzame investeringen zijn. Hierdoor zal de gemiddelde persoon die vastgoed verhuurt naar mijn mening niet heel veel vastgoedtransacties verrichten. Dit in tegenstelling tot een makelaar die zich hele dagen bezig houdt met vastgoedtransacties. Op die manier lijkt mij dat een makelaar ten opzichte van een gemiddelde verhuurder van vastgoed bijna altijd een voorsprong heeft als het gaat om het aan- en verkopen van hoogwaardig vastgoed. Als hij deze ervaring en expertise op een juiste manier inzet kan hij naar mijn mening wel degelijk voordelen behalen welke het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.

### *5.3. Aanbevelingen*

#### *5.3.1. Inleiding*

---

<sup>187</sup> M.J. Hoogeveen, “Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed”, *FBN* 2014/10.

<sup>188</sup> M.J. Hoogeveen, “Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed”, *FBN* 2014/10.

Uit voorgaande behandeling van literatuur en jurisprudentie blijkt dat er nog steeds onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer een belastingplichtige een onderneming drijft bij de verhuur van onroerende zaken. Oorzaak is de door de wetgever gekozen open norm ‘normaal vermogensbeheer’. Het feit dat niemand weet wat ‘normaal’ is maakt het dat het een erg vage norm is<sup>189</sup>. De term ‘normaal vermogensbeheer’ en daarmee ook de term ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ dienen ingevuld te worden door de jurisprudentie, daar deze immers niet zijn gedefinieerd in de wet. Het probleem echter is het feit dat ‘de jurisprudentie op dit terrein erg casuïstisch is en dat daarin nauwelijks consistente lijnen te ontdekken vallen; te meer niet omdat de rechters veelal niet aangeven welke feiten in het concrete geval doorslaggevend zijn geweest en evenmin goed wordt aangegeven wat de relatie is tussen de extra arbeid en het beoogde rendement’<sup>190</sup>.

Uit jurisprudentie blijkt dat men kan spreken van meer dan normaal vermogensbeheer indien arbeid wordt verricht welke kwalitatief en kwantitatief onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen welke het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan. Welke kwaliteit en kwantiteit van arbeid precies moet worden verricht alvorens er gesproken kan worden van meer dan normaal vermogensbeheer is nog steeds onduidelijk. De reden dat er nog steeds onduidelijkheid is vindt zijn oorzaak in de gehanteerde open norm. Er ontstaat derhalve een vage norm die voor de praktijk tot veel problemen kan leiden. Het achterwege blijven van heldere grenzen kan leiden tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Daarnaast kost de problematiek rond de BOR enorm veel tijd en zorgt daardoor voor hoge kosten bij zowel de belastingplichtige als de belastingdienst.

### *5.3.2. Rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid*

Een gevaar van het hanteren van open normen is, zoals ik hiervoor aanhaalde, het risico op rechtsongelijkheid. Barendrecht schreef in zijn dissertatie het volgende: ‘Door het ontbreken van scherpe normen wordt rechtsongelijkheid (...) versluierd. Criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of gevallen vergelijkbaar zijn ontbreken immers. Juist de scherpe norm brengt scheidslijnen aan die het vergelijken van gevallen mogelijk maakt. Zonder scherpe regels is de vage norm het enige criterium en zal de conclusie snel worden getrokken dat ongelijk behandelde gevallen dus ook gelijk zijn. Rechtsongelijkheid komt dan alleen aan het licht indien

---

<sup>189</sup> J.E.A.M. van Dijk, “Onduidelijke wettelijke begrippen”, *WFR* 2006/1129.

<sup>190</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, “Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten”, *WFR* 2015/4.

zich gevallen voordoen die werkelijk identiek zijn<sup>191</sup>. Scherpe(re) normen zouden deze rechtsongelijkheid (deels) kunnen wegnemen.

Naast deze rechtsongelijkheid kan het hanteren van open normen ook leiden tot rechtsonzekerheid. Bij een gebrek aan scherpe normen zullen rechters namelijk geneigd zijn om van geval tot geval billijke oplossingen te zoeken. Dit wordt ook wel omschreven als *Einzelfallgerechtigkeit*. Van Dijck merkt het volgende op met betrekking tot het hanteren van open normen: 'Een belastingwet legt verplichtingen op aan de burgers jegens de overheid. Men mag verwachten dat die overheid duidelijk is met betrekking tot die verplichtingen. Het risico van vage termen behoort niet ten laste van de burgers te komen maar van de overheid die deze begrippen zelf maakt. Een onduidelijke wet verschuift het werk dat op het bord van de wetgever ligt naar de rechter. Ten koste van de belastingplichtige die een rechtsoordeel moet afdwingen'<sup>192</sup>. Belastingplichtigen kunnen door het ontbreken van wetgeving geen houvast ontlenen aan de wet, maar zijn keer op keer afhankelijk van het oordeel van de rechter.

### *5.3.3. Efficiency-aspect*

Bij een onderzoek naar de BOR in de eerste helft van 2014 is naar voren gekomen dat de BOR een omvangrijk capaciteitsbeslag van met name de specialisten op het gebied van de erf- en schenkbelasting vergt. 'Jaarlijks worden er in totaal 40.000 aanslagen schenkbelasting opgelegd en zijn er 40.000 belaste nalatenschappen. Het aantal aanslagen met BOR bedraagt voor de schenkbelasting 515 en voor de erfbelasting gemiddeld 180. Uitgaande van de 80.000 situaties die beoordeeld moeten worden, hebben daar dus 695 betrekking op de BOR. Dit is nog geen 1% van de gevallen. Binnen de belastingdienst wordt ongeveer 30-40% van de capaciteit schenk- en erfbelasting ingezet op de uitvoering van de BOR. Deze tijd zit niet alleen in de aanslagregeling, maar ook in het vooroverleg'<sup>193</sup>.

Van de 695 aanslagen per jaar die betrekking hebben op de BOR hebben er uiteraard maar een aantal betrekking op de definitie van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Door de onzekerheid omtrent de definitie van het drijven van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken zijn dergelijke aanslagen zeer tijdrovende gevallen. In het kader van efficiency zou er dus ook een slag gemaakt kunnen worden indien er meer duidelijkheid komt

---

<sup>191</sup> J.M. Barendrecht, "Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming" (dissertatie Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 77.

<sup>192</sup> J.E.A.M. van Dijck, "Onduidelijke wettelijke begrippen", *WFR* 2006/1129.

<sup>193</sup> Bijlage bij de brief van het Ministerie van Financiën van 29 juli 2014, "Wob-verzoek met betrekking tot het onderzoek effectiviteit BOR", DGB/2014/4245U, p. 1.

over de definitie van meer dan normaal vermogensbeheer. Zowel de belastingdienst zou hier veel tijd en daarmee kosten kunnen besparen, maar dit geldt uiteraard eveneens voor de belastingplichtige.

Teneinde de praktijk meer rechtszekerheid te bieden en een deel van de rechtsongelijkheid en kosten weg te nemen, zou het derhalve wenselijk zijn dat er meer en duidelijke handvatten komen om te bepalen of sprake is van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Tweeërlei mogelijkheden dienen zich in mijn optiek aan: De wetgever neemt het ondernemingsbegrip op in de wet, of het een en ander wordt vastgelegd in een besluit.

#### *5.3.4. Ondernemingsbegrip opnemen in de wet*

De vraag rijst welke overwegingen ten grondslag hebben gelegen bij de keuze voor het hanteren van deze open norm door de wetgever. Het hanteren van open normen in de Nederlandse belastingwetgeving is iets wat al lange tijd gebeurt door de wetgever. Een zeer bekend voorbeeld is het goed koopmansgebruik dat in artikel 3.25 Wet IB 2001 staat opgenomen ter bepaling van de jaarwinst. De overwegingen ten aanzien van het niet opnemen van een definitie van goed koopmansgebruik, gelden mijns inziens ook voor het niet opnemen van de term meer dan normaal vermogensbeheer. Deze eveneens vage, open norm wordt ook ingevuld door de jurisprudentie. Bij de evaluatie van de wet IB 2001 kwam duidelijk naar voren waarom de wetgever voor de open norm van goed koopmansgebruik heeft gekozen:

‘Met de invoering van het begrip "goed koopmansgebruik" is destijds beoogd het jaarwinstbegrip niet vast te leggen maar ruimte te bieden voor nadere maatschappelijke ontwikkelingen. Het goed koopmansgebruik heeft inmiddels zijn nut bewezen; het dynamische karakter ervan kan als een belangrijke verworvenheid worden beschouwd. Bij de invulling van het goed koopmansgebruik is een belangrijke taak weggelegd voor de belastingrechter. De wetgever dient zich bij de invulling ervan zeer terughoudend op te stellen, teneinde de dynamiek van het goed koopmansgebruik niet aan te tasten. De lijn die zich in de loop der jaren met betrekking tot het goed koopmansgebruik in de jurisprudentie heeft ontwikkeld geldt uiteraard onverkort voor deze wet. In zijn algemeenheid geeft de jurisprudentie met betrekking tot het goed koopmansgebruik een consistent beeld<sup>194</sup>.

Het probleem van open normen schuilt echter in de taak van de rechter. Dikwijls zal er geen nieuwe weg worden ingeslagen door de rechters. Dit komt omdat rechters mede omwille van de

---

<sup>194</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 106-107.

rechtszekerheid binnen het kader van de jurisprudentie willen blijven. Dit heeft als gevolg dat de ontwikkeling van rechtsregels die hanteerbaar zijn in soortgelijke gevallen stagneert. Dit komt echter het dynamische karakter dat wordt beoogd bij de hantering van open normen niet ten goede<sup>195</sup>.

Het hanteren van open normen brengt dus naast rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid op den duur ook stagnatie van de jurisprudentie met zich mee. Deze stagnatie brengt een toename van de rechtszekerheid, maar gaat in tegen het belangrijkste voordeel van het hanteren van een open norm, te weten het dynamische karakter waardoor het ruimte biedt voor nadere maatschappelijke ontwikkeling. Om die reden lijkt mij dit niet wenselijk. Van stagnatie is bij het hanteren van de open norm bij verhuur van vastgoed naar mijn mening echter geen sprake. Er is namelijk sprake van een onsamenhangend geheel van jurisprudentie waar nauwelijks consistente lijnen in vallen te ontdekken.

Indien de wetgever het ondernemingsbegrip bij de verhuur van vastgoed in de wet wil opgenomen zal hij er zorg voor moeten dragen dat alle mogelijke situaties nauwkeurig worden dichtgetimmerd om ongewenste situaties te voorkomen. Dit codificeren van het ondernemingsbegrip bij de verhuur van vastgoed lijkt me door de onduidelijkheid die in de jurisprudentie bestaat omtrent de verhuur van vastgoed zeer lastig te realiseren. Vastleggen van deze open norm zou naar alle waarschijnlijkheid enkel meer complicaties veroorzaken in vergelijking met hanteren van een open norm. Meer dan normaal vermogensbeheer is een dermate vage norm en zo omvangrijk, dat opnemen in de wet naar alle waarschijnlijkheid juist mazen in de wet zou creëren. Concrete normen brengen namelijk als nadeel mee dat belastingplichtigen simpelweg hun organisatie kunnen toesnijden op het gewenste resultaat zonder dat hier veel inspanning voor is vereist<sup>196</sup>. Dit zou naar mijn mening leiden tot ongewenste situaties, waaronder het in de hand werken van misbruik van recht. Ik zie op dit moment dan ook geen mogelijkheid om dit op een juiste manier vast te leggen in de wetgeving. Naar mijn mening zullen eerst consistente lijnen moeten ontstaan alvorens deze vastgelegd kunnen worden in de wet.

---

<sup>195</sup> C.B. Bavinck, "Grondslagverbreding in goed koopmansgebruik", *WFR* 2005/1215 en G.J. Zuurmond, *FED* 2004/700.

<sup>196</sup> S.A. Stevens en D.G.M. Wetterhahn, "Exploitatie van vastgoed en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten", *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/4.

### 5.3.5. Richtlijnen geven door middel van een besluit

Een meer voor de hand liggende oplossing is mijns inziens het uitvaardigen van een besluit waarin richtlijnen worden opgenomen aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van een onderneming bij het exploiteren van onroerende zaken.

Een mogelijkheid om hier een invulling aan te geven is naar mijn mening door middel van een omstandighedencatalogus. Te Niet heeft in zijn dissertatie<sup>197</sup> een dergelijke omstandighedencatalogus opgenomen. In de omstandighedencatalogus van Te Niet staan zowel arbeidsgerelateerde als vermogensgerelateerde feiten beschreven. De arbeidsgerelateerde feiten die Te Niet in zijn dissertatie aanhaalt zijn de volgende<sup>198</sup>:

- Handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten;
- De inzet van marktkennis en relaties (kwaliteit van de werkzaamheden);
- De aard van de werkzaamheden;
- De duurzaamheid van de werkzaamheden;
- Het aantal bestede uren (kwantiteit van de werkzaamheden);
- De werkzaamheden van ingehuurd personeel.

Met behulp van deze arbeidsgerelateerde feiten vormt de rechter zich een beeld van de activiteiten. Vervolgend onderzoekt hij of in de rest van het feitenmateriaal omstandigheden aanwezig zijn die deze beeldvorming ondersteunen of juist niet. 'Daarbij kijkt de rechter naar vermogensgerelateerde feiten als'<sup>199</sup>:

- Omloopsnelheid van het vermogen;
- Samenstelling van het vermogen;
- Omvang van het vermogen;
- De wijze van financieren.

Door middel van een dergelijke catalogus kunnen feiten en omstandigheden beter in kaart worden gebracht. Te Niet stelt voor om bovenstaande omstandighedencatalogus te gaan gebruiken en daarmee de rechters te dwingen om de relevante omstandigheden te benoemen en systematisch te toetsen. Op deze wijze kan volgens Te Niet de invulling van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer gesystematiseerd worden<sup>200</sup>. Andere voordelen die Te Niet noemt van het gebruik van een omstandighedencatalogus zijn dat uitspraken uitgebreider worden en

---

<sup>197</sup> H.A.J.P. te Niet, "Het beleggingsbegrip in de directe belastingen" (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125.

<sup>198</sup> H.A.J.P. te Niet, "Het beleggingsbegrip in de directe belastingen" (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125, p. 71.

<sup>199</sup> H.A.J.P. te Niet, "Het beleggingsbegrip in de directe belastingen" (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125, p. 71.

<sup>200</sup> H.A.J.P. te Niet, "Het beleggingsbegrip in de directe belastingen" (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125, p. 72.



dat feitelijke oordelen van rechters beter vergelijkbaar worden. Dit zal volgens Te Niet de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van het recht in algemene zin positief beïnvloeden<sup>201</sup>.

Berkhout en Hoogeveen maken in een recent artikel<sup>202</sup> gebruik van de omstandighedencatalogus van Te Niet. Zij stellen voor om gebruik te maken van een dergelijke omstandighedencatalogus om de relevante feiten en omstandigheden goed in beeld te krijgen. Aan de hand van de catalogus moet vervolgens enkele normen/hypothesen bevestigd of ontkracht worden. De vier normen/hypothesen die Berkhout en Hoogeveen in hun artikel hebben gepresenteerd luiden als volgt:

- A. Nieuwbouwprojecten (laten) ontwikkelen vormt altijd een onderneming.
  - A.1. Subregel: Nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemingsactiviteit (HR 29 mei 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232).
- B. Vernieuwbouwen: zeer ingrijpen (laten) renoveren en (laten) transformeren vormt altijd een onderneming<sup>203</sup>.
- C. Verhuur waarmee meer rendement wordt gegenereerd door extra diensten aan te bieden, vormt altijd een onderneming.
  - C.1. Subregel: IB-éénpitters die eigen arbeid rendabel maken ten aanzien van kleinschalig vastgoed door middel van extra diensten, drijven een onderneming (*BNB* 1994/319)
- D. Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming.
  - D.1. Subregel: de volgende omstandigheden zijn irrelevant, dan wel niet onderscheidend voor de beoordeling of er sprake is van een onderneming omdat deze omstandigheden normaal zijn in geval van verhuur van vastgoed:
    1. de omvang van de portefeuille (aantallen, marktwaarde, m<sup>2</sup>);
    2. de wijze van financieren (risico, structurering) en de (relatieve en absolute) omvang van de financiering;
    3. de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
    4. de *knowhow* van de eigenaar en het personeel;
    5. het aantal personeelsleden;

---

<sup>201</sup> H.A.J.P. te Niet, "Het beleggingsbegrip in de directe belastingen" (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125, p. 72.

<sup>202</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, "Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten", *WFR* 2015/4.

<sup>203</sup> T.M. Berkhout, "Activeren, tenzij: ingrijpende renovaties en transformaties van vastgoedcomplexen", *NtFR* 2013/982.

6. de tijdsbesteding door erflater/schenker/werknemer en erfgenaam/begiftigde/werknemer;
7. een relatienetwerk;
8. het aankoop-, verhuur-, verkoopproces;
9. marktonderzoek, selectie panden en huurders, strategiebepaling, bezichtigingen;
10. contracteren: algemeen; huurcontracten afsluiten en verlengen;
11. bijhouden administratie, waaronder huren innen;
12. contacten onderhouden (huurders, gemeenten, nutsbedrijven, makelaars, enzovoorts);
13. klachtenbehandeling;
14. financieren van vastgoed;
15. technisch beheer: inspecties en onderhoud/reparaties uitvoeren, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
16. verbeteringen aanbrengen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
17. uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (indien door ontwikkeling, kan de ontwikkeling gedurende de ontwikkelfase wel ondernemingsactiviteit zijn (norm/hypothese C).

Volgens Berkhout en Hoogeveen moet de belastingplichtige bij een goede toepassing van de omstandighedencatalogus in combinatie met de vier normen/hypothesen zijn eigen (afwijkende) feiten en omstandigheden verstrekken, maar ook die van de “normale” situatie. Deze “normale” situatie kan dan door de rechters worden aanvaard, bijgesteld, verworpen, aangevuld en nader geconcretiseerd. Op deze manier ontstaan falsifieerbare regels. De vage open norm krijgt daardoor invulling en afhankelijk van de praktijk kan de norm (minder) stringent(er) zijn. Er is daarbij ruimte voor de inpassing van nieuwe situaties of juist het schrappen van bestaande niet meer relevante omstandigheden<sup>204</sup>.

Ik zou zelf voor een groot deel willen aansluiten bij de normen/hypothesen die Berkhout en Hoogeveen hebben gekozen. Opvallend vind ik echter wel dat bij norm/hypothese C niet wordt aangesloten bij het *ten doel hebben* van het behalen van meer rendement, maar dat er staat “waarmee meer rendement wordt gegenereerd”. In paragraaf 5.2.4 heb ik namelijk aangegeven dat het rendement niet per definitie moet worden behaald, maar dat het voldoende is dat de

---

<sup>204</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, “Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten”, *WFR* 2015/4.

belastingplichtige het doel heeft om meer rendement te behalen en dat dit rendement objectief ook te verwachten is.

Een ander punt dat ik opvallend vind is dat norm/hypothese D negatief is geformuleerd. De norm/hypothese stelt namelijk dat verhuur van vastgoed *nooit* een onderneming vormt. Door een negatieve formulering van de norm/hypothese zal de bewijslast voor de belastingplichtige zwaarder zijn. De belastingplichtige moet immers de norm/hypothese ontkrachten door te bewijzen dat hij meer dan normaal vermogensbeheer verricht.

Ondanks het feit dat ik het opvallend vind dat norm/hypothese D negatief is geformuleerd vind ik dit geen onterechte keuze. Verhuur van vastgoed is naar mijn mening in beginsel gewoon het beleggen van vermogen in de vorm van vastgoed wat dus niet kwalificeert als het drijven van een onderneming. Dat wil overigens niet zeggen dat ik het eens ben met de stelling dat de verhuur van vastgoed nooit een onderneming vormt, maar om te kunnen spreken van een onderneming moet er sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Het is naar mijn mening aan de belastingplichtige om aan te tonen dat er in zijn situatie sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Deze normen/hypothesen kunnen naar mijn mening in een besluit worden opgenomen. Wat ik daarbij aanbeveel is dat in norm/hypothese C het zinsdeel “waarmee meer rendement wordt gegenereerd” wordt vervangen door “met als doel het behalen van meer rendement”. Voorts beveel ik de staatssecretaris van Financiën aan om in subregel D.1 niet de punten 1 tot en met 17 - die Berkhout en Hoogeveen in hun artikel gebruiken – op te nemen, maar een omstandighedencatalogus toe te voegen. De staatssecretaris van Financiën moet in die omstandighedencatalogus aangeven wat hij vindt dat onder “normaal” moet worden verstaan. Op die manier komt er in het besluit een negatief geformuleerde norm/hypothese D met een lijst van arbeids- en vermogensgerelateerde feiten die de staatssecretaris van Financiën acht normaal te zijn bij het beheren van vermogen in de vorm van vastgoed. Hierna zal ik de punten uit de omstandighedencatalogus van Te Niet behandelen en aangeven wat ik op basis van de jurisprudentie en literatuur normaal acht bij het beleggen van vermogen in de vorm van vastgoed.

*Handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten (aard van de werkzaamheden)*<sup>205</sup>: Enkele werkzaamheden die ik normaal acht bij het beleggen van vermogen in vastgoed zijn het onderhouden van contacten met huurders, het opstellen van huurovereenkomsten, het actief zijn in verenigingen van eigenaren, het innen van huren, het bijhouden van de administratie en het verrichten van onderhoud werkzaamheden<sup>206</sup>.

*De inzet van marktkennis en relaties (kwaliteit van de werkzaamheden)*: De inzet van marktkennis en relaties kan leiden tot een hogere kwaliteit van de werkzaamheden<sup>207</sup>. Ik acht het normaal bij het beleggen van vermogen dat een belastingplichtige enige kennis heeft van de arbeidsmarkt, met name als deze zich al enige tijd op de vastgoedmarkt begeeft<sup>208</sup>. Daarbij acht ik het normaal dat de belastingplichtige deze marktkennis en relaties inzet om daar voordelen mee te behalen, zonder dat zijn kwaliteit van zijn arbeid aannemelijk hoger is dan dat van andere vastgoedexploitanten die zich al enige tijd op de vastgoedmarkt begeven.

*De duurzaamheid van de werkzaamheden*: In paragraaf 3.7.1 heb ik besproken dat de duurzaamheidseis alleen wordt gesteld bij de bron winst uit onderneming. Bij beleggen en resultaat uit overige werkzaamheid speelt de duurzaamheid van de werkzaamheden geen rol. Bij afwezigheid van duurzaamheid van de werkzaamheden is er dus geen sprake van een onderneming. Echter wil het niet zeggen dat, indien een belastingplichtige zijn vastgoed duurzaam exploiteert, er sprake is van een onderneming. Ik acht het zelfs vanzelfsprekend dat belastingplichtigen die vastgoed exploiteren dit duurzaam doen. Ik zie duurzaamheid dan ook niet als een criterium dat kan leiden tot het drijven van een onderneming, maar wel als een criterium dat kan leiden tot het *niet* drijven van een onderneming bij afwezigheid van duurzaamheid.

*Het aantal bestede uren (kwantiteit van de werkzaamheden)*: In paragraaf 5.2.2 heb ik aangegeven dat de omvang van de arbeid op zichzelf niet zoveel zegt. Naarmate er meer panden worden geëxploiteerd neemt de omvang van de werkzaamheden logischerwijs toe. Om die reden moet de kwaliteit en de kwantiteit van de werkzaamheden in relatieve samenhang beoordeeld

---

<sup>205</sup> Ik neem deze twee categorieën tezamen omdat ik van mening ben dat werkzaamheden die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten onder de aard van de werkzaamheden vallen.

<sup>206</sup> Zie onder andere Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NTFR* 2014/428, r.o. 4.7. en noot bij Hof Arnhem 15 april 2009, nr. 08/00291, *V-N* 2009/40.10.

<sup>207</sup> Zie onder andere R.M. Freudenthal, "Resultaat uit overige werkzaamheden", *Fiscale Monografieën* 103, p. 19-20.

<sup>208</sup> Zie onder andere M.J. Hoogeveen, "Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed", *FBN* 2014/10.

worden. Ik acht het dan ook normaal dat het aantal bestede uren toeneemt naar mate het aantal panden toeneemt. Een concrete hoeveelheid noemen lijkt mij dan ook niet zinvol.

*De werkzaamheden van ingehuurd personeel:* Ik acht het normaal dat belastingplichtige werkzaamheden laat verrichten door personeel of derden. Naar mijn mening is het terecht dat die werkzaamheden worden toegerekend aan de belastingplichtige<sup>209</sup>. Daarbij ben ik van mening dat dit niet kan leiden tot het drijven van een onderneming tenzij aangetoond kan worden dat door bijvoorbeeld een groot netwerk in de vastgoedwereld op een zeer rendabele manier werkzaamheden uitbesteed kunnen worden aan personeel of derden.

*Omloopsnelheid van het vermogen:* Deze term ben ik bij de behandeling van de jurisprudentie en literatuur niet tegengekomen. Een hoge omloopsnelheid zou naar mijn mening een aanwijzing kunnen zijn voor het drijven van een onderneming, omdat voor een hoge omloopsnelheid een actievere houding wordt verlangd van de belastingplichtige dan bij een lage omloopsnelheid. Echter zijn er ook genoeg beleggers die actief bezig zijn met hun vastgoed en regelmatig panden aan- en verkopen. Om het feit dat ik deze term tijdens mijn onderzoek niet ben tegengekomen kan ik dan ook niet bepalen welke omloopsnelheid normaal geacht wordt bij het beleggen van vermogen in de vorm van vastgoed.

*Samenstelling van het vermogen:* Elke belegger en ondernemer kiest naar mijn mening zijn eigen risicoprofiel. Zo zijn er beleggers en ondernemers die, in het kader van risicospreiding, er een gespreide vastgoedportefeuille op na houden. Ook zijn er beleggers en ondernemers die zich juist specifiek in een bepaalde sector begeven, bijvoorbeeld de verhuur van woningen. De samenstelling van het vermogen speelt daarnaast in de literatuur of jurisprudentie die ik heb behandeld ook geen rol van betekenis. Ik acht het normaal dat iedere belegger zijn eigen risicoprofiel en daarmee de samenstelling van zijn vermogen kiest. Daarmee speelt de samenstelling van het vermogen mijns inziens ook geen onderscheidend criterium bij de bepaling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed.

*Omvang van het vermogen:* De omvang van het vermogen kan op zichzelf beschouwd niet leiden tot het drijven van een onderneming<sup>210</sup>. Toch wordt de omvang van het vermogen wel regelmatig meegenomen in de overweging of er sprake is van het drijven van een

---

<sup>209</sup> Zoals geoordeeld in Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.

<sup>210</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.

onderneming<sup>211</sup>. In paragraaf 5.2.5 heb ik een statistische weergave gegeven van de vastgoedportefeuille afgezet tegen de vraag of er sprake was van beleggen of van het drijven van een onderneming. Op basis van die statistiek acht ik een vastgoedportefeuille tot 1,5 miljoen euro in ieder geval normaal bij het beleggen van vermogen in vastgoed, omdat bij een kleinere vastgoedportefeuille op één uitzondering na telkens sprake was van beleggen. Daarmee suggereer ik echter niet dat er bij een vastgoedportefeuille van meer dan 1,5 miljoen euro sprake is van het drijven van een onderneming. Om die reden wil ik nogmaals benadrukken dat aan de omvang van het vermogen niet te veel gewicht toegekend moet worden, met name als dit wordt afgezet tegen de kwaliteit en kwantiteit van de werkzaamheden.

*De wijze van financieren:* Veel ondernemingen financieren hun investeringen voor een deel met vreemd vermogen. Om die reden kan het financieren met vreemd vermogen een aanwijzing zijn dat er een onderneming wordt gedreven<sup>212</sup>. Echter acht ik het niet ongebruikelijk dat een belegger van vermogen in de vorm van vastgoed een deel van het vastgoed financiert met vreemd vermogen<sup>213</sup>.

Bij een goede toepassing van deze omstandighedencatalogus is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat zijn feiten en omstandigheden uitgaan boven wat de staatssecretaris van Financiën normaal acht. Hierdoor zal de belastingplichtige de omstandighedencatalogus voor zijn situatie moeten invullen en deze vervolgens naast de omstandighedencatalogus leggen waarin staat wat de staatssecretaris van Financiën “normaal” acht bij het beleggen van vermogen in vastgoed. Op deze wijze wordt de rechter – zoals Te Niet dit voor ogen had – gedwongen om de relevante omstandigheden te benoemen en systematisch te toetsen en zal het begrip meer dan normaal vermogensbeheer in de loop der tijd gesystematiseerd worden.

Door het concretiseren van de feiten en omstandigheden worden onduidelijkheden met betrekking tot de invulling van de norm weggenomen met als ultiem doel het realiseren van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Een nadeel van een besluit is echter wel dat het enkel de inspecteur bindt en niet de belastingplichtigen<sup>214</sup>. De verantwoordelijkheid zal dan ook liggen bij de procespartijen om dit besluit op een juiste wijze toe te passen en daarmee de rechters te dwingen om te toetsen aan de feiten en omstandigheden uit de omstandighedencatalogus. Dit

---

<sup>211</sup> Zie onder andere Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, *V-N* 2014/8.22. en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, *V-N* 2014/19.18

<sup>212</sup> Zie onder andere Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, *V-N* 2014/19.18, r.o. 4.7.

<sup>213</sup> De Hoge Raad overweegt hetzelfde in Hoge Raad 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB* 1982/329.

<sup>214</sup> S.A. Stevens en D.G.M. Wetterhahn, “Exploitatie van vastgoed en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten”, *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/4.

komt naar mijn mening zowel de rechtspraak, de belastingdienst en de belastingplichtigen ten goede.

Mocht de staatssecretaris van Financiën een dergelijk omstandighedencatalogus niet als de gewenste oplossing beschouwen, beveel ik aan dat de staatssecretaris van Financiën in ieder geval een besluit uitvaardigt waarin hij zijn visie op de zaak geeft. Daarbij kan hij bepaalde omstandigheden per definitie uitsluiten van het ondernemingsbegrip en een aantal omstandigheden per definitie aanwijzen als het drijven van een onderneming. Op deze manier worden er toch enkele handvatten gegeven waar de praktijk bij gebaat is.

Ongeacht welke optie de staatssecretaris van Financiën kiest wil ik benadrukken dat ik van mening ben dat er nu echt iets moet gebeuren. De open norm die nu wordt gehanteerd brengt te veel onzekerheid en kosten met zich mee voor zowel de praktijk als voor de belastingdienst en de gerechtelijke instanties.

#### *5.4. Conclusie/samenvatting*

Ik dit hoofdstuk stonden de volgende twee deelvragen centraal:

- Welke conclusies kunnen er getrokken worden aan de hand van de literatuur en jurisprudentie die gebruikt kunnen worden bij de beoordeling of er sprake is van het drijven van een onderneming bij de verhuur van vastgoed? (hoofdstuk 5)
- Op welke manier zou de onduidelijkheid bij belastingplichtigen, met betrekking tot de kwalificatie van onderneming bij de verhuur van vastgoed, (deels) weggenomen kunnen worden?

Om de eerste deelvraag te beantwoorden heb ik enkele conclusies/stellingen geformuleerd en deze aan de hand van literatuur en jurisprudentie toegelicht. De conclusies die ik in dit hoofdstuk heb getrokken zijn dat arbeid persoonlijk moet zijn verricht, dat de aard en omvang van de werkzaamheden in relatieve samenhang beoordeeld moet worden, dat arbeid-plus ten doel moet hebben het behalen van een hoger rendement, dat zowel het ten doel hebben van meer bruto- als nettorendement volstaat, dat de omvang van de vastgoedportefeuille van ondergeschikt belang is, maar dat er toch enige correlatie lijkt te zijn tussen de omvang van de vastgoedportefeuille en het drijven van een onderneming en tot slot dat ervaring en expertise kunnen leiden tot een hogere kwaliteit van de werkzaamheden.

Voor de beantwoording van de tweede deelvraag heb ik eerst de problemen behandeld die veroorzaakt worden door het hanteren van een norm. Zo leidt het hanteren van een open norm tot rechtsongelijkheid, rechtsonzekerheid en hoge uitvoeringskosten voor zowel belastingplichtigen als de belastingdienst. Om deze problemen (deels) weg te nemen zijn er naar mijn mening tweeërlei opties mogelijk, te weten het codificeren van het begrip onderneming in de wet, of het een en ander vastleggen in een besluit. Doordat de term meer dan normaal vermogensbeheer een erg vaag begrip is en er nog veel onduidelijkheid in de jurisprudentie heerst over de vraag of er wel of geen onderneming wordt gedreven bij de verhuur van vastgoed ben ik van mening dat het opnemen van een ondernemingsbegrip in de wet op dit moment niet mogelijk is. Dit zou naar mijn mening mazen in de wet creëren wat misbruik van recht in de kaart speelt. Het een en ander vastleggen door middel van een besluit heeft dan ook mijn voorkeur. Een mogelijke invulling van dit besluit is de normen/hypothesen van Berkhout en Hoogeveen te combineren met de omstandighedencatalogus van Te Niet. De belastingplichtige zal dan voor zijn situatie de omstandighedencatalogus moeten invullen en deze vergelijken met de omstandighedencatalogus uit het besluit. Op basis daarvan zal hij dan aannemelijk moeten maken dat zijn feiten en omstandigheden boven de feiten en omstandigheden die de staatssecretaris normaal acht bij beleggen van vermogen in de vorm van vastgoed. De feiten en omstandigheden uit de omstandighedencatalogus worden in de loop der tijd nader ingevuld door de jurisprudentie en op die manier ontstaan er duidelijke normen waaraan kan worden getoetst. Dit zorgt voor meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en het zorgt voor minder uitvoeringskosten voor de belastingplichtigen en de belastingdienst.



## Hoofdstuk 6: Conclusie en samenvatting

In mijn scriptie heb ik onderzocht of er grenzen aangegeven kunnen worden waarbij de verhuur van vastgoed kwalificeert als onderneming voor de BOR. De probleemstelling die ik daarbij heb geformuleerd luidt als volgt: ***Kunnen er grenzen worden aangegeven waarbij de verhuur van vastgoed in het licht van de BOR als onderneming wordt gekwalificeerd?***

Om deze probleemstelling zo duidelijk mogelijk te beantwoorden heb ik eerst de achtergrond en de werking van de BOR besproken. Wil de BOR van toepassing zijn, dient een belastingplichtige zich namelijk aan een aantal voorwaarden te houden. Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in de artikelen 35c, 35d en 35e SW 1956. Zo dient er sprake te zijn van ondernemingsvermogen, er dient voldaan te worden aan de bezitstermijn en de verkrijger moet zich houden aan de voortzettingseis. Indien aan de drie voorwaarden is voldaan wordt de eerste 1.045.611 euro aan ondernemingsvermogen vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. Het meerdere wordt voor 83% vrijgesteld. Voor het deel waarover wel schenk- of erfbelasting verschuldigd is kan een beroep op uitstel van betaling gedaan worden. Uitstel van betaling van tien jaren wordt verleend indien zich geen situatie voordoet zoals vermeld in artikel 25, lid 12 INV 1990.

Het doel van de regeling is om de fiscale belemmeringen weg te nemen bij bedrijfsopvolgingen krachtens schenking of vererving. Indien bij schenking of vererving belasting betaald dient te worden en er liquide middelen uit de onderneming onttrokken moeten worden, kan dit de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen. In de loop der jaren is het vrijstellingspercentage enorm opgelopen en wordt door verschillende auteurs ook wel beweerd dat de regeling daarmee zijn doel voorbij is geschoten. Nog afgezien van de vraag of de regeling zijn doel is voorbijgeschoten, kan naar mijn mening wel gesteld worden dat de BOR een erg ruime faciliteit is. Om die reden is het voor de praktijk van groot belang om bij de verhuur van vastgoed te kwalificeren als onderneming, mede omdat het bij de verhuur van vastgoed vaak om grote bedragen gaat.

Vervolgens heb ik aangegeven dat de verhuur van onroerende zaken kan kwalificeren als winst uit onderneming, resultaat uit overige werkzaamheid of inkomen uit sparen en beleggen. Om dit onderscheid helder te krijgen heb ik de definities winst uit onderneming, resultaat uit overige werkzaamheid en inkomen uit sparen en beleggen uiteen gezet. Hierbij heb ik aangegeven dat te allen tijde eerst geconcludeerd moet worden of er sprake is van een bron van inkomen. Indien

dit zo is dient er beoordeeld te worden wat voor soort bron van inkomen het is. Daarbij is de rangorderegeling van belang, want deze geeft aan dat indien inkomsten kenmerken hebben van meerdere bronnen van inkomen zij in aanmerking genomen moeten worden bij de bron van inkomen die als eerste in de wet staat opgenomen, tenzij hier in de wet expliciet een uitzondering voor is gemaakt. Daarna heb ik een onderscheid gemaakt tussen box 3 (inkomen uit sparen en beleggen) en box 1 (winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid). Dit onderscheid wordt gemaakt op basis van de vraag of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Om die vraag te beantwoorden wordt gekeken of er een kennelijk streven is om eigen arbeidskracht, eigen capaciteiten of eigen relaties mede rendabel te maken. Om tot slot binnen box 1 het onderscheid aan te geven tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheid spelen de criteria duurzaamheid en aard van de organisatie, het lopen van (debiteuren- en ondernemers-) risico en het aantal opdrachtgevers in de jurisprudentie een prominente rol.

Bij de behandeling van de jurisprudentie ben ik tot de conclusie gekomen dat de gerechtelijke instanties tot hun oordeel komen op basis van het totaal van feiten en omstandigheden. Een duidelijke rangschikking van het belang van de verschillende feiten en omstandigheden is daardoor niet of nauwelijks te maken. Toch heb ik aan de hand van de jurisprudentie en de literatuur een aantal observaties gedaan. Zo ben ik tot de conclusie gekomen dat de arbeid persoonlijk moet zijn verricht. Het uitbesteden van werkzaamheden aan derden telt dus niet mee in de overweging of er al dan niet een onderneming wordt gedreven. Dit valt te verklaren door het feit dat bij uitbesteding (normaal gezien) geen extra rendement is te verwachten omdat deze diensten ook betaald moeten worden.

Verder heb ik geconcludeerd dat de aard en omvang van de werkzaamheden in relatieve samenhang beoordeeld moet worden. Dat houdt in dat de kwaliteit en de kwantiteit van de arbeid tezamen afgewogen moet worden tegen de arbeid die gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Deze arbeid moet tevens *ten doel* moeten hebben het behalen van een hoger rendement en dit rendement moet ook redelijkerwijs te verwachten zijn. Het is daarbij niet nodig dat dit extra rendement ook werkelijk wordt behaald. Met de term rendement wordt zowel bruto- als nettorendement bedoeld.

Voorts heb ik aangegeven dat de omvang van de vastgoedportefeuille van ondergeschikt belang is, maar dat er toch enige correlatie lijkt te zijn tussen de omvang van de vastgoedportefeuille en het drijven van een onderneming. Hoe omvangrijker de vastgoedportefeuille is des te vaker lijkt

er geconcludeerd te worden dat er sprake is van een onderneming. Tot slot heb ik geconcludeerd dat ervaring en expertise kunnen leiden tot een hogere kwaliteit van de werkzaamheden. Deze hogere kwaliteit van arbeid kan op zijn plaats zorgen voor werkzaamheden die uitgaan boven hetgeen gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer.

Na het behandelen van mijn observaties heb ik drie problemen behandeld die zich voordoen door het hanteren van een open norm voor de kwalificatie van onderneming. Rechtsongelijkheid doet zich voor, omdat zonder scherpe regels de vage norm het enige criterium is en daardoor de conclusie snel zal worden getrokken dat ongelijk behandelde gevallen dus ook gelijk zijn. Rechtsongelijkheid komt op die manier alleen aan het licht indien zich gevallen voordoen die werkelijk identiek zijn. Rechtsonzekerheid doet zich voor omdat belastingplichtigen door het ontbreken van wetgeving geen houvast kunnen ontleen aan de wet, maar keer op keer afhankelijk zijn van het oordeel van de rechter. Daarnaast zijn bij een gebrek aan scherpe normen rechters geneigd om van geval tot geval billijke oplossingen te zoeken, waardoor er geen consistente lijnen ontstaan. Tot slot doen zich hoge kosten voor door de vele tijd die belastingplichtigen en de belastingdienst moeten steken in de vraag of er een onderneming wordt gedreven. Het feit dat belastingplichtigen en de belastingdienst veel tijd steken in de vraag of er een onderneming wordt gedreven vindt zijn aard in de vele onduidelijkheden die er bestaan omtrent het ondernemingsbegrip.

Om deze problemen op te lossen ben ik met een tweetal opties gekomen die deze problemen (deels) kunnen verhelpen. Zo kan de wetgever er voor kiezen het ondernemingsbegrip op te nemen in de wet. Het opnemen van een ondernemingsbegrip in de wet leidt mijns inziens echter tot veel problemen. Zo kunnen belastingplichtigen hun organisatie aanpassen op het gewenste resultaat zonder hier veel moeite voor te doen. Dit is in mijn ogen geen wenselijke situatie, mede om het feit dat dit misbruik van recht in de kaart speelt. Daarnaast lijkt het mij heel lastig om de wet dusdanig dicht te timmeren dat er geen mazen in de wet ontstaan. De reden dat het naar mijn mening zo lastig is komt door het feit dat er veel onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer er een onderneming wordt gedreven met de verhuur van onroerende zaken. Daarnaast wordt er altijd geoordeeld op basis van het totaal aan feiten en omstandigheden. Het lijkt mij heel lastig om de wet voor alle mogelijke opties af te dichten.

Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar het een en ander vastleggen door middel van een besluit. Een mogelijke invulling van dit besluit is de omstandighedencatalogus van Te Niet in combinatie met de normen/hypothesen die Berkhout en Hoogeveen hebben geïntroduceerd.

Daarbij wordt een negatieve formulering als basis genomen, te weten “verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming”. Deze negatieve formulering legt de plicht om te bewijzen dat er bij de verhuur van onroerende zaken wel een onderneming wordt gedreven bij de belastingplichtige. De reden dat ik hiervoor heb gekozen is dat de verhuur van vastgoed in mijn ogen in beginsel het beleggen is van vermogen door middel van vastgoed. Deze verhuur wordt pas als onderneming aangemerkt als er meer dan normaal vermogensbeheer wordt uitgeoefend. Ik ben van mening dat het de taak is van de belastingplichtige om dit aan te tonen. Dit zal de belastingplichtige dan moeten doen door de omstandighedencatalogus voor zijn situatie in te vullen en te vergelijken met de omstandighedencatalogus uit het besluit. Op basis van die vergelijking moet de belastingplichtige dan aannemelijk maken dat zijn feiten en omstandigheden er toe leiden dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In de omstandighedencatalogus in het besluit staan feiten en omstandigheden waarvan de staatssecretaris van Financiën acht dat deze normaal zijn bij het beheren van vermogen door middel van vastgoed. In paragraaf 5.3.5 heb ik een aanzet gegeven voor de invulling van de omstandighedencatalogus op basis van feiten en omstandigheden die ik normaal acht bij het beleggen van vermogen in vastgoed.

Als de procespartijen deze wijze van procederen aanhouden dwingen ze de rechters de feiten en omstandigheden te benoemen en deze te toetsen. Door deze structurele wijze van procederen zullen de feiten en omstandigheden uit de omstandighedencatalogus nader worden ingevuld. De staatssecretaris zou dan kunnen besluiten om bepaalde feiten en omstandigheden bij te stellen, te schrappen, of juist toe te voegen. Op die wijze ontstaan er in de loop der tijd duidelijke normen waaraan kan worden getoetst. De rechtszekerheid is hierbij gebaat omdat belastingplichtigen houvast hebben aan een vast stramien van beoordelen en duidelijke normen. De rechtsgelijkheid profiteert hier van doordat situaties beter met elkaar vergeleken kunnen worden en dus gelijke en ongelijke gevallen beter uit elkaar gehaald kunnen worden. Het feit dat er meer zekerheid ontstaat en er veel gestructureerder wordt geprocedeerd kan dit naar mijn mening tot (veel) tijdsbesparing leiden en daarbij ook tot kostenbesparing voor zowel belastingplichtigen als de belastingdienst.

Om tot slot terug te komen op mijn probleemstelling, ben ik van mening dat er op dit moment geen duidelijke grenzen aangegeven kunnen worden waarbij de verhuur van vastgoed in het licht van de BOR als onderneming moet worden gekwalificeerd. Uit de vele jurisprudentie en literatuur zijn er wel enkele conclusies te trekken, maar een consistente lijn is niet te ontdekken. Dit wordt met name veroorzaakt door de casuïstische diversiteit van de jurisprudentie. Het

gebruik van een omstandighedencatalogus zou in de toekomst voor enige duidelijkheid kunnen zorgen. Tot die tijd zullen belastingplichtigen en de belastingdienst houvast moeten vinden in de vele jurisprudentie.

## Bronnenlijst

### Kamerstukken:

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3.  
Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.  
Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 3.  
Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 14.  
Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 44.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 2.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13.  
Kamerstukken I 2010/11, 32 504, nr. G.  
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr.3.

### Jurisprudentie:

Hoge Raad 25 januari 1933, *B.* 5365.  
Hoge Raad 7 maart 1951, *B.* 8963.  
Hoge Raad 21 mei 1958, nr. 13 574, *BNB* 1958/212.  
Hoge Raad 6 maart 1963, nr. 14 995, *BNB* 1963/113.  
Hoge Raad 1 december 1971, nr. 16 617, *BNB* 1972/171.  
Hoge Raad 29 mei 1974, nr. 17 346, *BNB* 1974/177.  
Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976/860.  
Hoge Raad 19 april 1978, nr. 18 805, *BNB* 1978/132.  
Hoge Raad 8 mei 1979, nr. 17 297, *BNB* 1974/147.  
Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, *BNB* 1981/299.  
Hoge Raad 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB* 1982/239.  
Hoge Raad 2 maart 1983, nr. 20 749, *BNB* 1983/117.  
Hoge Raad 2 november 1983, nr. 22 063, *BNB* 1983/330.  
Hoge Raad 11 januari 1989, nr. 25 392, *BNB* 1989/63.  
Hoge Raad 3 oktober 1990, nr. 26 142, *BNB* 1990/329.  
Hoge Raad 24 juni 1992, nr. 27 327, *BNB* 1993/18.  
Hoge Raad 14 april 1993, nr. 28 847, *BNB* 1993/203.  
Hoge Raad 21 april 1993, nr. 28 189, *V-N* 1993/1507.  
Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.  
Hoge Raad 1 februari 1995, nr. 29 807, *BNB* 1995/79.  
Hoge Raad 1 februari 1995, nr. 29 863, *BNB* 1995/80.  
Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232.  
Hoge Raad 8 juli 1997, nr. 32 309, *BNB* 1997/314.  
Hoge Raad 26 januari 2007, nr. 42 519, *BNB* 2007/127.  
Hoge Raad 27 februari 2009, nr. 07/11414, *V-N* 2009/18.27.  
Hoge Raad 29 mei 2009, nr. 07/10538, *BNB* 2009/219.  
Hoge Raad 9 oktober 2009, nr. 43 055, *BNB* 2010/117.  
Hoge Raad 23 april 2010, nr. 08/04843, *BNB* 2010/244.  
Hoge Raad 4 mei 2012, nr. 11/02959, *BNB* 2012/206.

Hoge Raad 22 november 2013, nr. 13/01154, *V-N* 2013/59.12.  
Hoge Raad 4 april 2014, nr. 13/03547, *V-N* 2014/17.11.

Hof Amsterdam 9 mei 1974, nr. 653/73, *BNB* 1974/250.  
Hof Arnhem 27 juni 1983, nr. 645/1982, *BNB* 1985/9.  
Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 1986, *V-N* 1986/2439.  
Hof 's-Gravenhage 17 november 1986, nr. 3312/85, *V-N* 1987/1073.  
Hof 's-Gravenhage 6 december 1994, *V-N* 1994/1305.  
Hof 's-Gravenhage 10 april 1995, nr. 94/3007, *V-N* 1995/2799.  
Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, *V-N* 1997/4707.  
Hof Amsterdam 16 januari 1998, nr. 96/5387, *V-N* 1998/20.10.  
Hof Arnhem 11 september 2002, *V-N* 2003/6.14.  
Hof Leeuwarden 31 maart 2006, *V-N* 2006/40.1.5.  
Hof Arnhem 9 augustus 2006, nr. 04/0249, *V-N* 2006/58.1.5.  
Hof Arnhem 15 april 2009, nr. 08/00291, *V-N* 2009/40.10.  
Hof 's-Gravenhage 8 december 2009, nr. BK-09/00033, *V-N* 2010/23.12.  
Hof Leeuwarden 29 januari 2010, nr. 09/00033, *V-N* 2010/28.13.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NTFR* 2014/428.  
Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, *V-N* 2014/8.22.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, *V-N* 2014/19.18.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, nr. 13/00869, *V-N Vandaag* 2014/2674.

Rechtbank Breda 11 februari 2008, nr. AWB 06/3247, *V-N* 2008/31.4.  
Rechtbank Haarlem 22 november 2010, nr. 09/05470, *NTFR* 2011/1311.  
Rechtbank Arnhem 5 januari 2012, nr. AWB 10/4388, *V-N* 2012/15.2.3.  
Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, *V-N* 2013/20.18.  
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. AWB 14/1012, *NTFR* 2015/364.

### **Literatuur:**

Adriaansens, O.P.M. en Rozendal, A. (2014), "Bedrijfsopvolging en vastgoed", *WFR* 2014/1215.

Barendrecht, J.M. (1992), "Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming" (dissertatie Tilburg), Kluwer: Deventer.

Bavinck, C.B. (2005), "Grondslagverbreding in goed koopmansgebruik", *WFR* 2005/1215

Berkhout, T.M. (2013), "Activeren, tenzij: ingrijpende renovaties en transformaties van vastgoedcomplexen", *NTFR* 2013/982.

Berkhout, T.M. en Hoogeveen, M.J. (2015), "Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten", *WFR* 2015/4.

Burgerhart, W. en Hoogeveen, M.J. en Egger, J.I.M. (2009), "Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; Een praktijkonderzoek", Tilburg: BDO Camps Obers.

Dijck, J.E.A.M. van (1976), "Vermogensbeheer", *WFR* 1976/141.

Dijck, J.E.A.M. van (2006), "Onduidelijke wettelijke begrippen", *WFR* 2006/1129.

Dijkstra, C.G. (2011), "Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?", *WFR* 2011/725.

- Essers, P.H.J. (2004), "Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen", Kluwer: Deventer 2004.
- Essers, P.H.J. en Kempen, M.L.M. van (2014), *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting 2014)*, Kluwer: Deventer.
- Freudenthal, R.M. (2012), "Resultaat uit overige werkzaamheden", *Fiscale Monografieën* 103.
- Gribnau, J.L.M. (2013), "Respect voor het recht: de koninklijke weg", *NTFR* 2013/444.
- Heithuis, E.J.W. (2010), "Een ongelukkig amendement", *WFR* 2010/348.
- Hoogeveen, M.J. (2010), "Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling", dissertatie Tilburg University 2011.
- Hoogeveen, M.J. en Vernooij, M.P.M. (2010), "Effectiviteit van de bedrijfsopvolgingsregelingen beoordeeld aan de hand van Altman", *WFR* 2010/1594.
- Hoogeveen, M.J. (2013), "Verhuur van vastgoed: Een onderneming?", *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2013/2.
- Hoogeveen, M.J. (2014), "Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed", *FBN* 2014/10.
- Hoogwout, T.C. (2009), "Voorstel tot wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet", *FTV* 2009/28.
- Jacobs, B. (2008), "De prijs van gelijkheid", Uitgeverij Bert Bakker: Amsterdam.
- Niet, H.A.J.P. te (2007), "Het beleggingsbegrip in de directe belastingen" (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125.
- Rijkers, A.C. (2009), "Berlusconiaanse wetgeving", *NTFR* 2009/2031.
- Rozendal, A. (2015), noot bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, nr. 14/01012, *NTFR* 2015/364.
- Stevens, S.A. (2010), "De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting", *TFO* 2010/25.
- Stevens, L.G.M. (2014), "Fiscale Handboeken: Inkomstenbelasting 2001", Kluwer: Deventer.
- Stevens, S.A. en Wetterhahn, D.G.M. (2014), "Exploitatie van vastgoed en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten", *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/4.
- Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2013), "Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen", dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam.
- Wijkerslooth-Lhoëst, S.A.M. de (2010), "De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen....", *WPNR* 2010/6841.
- Zuurmond, G.J. (2004), *FED* 2004/700.



**Overig:**

Besluit Staatssecretaris van Financiën 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M, *BNB* 2001/187.

Brief Staatssecretaris van Financiën aan Tweede Kamer 12 juli 2004, nr. WDB 2004-420M B, “Bedrijfsoverdracht: continuïteit door fiscaliteit”, *V-N* 2004/37.7.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 8 december 2009, nr. CPP2009/1368M, *Stcrt.* 2009/19194.

Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 november 2011, nr. BLKB2011/2179M, *V-N* 2011/62.11.

Bijlage bij de brief van het Ministerie van Financiën van 29 juli 2014, “Wob-verzoek met betrekking tot het onderzoek effectiviteit BOR”, DGB/2014/4245U.